



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

Алан Вотсон, Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед —————	5
Ратко Марковић, Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године —————	19
Мирољуб Јевтић, Ханефијски фикх и модерна српска правна историја— —————	47
Стеван Лилић, Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року?— —————	67
Марко Павловић, Слабост кривичне пресуде у Србији крајем XIX и почетком XX века —————	86
Зоран Радивојевић, Небојша Раичевић, Заштита особа с инвалидитетом у међународном праву— —————	98
Мирослав Милошевић, Проблеми Аграрног закона из 111. године п. Х. —————	116
Чедомир Глигорић, Проблеми процене вредности предузећа која послују са губицима —————	129
Марко Станковић, Аустралијски федерализам – изазови на почетку другог века примене савезног устава— — — —	141
Угљеша Грушић, Дејство пророгационих споразума у европском, енглеском и српском праву— —————	156

ПРИЛОЗИ

Zoran Stojanović, Introduction to the Development of Modern Criminal Law -----	180
---	-----

ПРИКАЗИ

<i>Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights</i> (ed. András Sajó), Eleven International Publishing, Utrecht 2006, стр. 327. (Виолета Беширевић) -----	185
---	-----

Данило Н. Баста, <i>Самопоштовање и пузавост – текстови с поводом (2002–2007)</i> , Центар за публикације Правног факултета – Досије, Београд 2007, стр. 306. (Милош Здравковић) -----	193
--	-----

Michael Gagarin, <i>Antiphon the Athenian: Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists</i> , University of Texas Press, Austin 2002, стр. 222. (Сања Глигић) -----	196
--	-----

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Урош Новаковић, Јединствени лични регистар усвојења у породичном закону Србије -----	202
---	-----

НЕКРОЛОЗИ

Ратко Марковић, <i>Гашио Мијановић (1924–2007)</i> -----	222
--	-----

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА -----	224
----------------------------------	-----

Упутство за ауторе -----	238
---------------------------------	-----

Алан Вотсон,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Џорџији

ПРАВО У КЊИГАМА, ЗАКОНУ И СТВАРНОСТИ: УПОРЕДНОПРАВНИ ПОГЛЕД*

У раду се износе три општа закључка која се односе на развитак права кроз правну науку, законодавство и правне позајмице. Прво, аутор сматра да се државна власт често много не интересује за развој приватног права и да његово стварање углавном препушта ученим појединцима (право у књигама), чија се решења преузимају и настављају да живе вековима после њихових творца, који нису имали својство законодавца. Друго, да законодавци у већем броју случајева не одговарају адекватно на друштвене потребе и доносе нејасне норме, што је често последица неадекватног разумевања туђег права које се преузима (право у законима). Треће, да се у стварности претходна два уобичајена начина кроз које се ствара право, више него што се то обично види, ослањају на правне позајмице, које, опет, неретко зависе од случајности. У закључку аутор указује на то да се при процесу стварања права не треба устезати од правних позајмица које могу задовољити потребе неког друштва и да прихватање правних трансплантата само по себи не представља знак инфериорности правног система примаоца.

Кључне речи: *Упоредно право. – Правна наука. – Законодавство. – Правни транспланти.*

Себе сматрам упоредноправним историчарем, који би требало да сагледава ствари шире, изнад времена и простора. Бавим се приватним правом. Следе три међусобно повезана закључка о праву у друштву, који представљају моја општа запажања уобличена током година. Она се не заснивају на апстрактној теорији, већ на стварним историјским дешавањима у различитим друштвима и различитим временима. С обзиром на то да је овај текст изворно имао карактер

* Овај рад у основи представља текст предавања које је Алан Вотсон одржао 26. априла 2007. године на Правном факултету Универзитета у Београду студентима прве године студија. Референце за примере у овом чланку нису дате због тога што их је аутор преузео из својих ранијих радова. Исцрпан списак његових радова, као и један број текстова у целости, доступни су на адреси www.alanwatson.org.

предавања које сам одржао студентима Правног факултета Универзитета у Београду, у њему ће се користити језик примера који могу довољно упечатљиво да осликају шире процесе правног развоја.

1. ПРАВО У КЊИГАМА

Први закључак: власти нису претерано заинтересоване за развитак права, поготово не приватног. Оне то често препуштају подређеним законописцима којима, међутим, не дају законодавну власт. Тако се кроз књиге појединих стручњака ствара право које ће бити од далекосежног значаја, а да при том они сами нису били законодавци. На пример:

(а) Велики римски правници из периода од II века пре н.е. до око 235. године н.е., којима модерно приватно право толико дугује, били су приватна лица, иако су многи од њих, као што су Јулијан, Паул, Улпијан и Папинијан у одређеном периоду били важни јавни функционери. Други, пак, као што је то био тајанствени правник Гај, познат по својом уџбенику, нису били ни то. Ипак, многи од њихових радова, правних начела и идеја ушли су у састав Јустинијанових *Дигеста* (533. године н.е.) и тако су наставили да живе у савременом свету;

(б) Најзначајније личности у времену ране, а уједно и суштинске рецепције римског права од XI века па надаље, глосатори и пост-глосатори, као што су Ирнерије, Акурзије, Балдус и најпознатији од свих, Бартолус, били су универзитетски професори. Ни они нису били део власти. Али, њихово дело, које се развијало независно од налога и намера власти, надживело их је вековима, док су они који су тада чинили власт потпуно заборављени.

Из овога се назире још један образац, поред оног да се власт често сувише не интересује за приватно право: наиме, право наставља да живи дуго након смрти свог ствараоца, приватног лица, и то чак и на оним територијама које су веома удаљене од места његовог настанка, као што је то било са рецепцијом римског права. Право наставља да опстаје под веома различитим околностима (па чак и када се понекад погрешно примењује), што се такође дешава. На пример, о дугом преживљавању права које није створила власт него појединац, сведоче *Ordenações Filipinas*. Ордонансе је донео шпански владар Филип II за Португалију под шпанском влашћу, потврдио их је 1643. године Жоао IV, а оне су супсидијерно упућивале на примену давних Бартолусових ставова. *Ordenações* су потом примењиване у португалским колонијама и остале су на снази чак и пошто је Бразил постао независан 1822. године. Тако су Бартолусове књиге вековима надживеле њега самог;

(в) Развој енглеског права, оличен пре свега у раду судија чији је задатак, наводно, био да пронађу право, а не да га стварају, исто тако се не може замислити без *Коментара на законе Енглеске* Вилијама Блекстона (прво издање 1765–1769), сачињеног у време када је он био први винеријански професор на Оксфорду (почев од 1758. године). Дакле, и то незаобилазно дело, које је директно утицало на развој енглеског позитивног права, створио је појединац, у књигама, независно од власти.

Рецепција енглеског права у САД после независности такође се не може замислити без ових *Коментара*. Тамо су, наравно, била заступљена бројна америчка издања са значајним изменама, које се никако не смеју занемарити, али Блекстон је ипак остао Блекстон. Наставио је да живи и у праву новог света.

Приступачна структура Блекстонових *Коментара* била је предмет живахне расправе, али спор како је та структура настала једноставно се решава. Напросто, *Коментари* прате донекле измењену реконструкцију Јустинијанових *Институција*, коју је сачинио Дионисије Готофредус (1549–1622). Готофредус табеларно приказује распоред помоћу повезујућих линија. Блекстон чини баш исто то. Ето још једног примера екстремних позајмица и преживљавања идеје у много каснијим временима. Речју, Готофредусова структура права је преко Блекстона наставила да живи на обе стране Океана.

Можда још речитији пример оваквог начина преживљавања представља прослављени *Увод у енглеско право* Вилијама Гелдарта (прво издање из 1911, најновије издање из 1995. године). Он такође следи структуру Јустинијанових *Институција*, и то тако да обухвата следеће:

Глава 1 – Статутарно (законско) право и *common law*,

Глава 2 – *Common law* и правичност,

Глава 3 – Други извори енглеског права; = *Inst.* 1.1–2,

Глава 4 – Лица и лични односи; = *Inst.* 1.3–26; (крај *Inst.* 1.),

Глава 5 – Имовина = *Inst.* 2.1–25; 3.1–12,

Глава 6 – Уговори = *Inst.* 3.13–29; (крај *Inst.* 3),

Глава 7 – Грађанскоправни деликти = *Inst.* 4.1–5; *Inst.* 4.6–17 о судском поступку немају еквивалент код Гелдарта,

Глава 8 – Кривична дела = *Inst.* 4.18; (крај *Inst.* 4).

Чак и у оквиру појединих поглавља, Гелдартов редослед прати онај из *Институција*. Тако, пето поглавље код Гелдарта почиње излагањем концепције својине, затим следе власништво и државина, а завршава се сукцесијом. Исто тако, *Inst.* 2.1–3.12 почињу поделом ствари и завршавају се сукцесијом.

Укратко, западно право се не може замислити без доприноса научника који нису имали ауторитет власти, али су га остварили кроз њихове радове.

2. ПРАВО У ЗАКОНУ

Други закључак: чак и када право стварају познати законодавци, они често пренебрегавају да у своје законе укључе поједине важне друштвене поруке, а некада занемарују и правну сигурност. То ћемо илустровати следећим примерима:

(а) Мојсије и *Десет заповести*. Мојсије је вођа у озбиљној невољи са властитим народом, који је на ивици побуне. Уз то, његов таст му је управо рекао да се сувише замара решавајући парнице, и да би, уз Божју помоћ, требало да се бави важнијим питањима (*Излазак* 18.13 и сл.). Излаз је у законодавству. Бог долази Мојсију у помоћ и даје му *Десет заповести*, или *Десет речи* (*Излазак* 20.1 и сл.). Сигнификантно је то што Бог инсистира да *Заповести* преда Мојсију лично, далеко од народа (*Излазак* 19.10 и сл.). На сличан начин, према легенди, Аполон је дао законе Ликургу кроз пророчанство у Делфима, Зевс је подарио право Криту, а Хермес Египћанима преко Менеса. Значај свих ових традиција је очигледно био у настојању да се обезбеди лакше прихватање и одржавање одређеног законодавства. Законодавство несумњиво мора прибавити ауторитет, макар он био и верски. Најважнију улогу у законодавству има ауторитет, а не нужно његов квалитет. Законодавство је специфичан начин стварања права, једини у коме власт има непосредну контролу над правом. А основни циљ власти је да се остане на власти.

Мада се *Десет заповести* сматрају најслављенијом збирком прописа у западном свету, његова световна правна правила у су банална до екстрема: забрањује се убиство (*Излазак* 20.13), забрањује се прељуба (*Излазак* 20.14), забрањује се крађа (*Излазак* 20.15). Које би друштво – осим случаја античке Спарте у погледу крађе – пропустило да створи таква правила? А што је још важније за суштину, ови деликти нису довољно дефинисани, јер им недостаје санкција. Која казна одговара убиству, крађи или прељуби, ово законодавство не говори. Извесна прецизност је неопходна, али није дата. Ако није извршено никакво прецизирање ових појмова, у чему је онда смисао забране прељубе или крађе? На крају крајева, и прељуба и крађа су у сваком случају обухваћени последњом заповешћу о „ближњему својем“ – то су најснажнији случајеви жеље за нечим туђим: женом свога ближњег или за било чим што припада ближњем. Важно је, међутим, да је законодавац на овај начин извлачио свој ауторитет из бо-

жанског, док су сама садржина правних норми и друштвене потребе биле мање важни.

Не само да овај, световни део *Заповести*, регулише само неке ноторне односе, а да при том не предвиђа ни санкцију, већ чак и верске заповести остављају толико тога што би било пожељно да буде дефинисано. Нејасноће су и ту очигледне. Забрањено је радити седмог дана у недељи (*Изразак* 20.8 и сл.). Међутим, појам рада није дефинисан. Шта обухвата појам рада? Није нам речено. Не може нас зачудити што су у вези с тим уследиле бескрајне расправе Фарисеја и рабина. *Изразак* (20.8) каже да на Сабат „нећеш радити никакав посао – ни ти, ни твој син, ни твоја кћи, ни твој роб, ни твоја робинја, ни твоја стока, нити странац у граду твоме“. Ту постоји још један веома очигледан пропуст: „твоја жена“. Да ли је, пак, њој дозвољено да ради на Сабат? То би било веома практично! Очигледно, потребан је неко ко би протумачио *Заповести*, али тај задатак никоме није поверен.

(б) Јустинијанова свеобухватна кодификација, *Corpus iuris civilis*. Она има четири дела: *Институције* (529. година) представљају уџбеник за студенте прве године права, који има снагу закона; *Дигеста* (529. година) су опширна збирка одабраних текстова класичних правника; Јустинијанов *Кодекс* (529. година) је збирка царских конституција; *Novellae* представљају збирку закона које је касније доносио Јустинијан.

Најважнији проблем Јустинијановог времена, па и самог Јустинијана, било је питање религије: који облик хришћанства треба прихватити, која су учења јеретичка и како третирати Јевреје. Међутим, у целокупној материји *Институција* и *Дигеста*, нису ниједном споменути ни Исус, ни апостоли, ни свеци, нити црквени оци. Бог се спомиње само једном у *Институцијама*, и то у последњем тексту, *Inst.* 4.18.12. Јустинијан је ту изнео само кратак нацрт јавних оптужби који ће, како он каже, *deo propitio* бити детаљније разрађен у *Дигестама*. Реч „Бог“ спомиње се у *Дигестама* на дванаест места, али ни на једном није извесно да ли се мисли на хришћанског Бога или на стара паганска божанства. Јустинијанов *Кодекс* нешто мало више спомиње хришћанство (и антисемитизам). Међутим, и ту постоји чудесан обрт. *Институције* су биле предмет на првој години студија, *Дигеста* на другој, трећој и четвртој. Јустинијанов *Кодекс* се, као предмет проучавања, појављује само на петој години. А дотле су ставови студената већ били чврсто формиран, а уз то је пета година и онако била опциона!

Јустинијан није осавременио законе паганских латинских правника класичног Рима и није успео да их прилагоди духу хришћанских грчких правника из знатно другачијег Цариграда. Тада су економски услови већ знатно били промењени. Да су *Дигеста* била на-

писана на грчком, а не на латинском, и да су одражавала ставове тог времена, никада не би остварила толики утицај на развој права у западној Европи. Тако Јустинијан као законодавац није одговорио захтевима свога времена, али је стицајем околности сачувао класично паганско римско право за хришћане потоњих векова.

Још један од многобројних примера. Древни римски *Закон XII таблица* садржао је следеће правило: *Si aqua pluvia nocet* („ако кишница причини штету“). Ово је био предмет жестоких расправа правника у периоду од II века пре наше ере до III века нове ере, а то је уједно и тема наслова 39.3 у *Дигестима*. Једно је сигурно: није било места тужби када се смањио доток воде на суседно земљиште. Јер, у том случају, није вода причинила штету, већ њен недостатак. Међутим, поставља се питање који су то радови на једном земљишту могли да доведу до поплаве на суседном земљишту и омогуће подизање тужбе за повраћај у *status quo ante*. Међу правницима је владало опште неслагање. Нових законских решења није било, правничке несугласице остале су нерешене чак и за време Јустинијана и то у битно различитим климатским околностима у Византији у односу на Рим из времена *Закона XII таблица*. Па ипак, ово правно начело је преузето много касније и у Француској. У време када су велики француски правници покушавали да генерализују право извлачећи заједничке елементе из партикуларних обичаја и римског права, Роберт Потје (1699–1722), пренео је то правило у потпуности, не наводећи ниједан други извор у свом објашњењу, а низ питања је остао отворен. Још чудније, никакве корените промене нису начињене све до коначне ревизије нацрта Француског грађанског законика из 1804. године.

Законодавци понекад не воде рачуна о реалним друштвеним околностима, јер су често првенствено руковођени различитим другим потребама које им намеће власт, због чега су прописи неретко нејасни и непотпуни. То је поготово случај када законодавци преузимају прописе из других правних система, некад и са недовољно разумевања.

3. ПРАВО У СТВАРНОСТИ

Трећи закључак: правни транспланти. Позајмљивање је име за правничку игру и оно је најзначајније средство кроз које се спроводе промене у праву. Околност да се то толико често превиђа, може се објаснити екстремним предрасудама које полазе од идеја као што су да је „право народни дух“ или да „право оличава структуру моћи владајуће класе“. Али у претходна два наслова о којима је реч у овом

раду, транспланти су се појављивали скоро у сваком размотреном случају. Ти примери су толико истинити и очигледни да ћу се сада, са нешто више детаља, ограничити још само на следећа два из новијег времена.

Пре него што стигнемо до њих, волео бих да истакнем колико су испреплетани утицаји који обликују право у друштву. Много тога је већ дотакнуто у вези са њиховим прожимањем:

А. незаинтересованост власти за стварање права, нарочито приватног;

Б. пресудна улога споредних законописаца, који немају моћ да стварају позитивно право;

В. дуговечност правних правила у истом или у другачијем окружењу, у истој или у другој држави. (Није ни било потребе да се ово истиче као посебан закључак, јер је то очигледно.)

Најзад долазимо и до два примера правних транспланата који нам још боље осветљавају колико су два основна чиниоца правног развоја – доктринарни утицај и само законодавство – прожети позајмицама.

Када је реч о пруском владару Фридриху Великом, довољно је указати на прве плодове његовог покушаја да изврши кодификацију. *Das Project des Corpus juris Fredericiani, d.h. S.M. in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht, worin das Römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges System nach denen dreien Objects juris gebracht* објављен је у Халеу између 1749. и 1751. године. Сам наслов је упућујућег карактера: „Пројекат за *Corpus juris Fredericiani*, односно Законик који ће важити на територији Његовог Величанства, утемељен на разуму и правном уређењу у којима се римско право доводи у везу са природним поретком у правном систему, а у складу са трипартитном поделом“. То би значило да ова кодификација садржи *ius commune*, као и да је њена систематика једнака оној у Јустинијановим *Институцијама*. Није било никаквих покушаја да се створи ново право које би одговарало баш Пруској. Неки уводни чланови, а нарочито 15, 22, 23. и 28, јасно показују да оно што је подстицало писце пројекта није било незадовољство са *ius commune* као таквим, већ потешкоће које су пратиле покушаје да се протумачи закон, што због незадовољавајуће систематике Јустинијанове кодификације (изузев *Институција*), што захваљујући бројним текстовима правника из каснијег периода. У другом одељку првог дела прве књиге, Фридрих тврди да треба само жалити што немачки владари нису увек вршили систематизацију римског права приликом његове рецепције. Фридрихове намере, барем је то тако схватио његов познати канцелар *Samuel Cocceii*, најбоље се могу от-

крити кроз суштинска начела ове кодификације. То што захваљујући Седмогодишњем рату ова кодификација никада није ступила на снагу, што Франц Виакер сматра за прилично срећну околност, овде није од неког већег значаја. Успех којим су крунисани потоњи покушаји кодификације (са очигледно различитим циљевима) Фридрих дугује новој генерацији правника и филозофа.

Следећи пример је Ататурк, који је на више начина желео да изврши реформу и модернизује живот у Турској, у чему је био веома успешан. Он је 1926. године донео Турски грађански законик (*Türk Kanunnu Medenîsi*), који је садржао две швајцарске кодификације: *Schweizerisches Gesetzbuch* и *Obligationenrecht*. У Турској је исте године донет и Трговински законик, који је представљао компилацију бројних иностраних кодификација. Године 1929. донет је и Поморски законик, који представља превод четврте књиге Немачког трговинског законика (*Handelsgesetzbuch*).

Махмут Есад Бозкурт, тадашњи турски министар правде, објаснио је у Зборнику Правног факултета у Истанбулу, који је био посвећен обележавању петнаестогодишњице Законика, разлоге за његово доношење. Прво, турски правни систем био је назадан и примитиван. На снази су била три верска закона: исламски, хришћански и јеврејски, и за сваки је постојао посебан суд. Само су нека врста закона о облигационим односима (*Mecelle*) и закон о својинскоправним односима били заједнички за све.¹ Друго, тако необичан правни систем, са три врсте закона које примењују три врсте судова, није могао да одговара модерном схватању државе и њеног јединства. Треће и најзначајније, сваки пут када је Турска захтевала од победничких савезника да уклоне капитулационе услове из Првог светског рата, они су је одбили, истичући заосталост турског правног система и његову повезаност са религијом. Када су као резултат мировног уговора у Лозани услови капитулације уклоњени, Турци су преузели обавезу да уреде свој правосудни систем на потпуно нов начин и то са новим правним системом, новим законима и новим судовима. Као што рече Бозкурт, систем је требало да постане, речју, „светски“. Обавезе које су Турци преузели по основу уговора из Лозане морале су се испунити што је брже било могуће. За време Првог светског рата у Истанбулу су већ биле образоване комисије за припрему закона, које су почеле са радом. Резултати су претресани 1924. године. После седам или осам година рада, Турци су употпунили само две стотине члано-

¹ Овде бих убацио коментар: нисам сигуран зашто би било назадно имати одвојена правна правила са одвојеним судовима за одлучивање о питањима из породичног и наследног права. То значи да у пракси поједине породице, иако живе у унитарном систему, имају право да одаберу прописе из оног правног система који одговара њиховим веровањима.

ва Закона о облигационим односима; одељке о наслеђивању, стара-тељству, форми брака и разводу из грађанског законика, као и око осамдесет чланова кривичног законика. Чак је и Закон о промету непокретности представљао само торзо. Због тога ће, након сагледавања различитих система који су постојали у свету, уследити закључак да су поменуте две швајцарске кодификације најпогодније да буду усвојене готово у целости.

Иако су се побуде разликовале од оних из раније рецепције (знатна модернизација друштва, пре него попуњавање правних празнина), турска рецепција у осталом није одударала од других. Како је стварање новог самосталног закона пуно потешкоћа, било је много једноставније позајмити га од већ постојећег, софистициранијег система, који може бити коришћен као узор, нарочито када је тај закон доступан у писаном облику. До тада је, свакако, настало више одличних законика, као што су били веома цењени француски, немачки и швајцарски, који би послужили за узор. Ипак, зашто је одабрано баш швајцарско право? На ово питање било је различитих одговора, али су, по мом мишљењу, три најважнија: швајцарске кодификације су биле најмодерније; Швајцарска је за време рата била неутрална, док је француско право било право бившег непријатеља, а немачко – право пораженог савезника; и, најзад, Бозкурт је студирао право у Швајцарској, тако да је са швајцарским законима био најбоље упознат. Немачки научник Хирш, који је био професор привредног права у Истамбулу и Анкари између 1933. и 1952. године, нарочито наглашава значај последњег фактора, који је, по његовом мишљењу, био преовлађујући. У сваком случају, било би неосновано помислити да је швајцарско право на било који начин боље одговарало него француско или немачко оном моделу друштва коме је Турска стремилa.

При том, Турци нису прихватили нека швајцарска правила, док су друга изменили. На пример, у Швајцарској је правни режим за имовину супруга заједничка имовина (члан 178. Швајцарског грађанског законика), док је у Турској то одвојена имовина (члан 170. Турског грађанског законика); у Турској (члан 444. став 2. Турског грађанског законика) удовичко плодоуживање обухвата мањи део него у Швајцарској (члан 462. став 2. Швајцарског грађанског законика); у Швајцарској судско растављање од супруга може бити проглашено на неодређено време (члан 174. став 1. Швајцарског грађанског законика); напуштање супружника као основ за развод у Швајцарској је морало да траје најмање две године (члан 140. Швајцарског грађанског законика), док је у Турској морало трајати најмање три месеца (члан 132. Турског грађанског законика); доња старосна граница за ступање у брак у Швајцарској била је двадесет година за мушкарце и осамнаест година за жене, а у Турској осамнаест за мушкарце, а седамнаест за жене.

Нека правила су случајно била погрешно преведена, што је за коначан резултат имало разлику у односу на систем из кога су преузета. Неким правилима је у преводу намерно дат други смисао. С друге стране, нека су остала само мртво слово на папиру, зато што нису била прилагођена турским условима. Турски судови су у оживљавању правила кроз њихово тумачење могли, као што су често, али не увек, и радили, пратити тумачења швајцарских судова. Међутим, многа правила су имала различит друштвени значај у овим двама земљама, као доња старосна граница за ступање у брак или захтев за развод. Коначно, оваква рецепција, брза онолико колико је Ататурк то желео, биће, баш као што је била и рецепција римског права у другим системима, спор процес, а брзина и размере њеног успеха (који никада није потпун) мењаће се у зависности од околности. Пре него што почне да се примењује, сваки нови закон настао из масивне трансплантације морају да науче судије, адвокати и народ. У случају Турске, где се нови правни систем у толикој мери разликовао од претходног и био толико близак европским узорима, једино решење било је да се доведу инострани професори из Немачке и Швајцарске, као што су то били Андреас Б. Шварц (*Andreas B. Schwartz*), и Ернест Е. Хирш (*Ernest E. Hirsch*), који би подучавали новим законима, као и да се млади адвокати и професори шаљу на студије права у Европу. Поред тога, одређени аспекти традиционалног друштвеног живота, на пример, брак, споро су реаговали на притисак новог закона, што је особито било заступљено у провинцијама. Веома је значајно што се у есејима објављеним поводом тринаестогодишњице Турског грађанског законика наглашава размера у којој рецепција није била прихваћена. У другим, објављеним већ поводом његове петнаестогодишњице, рецепција се прихвата, уз истицање њене континуиране природе и чињенице да она није нити ће бити потпуна. Курт Липштајн (*Kurt Lipstein*) је 1956. године описао домаћај прихватања обавезности грађанског брака као, у најмању руку, разочарање. Џун Стар (*June Starr*) је 1978. године пренела да у селу које је проучавала, није открила довољно доказа „да су мештани много заинтересовани за добијење дозволе за склапање грађанског брака“.

Успех или барем делимичан успех трансплантовања швајцарских правничких идеја у Турској даје нам добар увид у то шта се дешава када један мање „модеран“ или мање „развијен“ систем дође у снажан контакт са софистицираним савременим системом. Тај увид нас просто заслепи када приметимо да је Еуген Хубер (*Eugen Huber*), који је сам био одговоран за стварање Швајцарског грађанског законика, рекао да „закон из мисли народа мора бити преточен у речи. Разуман човек који га чита, који схвата једно доба и његове потребе, мора увидети да је закон потекао од народа“. Вирцил Росел (*Virgil Rossel*) изјавио је да „нарочито ако би неко рекао за Француски грађански законик да је писани разум, ми намеравамо да се управља-

мо према смислу народног духа, подижући морални ниво нашег права што је више могуће и били бисмо срећни када би се једног дана за Швајцарски грађански законик рекло да он до одређене мере представља писани унутрашњи осећај моралности“. Међутим, исти тај Вирцил Росел био је веома свестан да разлике између закона различитих швајцарских кантона не би могле да се објасне преко религије, економије, језика или „расе“.

Швајцарска кодификација била је намењена онима који су радили на томе да она представља писану моралну свест швајцарског народа. Арбитерна и разнолика правила кантонских права била су ублажена савезним правом које је прилагођено Швајцарцима. „Швајцарство“ кодификације је наглашено. Међутим, швајцарску кодификацију могла је преузети, скоро у целости, неколико година касније Турска, земља са изражено другачијом историјом, правном традицијом, религијом, културом, економијом, политичким уређењем, и географским и климатским условима. Турска под Ататурком представља врхунски пример не само правних трансплантата, већ и револуције у праву. Суштинских промена било је мало и оне нису биле од великог значаја. Али, оно што је упадљиво јесте то да су ова два швајцарска законика њихови творци држали за особито швајцарске кодексе, усклађене са швајцарским духом и моралном свешћу. Ипак, пишући о турском брачном праву, Н. У. Гурпинар (*N. U. Gürpınar*) тврди да је „након револуције у Турској било потребно хитно створити право које би одговарало начелима владе Турске републике. У контексту грађанског права, посреди је Турски грађански законик преузет из Швајцарске.“ Тако, у општијем смислу, после објашњавања потребе за модерним Турским закоником Б. Н. Есен (*B. N. Esen*) пише:

„Такво је било чињенично стање. Швајцарска је увек била и остала *par excellence* земља демократије. Као земља са дугом демократском прошлoшћу, Швајцарска се могла сматрати посебно позваном да служи као узор за грађански законик. Турска се ни у једном тренутку није устручавала од тога. И у 1926. години *Schweizerisches Gesetzbuch* и швајцарски *Obligationsrecht* су били преузети са мањим променама као писано право државе. Ако су ови законици страног порекла били употребљивани у Турској четврт века без и најмањих потешкоћа, онда то иде у прилог следећој тврдњи. Управо зато што они тачно одражавају духовну склоност свог друштвеног миљеа, у њима се огледа идеја права и правде места у коме су они тумачени и употребљавани.“

Тако, када је реч о приватном и привредном праву, револуционарни вођа, стремећи демократији у Турској, могао је да пронађе скоро све што му је било потребно у законцима прилагођеним веома различитим условима у Швајцарској. Ја се не слажем у потпунос-

ти са Есеном. Стварање грађанског законика за Турску показало се као веома тешко. Због тога се прибегло позајмљивању узора. Швајцарско право није било лако прихваћено у пракси. Не верујем да је Швајцарски грађански законик представљао тачно оно што је било жељено или потребно. Али, он је одиграо своју улогу.

За мене се пример практичног значаја мојих аргумената налази у утицају који је извршио превод на српски језик моје књиге *Правни транспланти*, Београд, 2000. Ова књига је сада део литературе за обавезни курс „Упоредна правна традиција“ на првој години Правног факултета Универзитета у Београду. Београдски професор права Сима Аврамовић, писао ми је да је на завршном испиту велики број студената добро разумевао и прихватао идеје из ове моје књиге. Садашњи београдски студенти ускоро ће постати врхунске судије и законодавци у Србији, где је до сада било раширено опште осећање да позајмити право из неког другог система представља знак инфериорности, што је за последицу имало уздржавање од позајмљивања. Међутим, сада су студенти постали свесни како је позајмљивање у правом смислу речи универзална појава, која је потпуно прилична и за Србију.

Дакако, неки ће тврдити да је правно позајмљивање веома селективно, и да због тога позајмљено право и даље рефлектује друштво. Ја бих се, наравно, сложио са тим да је позајмљивање селективно. Међутим, та селективност не треба да буде изједначена са потрагом за правилима која најбоље одговарају социјалним, економским и политичким условима државе која их позајмљује. Често право бива позајмљено зато што је ту. Фактори обухватају следеће: (1) наметање права од окупаторске силе, која остаје ту и по завршетку окупације; (2) доступност страног права зато што је оно на језику који се добро разуме или је доступан у употребљивој форми, као што су Гајеве *Институције*, Јустинијанове *Институције* и потоње бројне локалне *Институције*; (3) потрага за легитимитетом неке врсте, било од законодаваца који желе да подупру своју снагу ослањајући се на већ потврђене узор, било од судија или правника који очајнички желе ауторитет, али им локални ауторитет недостаје; (4) случајност – на пример, када се Србија изборила за своју независност од Турске и стварала нови правни систем, окренула се прво Француском грађанском законик, али се, пошто се преводилац показао као недовољно компетентан, преусмерила на Аустријски грађански законик.

Заиста, чак и љубав може да направи неред у праву због стицаја околности и случајности. Дајем два примера. Прво, римски сенат је одобрио декрет којим је омогућено да се несрећни император Клаудије ожени ћерком свога брата, Агрипином, али се и даље сматрало за инцест када неко има полни однос са ћерком своје сестре (С. 1.162), и та правила су још увек важила за време Улпијана, кога је

223. године убила преторијанска гарда (*Coll.* 6. 1.). Друго, због великог Јустинијана и његове жеље да се ожени Теодором, која је била глумица или нешто горе, његов ујак Јустин је 530. године издао наредбу која је дозволила да се угледни грађани смеју женити глумицама. Поврх свега, одредба о којој говоримо, *C.* 5. 4. 23, мада је имала за повод један конкретан, социјално прилично проблематичан случај, пуна је верског моралисања. Случајност је чест узрок стварања норми одређеног садржаја.

Надам се да сам показао да је уобичајено разликовање права у књигама, законодавству и права у стварности сувише поједностављено. Разликовање постоји, али право у књигама мора бити рашчлањено. Дobar део права у књигама рефлектује услове, жеље и потребе друштва у коме се примењује. Но, исто тако, много тога је у њима прихваћено зато што је позајмљено, углавном без много размишљања и обично без било какве интервенције власти. А потом, такво право може постати дуговечно. Историја показује да на позајмљено страно право не треба нужно гледати као на право које не може да задовољи потребе неког друштва. Оно може бити једнако задовољавајуће као и право средине. Све често зависи од стицаја околности и случајности.

Због тога, за мене је право мистерија. И да бисмо разумели право, не смемо га брутално лишавати његове мистериозности. Мистерију треба суптилно одгонетнути.

Превод на српски:
Ана Батрићевић
Виктор Милосављевић

Alan Watson

Distinguished Research Professor and Ernest P. Rogers Chair
University of Georgia School of Law

LAW IN BOOKS, LAW AND REALITY: A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE

Summary

I consider myself a comparative legal historian and range widely over time and space. My interest is in private law. My general conclusions, developed over years, on law in society are three and are interconnected and are as follows.

First Conclusion: Governments are not much interested in developing law especially not private law. They generally leave this to subordinate law makers to whom, however, they do not grant power to make law.

Second Conclusion: Even when famous legislators emerge, they are seldom much interested in inserting a particular social message or even certainty into their laws.

Third Conclusion: Borrowing is the name of the legal game and is the most prominent means of legal change. That this is so often overlooked can only be explained by extreme prejudice brought about by notions such as that „Law is the Spirit of the People“ or that „Law reflects the Power Structure of the Ruling Class“. In the previous two main streams of legal development mentioned above (in books and in legislation) legal transplants have appeared in almost every situation discussed.

The commonly-made distinction between law in books and law in action is too simple. The distinction is valid, but law in books must be subdivided. Much law in books reflects the conditions, needs and desires of the society in which it operates. But likewise much is accepted because it was borrowed often without much thought, and often without the intervention of any government. History shows that borrowed law, foreign law, is not necessarily to be regarded as unsatisfactory law. It may be as satisfactory as indigenous law. Law to me is a mystery and to understand law it must not be deprived – brutally – of its mystery. The mystery must be gently unraveled.

Key words: *Comparative law. – Legal doctrine. – Legislation. – Legal transplants.*

Др Ратко Марковић,

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

УСТАВНИ СУД У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ОД 2006. ГОДИНЕ

Уставни суд је један од најмоћнијих инструмената конституционализације, у смислу ограничавања и контроле, државне власти. Он, правно беспоговорно, обезбеђује владавину устава и закона (устав и закон су оно што уставни суд каже да јесу) и пружа највишу правну заштиту основним људским правима у унутрашњем правном поретку. Иако Србија има Уставни суд још од 1963. године, променом свог државног статуса (суверена и самостална држава постала је 2006. године) и доношењем Устава у којем је такав државни статус изразила, Србија је променила многа правна решења о организацији и функционисању Уставног суда. Штавише, тај државни орган претрпео је у новом Уставу највеће промене. Реч је о посебном уставном органу који није суд, иако у називу садржи ту реч „суд“. То је због тога што тај орган функцију контроле уставности и законитости и заштитника људских и мањинских права заснива на методологији, тј. правилима и поступцима који су слични поступању редовних судова опште и посебне надлежности. У раду се разматрају најпре основна организациона питања везана за Уставни суд – састав Суда, избор и правни положај судија, а затим основна питања његовог функционисања – надлежност, поступање у обављању надлежности и карактер и дејство аката које доноси.

Кључне речи: *Конституционализам. – Избор и статус судија Уставног суда. – Надлежност Уставног суда. – Поступак пред Уставним судом. – Карактер и правно дејство одлука Уставног суда.*

I

Устав је, поред неприкосновених права појединца (која се, опет, записују у уставу), најефикасније средство ограничења државне власти. Устав је, по себи, гарант да власт неће бити апсолутна и

да ће слобода бити обезбеђена. Уставна владавина сублимирана је у класичној формули, према којој је то „владавина права, а не човека“, што значи да она постоји кад се власт врши на основу објективне воље устава, а не субјективне воље владајућих.¹ Претпоставке такве владавине су постојање чврстог устава (по правилу, писаног) и државног органа који гарантује његово поштовање. Њене материјалне претпоставке су да превагу у политичком процесу у земљи носе друштвене и политичке снаге које су спремне да казне свако кршење устава, које се може изразити у најгрубљим облицима, какви су самовоља и волунтаризам владајућих, али и у суптилнијим, у какве спада тенденциозно тумачење устава или „дописивање“ устава супротно његовом духу. При том, противуставни акти могу бити материјални акти владајућих и других позваних да устав примењују, али и правни акти, и то почев од закона, као најопштијег правног акта после устава, па до појединачних правних аката, управних и судских.

Државни орган који гарантује поштовање највеће правне снаге устава је уставни суд. Његовим постојањем повлачи се јасна правна разлика између обичних закона и уставног закона (устава). Још боље је рећи да се њиме санкционише највећа правна снага устава. Обични закони морају бити сагласни уставном закону. Контролу те сагласности врши уставни суд, снабдевен овлашћењем да лиши правне снаге закон у целини или поједине одредбе закона, кад нису сагласни уставу. Таквом функцијом (она обухвата и контролу сагласности подзаконских општих аката са законима) уставни суд обезбеђује конституционализацију власти, у смислу ограничавања и контроле власти. Суштина идеје конституционализације државне власти је да се државне власти (законодавна, извршна и судска) морају најпре раздвојити једна од друге (како не би било сувише власти на једном месту), а затим све оне подвести под уставносудску контролу (како свака од њих не би кршила акт којим је установљена).² На тај начин ће државна власт у целини бити ограничена и контролисана, а индивидуалне слободе и приватна сфера појединца (уставом гарантована могућност сваком појединцу да сопствени живот уреди у складу са сопственим уверењима и жељама) заштићени и стављени изван домаћаја државне власти. Али, тиме ће се спровести и разлика између првобитне (установљавајуће) и изведене (установљене) државне власти.

¹ К. Ј. Fridrih, *Konstitucionalizam (ograničenje i kontrola vlasti)*, Podgorica 1996, 43–44.

² G. de Vergotini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova 1993⁴, 315–316.

„Подела власти онемогућује апсолутну власт било ког органа и истовремено омогућује извесну контролу једних органа над другима како би се сваки држао у границама уставности и законитости.“ Р. Д. Лукић, *Појам уставности и законитости и средства за њихово остваривање*, Београд 1966, 76.

II

Друга Југославија је била прва међу социјалистичким земљама која је увела уставни суд, својим федералним уставом од 1963. године (после 43 године пошто је та институција у свету била први пут уведена и 160 година пошто је та функција била проглашена саставним делом судске функције). Доследно се држећи основног постулата федералног начела – према којем у федерацији постоји територијална подела власти, деоба власти на два територијална нивоа (федерације и федералних јединица) – Устав Југославије од 1963. године предвидео је постојање једног федералног уставног суда и уставне судове шест федералних јединица (колико је било република). Уставни суд Југославије одлучивао је о повредама федералног устава и федералних закона, а уставни суд републике о повредама устава и закона републике.³ Тако Србија, као и свих пет осталих чланица негдашње југословенске федерације, које су све, временом, постале самосталне државе, има уставни суд већ преко четири деценије. Тај уставни суд имао је један изглед до 1990. године, када је Србија, према уставној дефиницији, била „држава заснована на суверености народа и на власти и самоуправљању радничке класе и свих радних људи, и социјалистичка самоуправна демократска заједница радних људи и грађана равноправних народа и народности“, а други после тога, када је Србија, опет према уставној дефиницији, постала „демократска држава свих грађана који у њој живе, заснована на слободама и правима човека и грађанина, на владавини права и на социјалној правди.“ Устав Републике Србије од 2006. године конституише Уставни суд у Србији која 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“.

III

Устав Србије од 2006. године задржао је схему државних органа из Устава Србије од 1990, проширујући је новим државним органима, чему је разлог промењен државни статус Србије (Војска Србије), јачање институционалне мреже заштите људских и мањинских права у њој (Заштитник грађана), снажнија гаранција судијске и тужилачке независности (Високи савет судства и Државно веће тужилаца) и успостављање државне контроле над потрошњом буџетских средстава (Државна ревизорска институција). Од државних органа

³ J. Đorđević, *Novi ustavni sistem*, Beograd 1964, 841–865.

које је задржао, Устав је највише промена унео у организацију и рад Уставног суда. Промењена је (проширена је) уставна дефиниција тог државног органа, па је то сада „самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права“. Класичној уставносудској функцији заштите уставности и законитости, додата је и функција заштите људских и мањинских права, што се може сматрати сувишним проширењем „дефиниције“ Уставног суда, пошто су људска и мањинска права набројана и одређена у уставу и у законима. Ипак, оваква „дефиниција“ обавезивала је уставотворца да предвиди посебне правне инструменте за заштиту људских и мањинских права зајемчених Уставом. Такав правни инструмент је уставна жалба.⁴

Иако у називу Уставног суда постоји и реч „суд“ (у историји уставности било је примера да се уместо те речи употребљавала реч „жири“, „комитет“, „савет“), тај државни орган није никакав суд, нити је функција коју он врши судска у материјалном смислу. Уставни суд не решава редовне судске спорове (парнице, кривице и сл.), него посебне, уставне спорове, који нису страначки спорови, тј. спорови између странака, већ су то спорови између правних аката. У тим споровима су закон или подзаконски општи акт у супротности с уставом, кад је реч о споровима о уставности, односно подзаконски општи акти су у супротности са законом, кад је реч о споровима о законитости. Санкција неуставности или незаконитости је престанак важења закона, односно подзаконског општег акта. То су, строго узев, прави уставни спорови, чије се решавање не поверава редовним судовима, већ посебном државном органу, уставном суду.

Ипак, у свету постоје и земље (пример САД је најрепрезентативнији) у којима судови надлежни за редовне судске спорове решавају, у вези с тим споровима, и евентуалне спорове о уставности закона који треба применити на решавање редовног судског спора, и то као своје претходно или помоћно (акцесорно) питање. Они то чине било на захтев странака у спору било државног тужиоца. Пошто га реше, судови прелазе на решавање основног питања – редовног судског спора. У таквим случајевима, кад редовни суд утврди да је закон који треба применити на решавање редовног судског спора неуставан, он такав закон неће применити, него ће непосредно применити устав (тзв. ексцепција неуставности закона). У таквим системима контроле уставности закона, таква контрола је саставни део судске функције. Кад суди, суд мора по службеној дужности пазити на ус-

⁴ Р. Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2006, 26–31. О. Вучић, „Нови Устав Републике Србије и Уставни суд – учињене измене – нека отворена питања“, *Правна ријеч*, 10/2007, 131–145.

тавност закона, односно на „исправно право“, по принципу *iura novit curia*, не чекајући при том да странка од њега то захтева.⁵

Уставна концепција Уставног суда као државног органа састоји се од организационе и од функционалне компоненте. Прва обухвата питања састава Уставног суда, избора његових чланова и њиховог правног положаја. Друга обухвата питања надлежности Уставног суда, правног поступка за обављање те надлежности, што значи за доношење аката из своје надлежности, као и правно дејство тих аката (одлука).

IV

У погледу *састава Уставног суда* нормално је очекивати да број судија Уставног суда буде у некаквој сразмери са величином државе или, уставноправним језиком речено, бројем бирача у њој. Уставотворци се, изгледа, таквом сразмером не руководе.⁶ Јер, како објаснити да Уставни суд Србије има исти број судија (15) као Уставни суд Италије, која од Србије има седам пута више становника, или као Уставни суд Немачке (има 16 судија), која од Србије има готово десет пута више становника. Да не спомињемо Уставни савет Француске, који има свега девет чланова, мада Француска има преко 60 милиона становника или Уставни суд Шпаније, који има 12 судија, а Шпанија има преко 40 милиона становника.

Много је основаније стога величину Уставног суда, тј. број судија у њему, доводити у везу са надлежношћу Уставног суда. Већа надлежност тражи већи Уставни суд. По свој прилици, уставотворци се руководе тим мерилем. Величина надлежности уставних судова у свету је приближно иста, па је, ваљда, због тога и број судија уставних судова ујединачен. Оправдање за релативно велики Уставни суд

⁵ Тако I. Krбек, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 44. О томе С. Јовановић каже: „Ако је устав закон с појачаном формалном снагом, он не може бити укинут обичним законом, и кад би се стога јавио један закон противан уставу, судови би имали да претпоставе устав закону, иако би закон био каснијег датума. До ових крајњих закључака отишло се, на пример, У Сједињеним Државама. Ту су судови овлашћени да цене уставност закона које примењују, и да одрекну примену сваком закону који би оценили као уставу противан.“ С. Јовановић, *Држава I*, Београд 1936, 406; *Држава II*, 27–28. С. G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, New York 1959, 22 каже: „Посебно обележје америчког система власти су изразита власт и положај судства. Народ је, сматра се, у уставу успоставио писане границе законодавцу; те границе и уставу су виши од било ког акта законодавца; функција судства је да каже шта је право и да закон који је у супротности с уставом прогласи неважећим.“ Тако I. Krбек, *Ustavno sudovanje*, Zagreb 1960, 44.

⁶ В. приказ састава уставних судова у Аустрији, Немачкој, Италији и Француској код: I. Krбек, 74–75.

Србије је у једној његовој новој уставној надлежности – да одлучује о уставним жалбама грађана. Те жалбе се изјављују против појединачних аката или радњи државних органа (или недржавних субјеката којима су поверена овлашћења власти – јавна овлашћења) којима се повређују или ускраћују људска и мањинска права и слободе зајемчена Уставом, пошто су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Та ће надлежност, свакако, највише оптеретити Уставни суд.

Важно организационо питање везано за Уставни суд је *избор судије*. Ко бира судије Уставног суда је врло осетљиво питање, јер тај суд треба да контролише рад свих државних власти преко правних аката које те власти доносе вршећи своју надлежност. Ово питање је посебно осетљиво кад постоји могућност поновног избора за судију Уставног суда, јер се тада може очекивати да судија „гледа кроз прсте“ власти надлежној за његов избор. Због тога је добро решење да судије Уставног суда не бира само једна државна власт, него да у њиховом избору учествују две или све три државне власти. У САД се ова опасност избегава на други начин. Тамошњи Федерални врховни суд (који врши и функцију највишег уставног суда) састављен је од девет судија, које именује једна иста власт, Председник САД, али без ограничења мандата.

Судија Уставног суда се на тај положај бира (именује). Случај Уставног савета у Француској, у чијем саставу постоје и неизборни чланови – *membres de droit* (бивши председници Републике), изузетак је од овог правила, мада су бројни аутори који прижељкују да се та категорија чланова при будућем дотеривању (*toilettage*) устава укине као француска посебност, која не постоји у другим демократијама (неизабрани чланови имају иста права и дужности као избрани, само су ослобођени од полагања заклетве пред председником Републике).⁷

Устав Србије од 2006. године је у вези с избором судија Уставног суда усвојио решење које је најближе избору судија Уставног суда Италије.⁸ У основи тог решења је трипартитна подела власти на

⁷ H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Paris 1991, 8.

⁸ T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano 1988⁵, 550–553. Од 15 судија, колико има Уставни суд Италије, трећину именује председник Републике, трећину бира парламент на заједничкој седници, а трећину именује врховна редовна и управна судска власт. Судије које именује председник Републике именују се декретом, који премапотписује Министарски савет. Због тога је и приговор да десет од 15 судија треба да има подршку парламентарне већине (због чега се у пракси два од пет судија које именује председник Републике именује из реда парламентарне мањине). Парламент бира судије на заједничкој седници двотрећинском већином гласова у првом и другом гласању, односно тропетинском већином гласова у гласањима која следе од трећег гласања, тајним гласањем. Највише судске власти именују судије

законодавну, извршну и судску. Државни орган, представник сваке од ове три гране власти, бира трећину судија Уставног суда, па тако пет судија Уставног суда бира Народна скупштина, пет именује председник Републике, а пет именује општа седница Врховног касационог суда. Како би се у други план потиснула страначка припадност као мерило за избор судије, Устав је изукрштао улоге органа који предлаже кандидате за избор и органа који их бира (именује), кад је реч о легислативном и егzekутивном органу, пошто се у вишестраначком систему легислатива (парламент) и егzekутива (шеф државе) конституишу на основу мерила страначке припадности. Изабране (именоване) судије, пре преузимања функције, полажу заклетву о поштовању Устава и закона пред председником Народне скупштине (у Италији пред председником Републике у присуству председника два дома парламента).

Народна скупштина бира „својих“ пет судија на основу листе од десет кандидата коју јој предложи председник Републике, а председник Републике именује „својих“ пет судија на основу листе од десет кандидата коју му предложи Народна скупштина. Тумачењем чл. 105. ст. 1. Устава Србије произлази да Народна скупштина предлог кандидата за судије Уставног суда утврђује већином гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика. У пракси, приликом првог избора судија Уставног суда, кандидате за листу Народне скупштине предлагале су посланичке групе, а листа кандидата није утврђивана *en bloc*, него појединачно. Овакав механизам избора судија Уставног суда не важи кад је реч о судијама које именује судска власт, пошто се и читава та грана власти не конституише према страначким, већ према стручним мерилима (професионални квалитети кандидата). Ипак, како би се и институционално гарантовала објективност приликом избора судија Уставног суда од стране судске власти, на општој седници Врховног касационог суда пет судија Уставног суда именују се на основу листе кандидата које на заједничкој седници предложи Високи савет судства и Државно веће тужилаца. Држећи се уставног ранга ових органа, логичније би било да су овде улоге биле промењене, па да тих пет судија Уставног суда именује Високи савет судства на основу листе од десет кандидата коју састави Врховни касациони суд на општој седници заједно са Државним већем тужилаца, пошто је Врховни савет судства тај који бира и разрешава судије, а не обрнуто. На овај начин, Врховни савет судства је деградиран, јер се приликом избора судија Уставног суда он појављује у улози предлагача одлуке

Уставног суда по следећем „кључу“: три судије именују колегијум судија Касационог суда (највиша редовна судска власт), једног именује колегијум судија Државног савета и једног именује колегијум судија Рачунског суда (највише административне судске власти). T. Martines, 550–551.

коју треба да донесе орган који је он изабрао (осим председника Врховног касационог суда, којег бира Народна скупштина на предлог Високог савета судства). А што се тиче улоге Државног већа тужилаца (заједно са Врховним саветом судства), она је сасвим излишна. Јавно тужилаштво је Уставом од 2006. године организационо и функционално одвојено од судова, оно није грана судске власти, него се пре може узети као део извршне власти. Стога се његовом улогом у избору судија Уставног суда само нарушава чистота начела по којем те судије бира (именује) у једнаком броју свака од три државне власти (законодавна, извршна и судска).

У вези с избором судија Уставног суда уставни је захтев да се он бира и именује из реда истакнутих правника, с најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци (према Уставу Шпаније, чланови Уставног суда морају бити именовани међу судијама и јавним тужиоцима, професорима универзитета, јавним функционерима и адвокатима, с тим што сви морају бити правници признате стручности и са најмање 15 година рада у струци).⁹ Док су други и трећи услов одређени, мада је други сувишан (40 година живота), први је неодређен. Алудирајући на ту неодређеност, један од народних посланика је саркастично приметио да је „истакнути правник“ онај правник који је истакнут на листу кандидата за судију Уставног суда. Уставни захтев је још и да један од изабраних кандидата мора бити с територије аутономних покрајина. Закон ће ову одредбу морати да разради, како се предлагањем само једног таквог кандидата на листи кандидата не би „наместио“ његов избор.

Председник Уставног суда је уставна категорија. Њега бирају све судије Уставног суда на предлог најмање троје судија из свог састава тајним гласањем на време од три године, с тим што је закон предвидео могућност поновног избора. Председник Уставног суда истовремено обавља и дужности судије. У Италији председник Уставног суда гласа последњи, а у случају једнаке поделе гласова, његов глас има превагу, па стога италијански правни писци закључују да је његов „положај преовлађујући, не само формално, него и суштински“.¹⁰ Заменик председника Уставног суда је законска категорија. И њега бирају судије Уставног суда из свог састава на време од три године.

Од организационих питања везаних за Уставни суд од значаја је још и питање *правног положаја судија*. Најпре, функција судије

⁹ У Италији судије Уставног суда именују се и бирају се међу судијама, чак и пензионисаним, највиших редовних и управних судова, међу редовним професорима правних предмета са универзитета, међу адвокатима са професионалном праксом преко 20 година. Т. Martines, 551.

¹⁰ Т. Martines, 556.

Уставног суда није, као што је функција судије редовног суда, посебна професија. Због тога она не може бити трајна, него је везана за одређени мандатни период, који је, по правилу, дужи од мандатног периода народног посланика. Према Уставу Србије, тај период траје девет година. Иако је девет година релативно дужи мандатни период, Устав ипак предвиђа да једно лице може бити бирано (именовано) за судију највише два пута. То није добро решење, јер се судија у првом мандату може одговарајућим вршењем судијске функције „препоручивати“ за поновни избор (именовање), на штету објективног обављања судијске функције (због тога у Италији, која је била узор уставотворцима, судија Уставног суда, после истека мандата од девет година, не може бити поново изабран).

Функција судије Уставног суда има два обележја: прво, она је инкомпатибилна са обављањем у Уставу наведених других функција или послова¹¹ и, друго, њен носилац ужива имунитет, тј. посебну заштиту. Инкомпатибилитет функције судије Уставног суда готово да је апсолутан – он не може обављати ниједну другу јавну функцију, али ни професионалну делатност нити посао изузев „професуре на правном факултету у Републици Србији, у складу са законом“.¹² У пракси ће се отворити питање која је функција „јавна“, с обзиром на то да Устав у својој матичној одредби о забрани сукоба интереса (члан 6) разликује „државну“ од „јавне“ функције. Јавна функција је шири појам од државне функције. То је, негативно одређена, свака функција која није приватна, која није везана за приватне послове или за приватни интерес. Али, са функцијом судије Уставног суда није у сукобу само свака друга јавна функција, него и приватни посао, па тиме и интерес, јер и једно и друго може утицати на објективност судије. Закон о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 109/07) даје негативно одређење оба основа неспојивости, па каже: „Јавном или професионалном функцијом или послом у смислу овог закона не сматра се деловање у културно-уметничком, хуманитарном, спортском или другом удружењу, без накнаде“, али је судија Уставног суда дужан да обавести Уставни суд и о таквом деловању. Израз „изузев професуре на правном факултету у Републици Србији“ требало би, с обзиром да се њиме одређује изузетак од апсолутне инкомпатибил-

¹¹ О инкомпатибилитетима функције судије Уставног суда в.: Б. Ненадић, „Инкомпатибилност функције судије Уставног суда са другим функцијама и делатностима – упоредно правни осврт“, *Уставни суд Србије – у сусрет новом Уставу*, Београд 2004, 177–201. Читав правни институт има двојак циљ: да се спречи настаanak сукоба интереса и да се обезбеди да се функција судије уставног суда обавља у јавном интересу. Б. Ненадић, 189–190.

¹² У Италији судије Уставног суда изабране из реда активних судија и професора универзитета „не могу наставити вршење својих функција“. Т. Martines, 553.

ности, најуже тумачити (правило: *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).¹³ Судија Уставног суда не може бити члан политичке странке (чл. 55. ст. 5), што треба, с једне стране, да онемогући фаворизовање страначких кандидата приликом избора и именовања судија и, с друге, вршење притисака и страначких уцена по избору, односно именовању за судију.

Имунитетска заштита судије Уставног суда изједначена је с посланичком имунитетском заштитом. То значи да судија Уставног суда током свог мандата ужива имунитет неодговорности – не може бити позван на кривичну или другу одговорност за изражено мишљење или гласање у вршењу функције судије, али и имунитет неповредивости – не може кад се позове на имунитет бити притворен, нити се против њега може водити кривични или други поступак у којем би му се могла изрећи казна затвора без одобрења Уставног суда. То значи да Уставни суд одлучује о укидању имунитета судији и о успостављању имунитета судији (у случајевима кад се судија не позове на имунитет).

Од статусних питања везаних за судију Уставног суда од значаја је питање престанка функције (дужности) судије. У Уставу су наведена четири основа за престанак функције судије: 1) истеком времена на које је судија изабран или именован; 2) на његов захтев (кад сам затражи); 3) кад напуни законом прописане услове за старосну пензију (те услове требало би да пропише Закон о Уставном суду, а ако то не би било учињено, важи општи правни режим за старосну пензију прописан у Закону о раду); 4) разрешењем. Док се прва три основа за престанак функције судије Уставног суда утврђују актом констатације постојања једне чињенице,¹⁴ дакле декларативним актом, разрешење је креативни, конститутивни акт органа надлежног да о њему одлучи. У првом случају, само се констатује постојање чињенице за коју је Устав и Закон о Уставном суду везао правну последицу престанка мандата судији. У другом случају доноси се одлука о разрешењу кад постоји неки од разлога за разрешење наведених у Уставу.¹⁵ Закон о Уставном суду додаје још један основ: „ако поста-

¹³ „Професура“ од наставничких звања обухватала би само звања ванредног и редовног професора, не и звање доцента. Она, поготово, не може обухватити сарадничка звања (асистент, сарадник у настави), која нису наставничка.

¹⁴ Тј. истек времена од девет година од дана ступања на дужност, тј. полагања заклетве пред председником Народне скупштине, писани захтев судије за престанак функције, испуњење година старости за старосну пензију.

¹⁵ Према Уставу, судија се разрешава у следећим случајевима: 1) кад повреди уставну одредбу о инкомпатибилитету („повреди забрану сукоба интереса“); 2) кад трајно изгуби радну способност за дужност судије Уставног суда; 3) кад буде осуђен на казну затвора; 4) кад буде осуђен за кажњиво дело које га чини недостојним дужности судије Уставног суда.

не члан политичке странке“, што није било неопходно, јер је тај основ био већ обухваћен повредом забране сукоба интереса. Код већине наведених разлога за разрешење судије Уставног суда постоји „простор“ за креирање одлуке о разрешењу, осим код разлога осуде на казну затвора, кад разрешење следи „по сили Устава“. Постојање тог разлога везано је за констатацију једне чињенице (правноснажне одлуке суда о осуди судије Уставног суда на казну затвора), па стога није јасно због чега је он увршћен у разлоге за разрешење. Испуњеност услова за разрешење судије Уставног суда утврђује Уставни суд. У току поступка за утврђивање испуњености услова за разрешење судија Уставног суда може бити удаљен од дужности одлуком Уставног суда. О престанку дужности судије Уставног суда (по свим основима) одлуку доноси Народна скупштина, дакле и када је судију именовао председник Републике или кад га је именовала општа седница Врховног касационог суда. Такву одлуку Народна скупштина доноси на захтев овлашћених предлагача за избор, односно именовање (подносиоца листе кандидата) судије Уставног суда, с тим што иницијативу за покретање поступка за разрешење може да поднесе и Уставни суд.

Мада није предвиђена као разлог за разрешење судије, у Закону о Уставном суду постоји засад несанкционисана забрана да судија Уставног суда („судија Уставног суда не може“) јавно износи своје мишљење о питању које је предмет спора пред Уставним судом. Њој не би ни било место у закону, јер се подразумева да судија Уставног суда врши функцију судије само у Уставном суду, на његовим седницама, да у претходном саставу Уставног суда поједине судије нису, било ради стварања одређене „политичке атмосфере“, било ради самохвалисања излазили у јавност са својим мишљењем о предмету спора пре него што је Уставни суд донео у том спору одлуку.

Кад судији Уставног суда престане дужност пре истека времена на које је изабран, односно именован, овлашћени предлагач предлагаје два кандидата за избор, односно именовање, а ако је судија којем је престала дужност био са територије аутономне покрајине, кандидати за избор, односно именовање морају бити са територије аутономне покрајине.

V

Надлежност Уставног суда је основно питање везано за функционисање тог државног органа. Својом надлежношћу Уставни суд врши специфичну функцију контроле уставности или законитости. Његова специфична надлежност је општа нормативна контрола, тј.

контрола уставности или законитости општих правних аката. Али, ретки су уставни судови у свету чија се надлежност своди само на ову, специфичну надлежност уставног суда. Обично се у њихову надлежност стављају и друга питања контроле уставности или законитости, поред контроле уставности или законитости општих правних аката. Ово стога што је улога уставног суда као државног органа да пружи заштиту уставу од свих облика његове повреде, било да ова долази од стране закона, било од стране појединачних правних аката или чак од стране материјалних радњи. Ствари које су у надлежности уставног суда прожете су увек политичким елементима. Тиме што се поверавају на решавање објективном, високопрофесионалном уставном суду, њихово решавање се деполитизује. Уставни суд их решава на основу правног, а не политичког резоновања.

Надлежност Уставног суда може се груписати у неколико група послова: 1) општа нормативна контрола уставности или законитости; 2) сукоби надлежности између државних органа, органа територијалне аутономије и органа локалне самоуправе; 3) изборни спорови; 4) забрана рада политичких странака, синдикалних организација, удружења грађана и верских заједница; 5) уставна жалба; 6) посебне жалбе предвиђене Уставом; 7) одлучивање о повреди Устава од стране председника Републике. У поређењу с Уставом Србије од 1990. године, надлежност Уставног суда према Уставу Србије од 2006. године знатно је проширена, што је за собом повукло и повећање броја судија Уставног суда.

Општа нормативна контрола обухвата контролу уставности или контролу законитости општих правних аката. Генерално, Уставни суд врши контролу уставности или законитости. Међутим, такву контролу врше и судови опште и посебне надлежности, као и други државни органи. Специфичност овог облика надлежности Уставног суда је што су наводне повреде уставности или законитости извршене општим правним актима, којима припадају и устав и закон.¹⁶ Подразумева се да Уставни суд оцењује уставност или законитост закона и других општих аката који су на снази, јер штетне последице због повреде овог начела произлазе у садашњости. Међутим, Устав овлашћује Уставни суд да оцењује сагласност закона и других општих

¹⁶ Ова надлежност обухвата одлучивање Уставног суда о: 1) сагласности закона и других општих аката с Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима; 2) сагласности потврђених међународних уговора с Уставом; 3) сагласности других општих аката (подзаконских општих аката државних органа) са законом; 4) сагласности статута и општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе с Уставом и законом; 5) сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора с Уставом и законом.

аката с Уставом и општих аката са законом и по престанку њиховог важења, ако је поступак оцене уставности покренут (не и кад је дата иницијатива за покретање поступка) најкасније у року од шест месеци од престанка њиховог важења. Реч је о актима који су произвели штетне последице у недавној прошлости, али које се осећају и у садашњости, па отуда Устав пружа, под реченим условима, могућност да се изрекне санкција неуставности и незаконитости, тј. да се отклоне произведене штетне последице. Ову надлежност Уставни суд има још од 1974. године, с тим што се није захтевало да поступак буде покренут и што је услов био да „од престанка важења до покретања поступка није протекло више од једне године“ (чл. 375. ст. 2. Устава СФРЈ од 1974. године).

Редовна ситуација је, исто тако, да Уставни суд оцењује уставност закона и другог општег акта који је већ ступио на снагу. Устав, међутим, предвиђа могућност, која важи само за закон, а не и за други општи правни акт, да Уставни суд оцењује уставност закона који је усвојен у Скупштини, али указом председника Републике није још увек проглашен, на предлог (у Уставу стоји „на захтев“) најмање једне трећине народних посланика (за оцenu уставности закона који је на снази тражи се најмање 25 народних посланика). Да се проглашење закона оваквом могућношћу не би неразумно пролонгирало, Уставни суд је дужан да уставност оваквог закона оцени у року од седам дана. Ова могућност је средство у рукама парламентарне мањине (опозиције) да спречава парламентарну већину да из разлога политичке или друге користи свесно гласа и за неуставне законе, рачунајући на то да у редовним ситуацијама поступак оцене уставности закона траје пред Уставним судом дуже времена, а да за то време спорни закон може произвести, за владајућу већину, жељене последице.

Смисао овакве контроле уставности закона (превентивна контрола уставности закона), на којој се заснива Уставни савет у Француској,¹⁷ је да спречи проглашење неуставног закона, да спречи да

¹⁷ У Француској обични закони могу, пре њиховог проглашења, бити предмет контроле уставности Уставног савета на захтев председника Републике, првог министра, председника Националне скупштине (доњи дом парламента), председника Сената (горњи дом парламента) или 60 посланика, односно 60 сенатора. Органски закони и пословници оба дома парламента морају бити поднети Уставном савету на претходну контролу уставности. Уставни савет мора донети одлуку у року од месец дана, а ако је ствар хитна овај рок се, на захтев Владе, може скратити на осам дана. За то време обуставља се протицање рока за проглашење. Одредба за коју је утврђено да је неуставна, не може се прогласити (органски или обични закони) нити применити (пословници домова парламента). Контрола уставности органских закона и пословника домова јесте облигаторна, али није и аутоматска: Уставни савет испитује њихову уставност на захтев првог министра, који има обавезу да органски закон пре проглашења, а пословнике домова пре примењивања поднесе Уставном савету на

неуставни закон постане закон, тј. да ступи на снагу. Наш уставотворац није разумео логику овог института, јер он допушта да закон буде проглашен и пре доношења одлуке Уставног суда о његовој уставности. Устав, наиме, предвиђа да, ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд наставља да поступа према предлогу („захтеву“) сагласно редовном поступку за оцену уставности закона (чл. 169. ст. 2). А то значи да ће одлука Уставног суда у случају утврђене неуставности имати касаторно (предметни закон престаје бити закон), уместо превентивног дејства (предметни закон не може постати закон). Иначе, кад Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, та одлука ступа на снагу даном проглашења закона. Према логици овог института, последица овакве одлуке требало би да буде немогућност проглашења закона, за који је Уставни суд утврдио да није у сагласности с Уставом. Такво дејство има оваква одлука у француском систему контроле уставности закона, одакле је овај институт и преузет. У чл. 62. ст. 1. Устава Француске од 1958. године стоји: „Одредба за коју је утврђено да је неуставна не може бити проглашена нити примењена“.¹⁸ Ако је уставност закона оцењена пре његовог проглашења („ступања на снагу“), а Уставни суд је утврдио да је закон сагласан Уставу, поступак за оцену уставности таквог закона не може бити покренут по његовом проглашењу и ступању на снагу, јер би се, у супротном, уставност истог закона оцењивала два пута.

Постоји још једна ситуација кад Уставни суд одлучује о уставности или законитости општег акта пре његовог ступања на снагу. Наиме, у вези са могућношћу Владе да пред Уставним судом покрене поступак за оцену уставности или законитости одлуке аутономне покрајине, Уставни суд може, до доношења своје одлуке одложити ступање на снагу оспорене одлуке аутономне покрајине (чл. 186). Овде је логика превентивне контроле уставности или законитости очувана, пошто одлука аутономне покрајине у чију уставност или законитост Влада сумња, не може ступити на снагу до одлуке Уставног суда о њеној уставности или законитости. Пропуст уставотворца је што није одредио рок у којем је Уставни суд дужан да донесе од-

контролу уставности. Контрола уставности обичних закона зависи од субјеката овлашћених да Уставном савету поднесу захтев у том смислу. Ту су се ствари радикално промениле од октобра 1974, када су, поред четири највиша државна функционера право на подношење таквог захтева добиле и парламентарне групе (60 посланика и 60 сенатора). L. Favoreu, L. Philip, *Le Conseil constitutionnel*, Paris 1980, 68–76. H. Roussillon, 23. сматра да је то једна од најважнијих измена Устава Пете републике „са становишта правне државе“. О контроли уставности закона пре његове промугације уопште в. J. Stefanović, *Ustavno pravo FNR Jugoslavije i komparativno*, knjiga I, Zagreb 1956, 78–84.

¹⁸ L. Favoreu et L. Philip, 67–94; H. Roussillon, 33–36.

луку о уставности или законитости. Тај пропуст делимично отклања Закон о Уставном суду одредбом: „Ако Уставни суд донесе решење да одложи ступање на снагу оспорене одлуке органа аутономне покрајине, дужан је да поступак оцењивања уставности или законитости хитно спроведе у складу са роковима које уређује Пословник“ (чл. 67. ст. 4).

Надлежношћу опште нормативне контроле Уставног суда одређена је хијерархија општих правних аката у правном поретку Републике Србије. На челу те хијерархије је Устав, а са њим су у правној снази изједначена општеприхваћена правила међународног права, испод њих су потврђени међународни уговори, испод којих су закони, а испод закона су подзаконски општи акти различитих доносилаца. При том, правни акти на нижој хијерархијској лествици морају бити у сагласности са правним актима на непосредно вишој и на свим вишим хијерархијским лествицама. Устав је извршио и поделу подзаконских општих аката према доносиоцу.¹⁹ У вези с овом надлежношћу Уставног суда поставља се питање прецизирања значења израза „општеприхваћена правила међународног права“, с обзиром да Уставни суд одлучује и о „сагласности закона и других општих аката“ са тим правилима. Ово због тога што су Устав, потврђени међународни уговор и закон конкретни правни акти, познате садржине и значења. Није извесно у којем се акту налазе „општеприхваћена правила међународног права“ и каква је њихова садржина.

По свој прилици, реч је о општим правним правилима која су се током времена формирала у међународној пракси, тако да у основи представљају саставни део међународног обичајног права (нпр. начело суверене једнакости држава, начело решавања међународних спорова мирним путем, начело неинтервенције у унутрашње ствари других држава, начело да уставни и законски прописи не ослобађају државу међународних обавеза и сл.). Сва та правила (начела) сматрају се когентним нормама, што укључује њихова два својства: прво, да су она обавезна за све субјекте међународног права и, друго, да сва остала начела и све норме међународног права морају са њима бити у сагласности.²⁰

¹⁹ Та подела обухвата: 1) подзаконске опште акте државних органа; 2) подзаконске опште акте органа аутономних покрајина (укључив и статут аутономне покрајине) и јединица локалне самоуправе (подзаконски општи акти јединица територијалног уређења Републике Србије); 3) подзаконске опште акте које доносе организације којима су поверена јавна овлашћења, политичке странке, синдикати, удружења грађана, као и колективни уговори послодаваца и синдиката (подзаконски општи акти недржавних субјеката).

²⁰ В. Krivokapić, *Leksikon međunarodnog prava*, Beograd 1998, 311.

Кад решава сукоб надлежности Уставни суд поступа као конфликтни суд (посебан суд за решавање сукоба надлежности).²¹ Ова надлежност Уставног суда обухвата следеће сукобе надлежности: 1) између судова и других државних органа; 2) између републичких (државних) органа и покрајинских органа или органа локалне самоуправе (органа територијалних јединица); 3) између покрајинских органа и органа јединица локалне самоуправе у аутономној покрајини; 4) између органа различитих аутономних покрајина или различитих јединица локалне самоуправе. Логика ове надлежности Уставног суда је да сукобе надлежности не решава орган који је у сукобу, него посебан државни орган, пошто се тиме обезбеђује већа објективност. При том Уставни суд одређује само надлежни орган, а не решава ствар у суштини (меритуму) због које је сукоб надлежности (позитивни или негативни) настао.

Изборни спорови су супсидијарна надлежност Уставног суда. Наиме, Уставни суд је надлежан за њихово решавање кад „законом није одређена надлежност судова“. То би били спорови који проишљају из непосредних избора, које врши бирачко тело. На таквим изборима се, према Уставу, од државних органа бирају народни посланици и председник Републике, од органа аутономне покрајине – скупштина, а од органа општине – скупштина општине (према важећем Закону о локалној самоуправи од 2002. године) и председник општине. Из изборних спорова требало би да буду искључени спорови у вези с постављењем, односно именовањем на одређену функцију или положај, чија судска заштита (заштита уставности и законитости) иде по другој линији. За решавање изборних спорова Уставни суд је надлежан само уколико није одређена надлежност судова (дакле, и онда кад је одређена надлежност других, несудских органа).²²

²¹ Конфликтни суд (*Tribunal des Conflits*) решава сукоб надлежности између редовног судства, оличеног у Касационом суду и управног судства, оличеног у Државном савету (отуда у његовом саставу четири представника Касационог суда и четири представника Државног савета). Битно је да се Конфликтни суд ограничава на одређивање надлежне власти за решавање, а не решава спор у суштини (меритуму). У Француској Конфликтни суд просечно решава десетак оваквих спорова годишње. О овој надлежности Уставног суда Италије в. *G. Chiarelli, „Il conflitto costituzionale di attribuzioni“, La giustizia costituzionale, Firenze 1966, 74–82.* У надлежности Уставног суда Италије су све врсте сукоба надлежности: између државе и области и између области (*fra Stato e regioni e fra regioni*). У првом случају сукоба надлежности, Уставни суд пресудом оглашава власт којој припада спорна надлежност и поништава акт ненадлежне власти кад га је ова донела, а у другом случају оглашава који је од два ентитета (држава или област или области међусобно) надлежан, а акт који је донесен кршењем надлежности поништава. *T. Martinez, 597–605.*

²² О надлежности Уставног суда за решавање изборних спорова в. Б. Ненадић, „Изборни спорови у надлежности Уставног суда“, *Уставно питање у Србији – зборник радова*, Ниш 2004, 267–291. Аутор, додуше пре доношења Устава Србије од 2006. године, је мишљења „да се под изборним споровима не би могли сматрати

Уставни суд има и једну кривичну надлежност – да одлучује о забрани рада политичке странке, синдикалне организације или удружења грађана (чл. 167), као и верске заједнице (чл. 44. ст. 2).²³ Уставни суд има ову нетипичну надлежност због тога што су политичка странка, синдикална организација, удружење грађана и верска заједница израз уставне слободе удруживања и уставне слободе савести (религиозног веровања) и вероисповести и што су разлози за њихову забрану утврђени у Уставу, а не у закону.

Уставна жалба је нова надлежност Уставног суда, којом ће тај суд, по свој прилици, с обзиром на Уставом постављене могућности за њено коришћење, бити највише оптерећен.²⁴ Општи услови за ко-

само спорови за заштиту бирачког права у току избора за органе који се персонализују на непосредним изборима, већ и спорови за заштиту оствареног изборног права стеченог на непосредним изборима, као и спорови због неправилности учињених у поступку избора и разрешења која на основу Устава врши Народна скупштина“, Б. Ненадић, 283. В. исто гледиште код М. Рајванчић, S. Beljanski, *Ustavno pravo i pravosudno organizaciono pravo*, Beograd 2003, 65. Овакво гледиште има упориште у садашњем Закону о управним споровима, чл. 9. ст. 1. тач. 3, којим су из управносудске, а тиме и из судске заштите, искључени акти које Народна скупштина донесе у стварима о којима одлучује непосредно на основу уставних овлашћења. А и у претходном (чл. 12. ст. 4) и у важећем уставу (чл. 22. ст. 1) судска заштита уставом зајемчених слобода и права је уставно начело. У Уставу Србије од 2006. године оно гласи: „Свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале“. Такав ранг (уставом зајемченог права) има, како га нови устав назива, „изборно право“, како активно, тако и пасивно. Избори („изборне надлежности“) или изборна права Народне скупштине нису изборно право у смислу чл. 52. Устава Србије, чији су носиоци искључиво грађани. Другим речима, изборно право Народне скупштине није никакво људско право, него је оно, једноставно, надлежност Народне скупштине! Преглед надлежности уставних судова у Аустрији и Немачкој и Уставног савета у Француској у изборним стварима даје I. Krbek, 73.

²³ При том, политичку странку, синдикалну организацију и удружење грађана Уставни суд може забранити из истих разлога, тј. кад је њихово деловање усмерено на: 1) насилно рушење уставног поретка; 2) кршење зајемчених људских или мањинских права; 3) изазивање расне, националне или верске мржње. Верску заједницу, пак, Уставни суд може забранити само ако њено деловање угрожава: 1) право на живот; 2) право на психичко и физичко здравље; 3) права деце; 4) право на лични и породични интегритет; 5) право на имовину; 6) јавну безбедност и јавни ред или кад 7) изазива и подстиче верску, националну или расну нетрпељивост (у претходној групи разлога „расну, националну или верску мржњу“).

²⁴ Уставна жалба је својевремено била највећи новум у надлежности уставних судова. Матична земља овог института је Швајцарска са својом државноправном жалбом (*Staatsrechtliche Beschwerde*) која се уобличавала еволутивним путем. Али је, по значају далеко познатија уставна жалба (*Verfassungsbeschwerde*) уведена у Немачкој, Законом о савезном уставном суду од 1951. године. Она представља усавршавање швајцарске државноправне жалбе, у којој је, очигледно, нашла инспирацију, али је од ове „много интензивнија“. Уставну жалбу може Савезном уставном суду изјавити свако физичко или правно лице због повреде свог основног уставног права или права изједначеног с њиме, кад сматра да му је такво право повређено актом

ришћење уставне жалбе су: 1) она се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења (дакле, не и против закона или другог општег акта непосредно, јер до стварне повреде људских и мањинских права може доћи тек појединачним актом или радњом, донесеном или предузетом, на основу закона или другог општег акта); 2) кад се тим актима или радњама повређују или ускраћују људска и мањинска права и слобода зајемчени Уставом; 3) ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Широко постављен услов „ако су исцрпљена (...) друга правна средства за њихову заштиту“ значи да је уставна жалба од изузетног средства заштите од повреда људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом извршених појединачним актима и радњама, постала редовно правно средство (у смислу могућности за коришћење, а не по свом правном карактеру). Од изузетка, она је сада постала правило, јер се може изјавити кад год су „исцрпљена“ правна средства за заштиту људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом.²⁵ Закон о Уставном суду је могућности за изјављивање уставне жалбе проширио, предвидевши да се „уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају кад је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року“, што отвара пи-

јавне власти (*öffentliche Gewalt*). У обзир долази сваки акт јавне власти, општи као и појединачни (практично, сваки ауторитативни акт), а то значи да се уставна жалба може изјавити и против закона, као и против аката земаљских уставних судова. Поред овог услова активне процесне легитимације, услов за изјављивање уставне жалбе је да је претходно исцрпљен правни поступак за заштиту односног права. Међутим, Савезни уставни суд може, и без претходног окончања редовног поступка, покренути поступак по уставној жалби ако сматра да то налаже општи интерес или ако би чекањем на окончање редовног поступка за жалиоца настала тешка непоправива штета. Рок за изјављивање уставне жалбе тече од дана достављања појединачног акта и тада је краћи (месец дана), а кад је реч о закону или другом општем акту од дана њиховог ступања на снагу тада је дужи (годину дана). Ако суд уважи жалбу, закон или други општи акт ставља се ван снаге, а појединачни акт се касира с тим што Савезни уставни суд не може улазити у меритум па, на пример, изменити појединачни акт. Уставни суд у Немачкој није ни замишљен као суперапелациони суд, него као суд који разматра и санкционише искључиво повреде устава, „а не обичне правне грешке“. О уставној жалби постоји велика правна књижевност, пре свега на немачком језику, а на српском језику овај институт су језгровито обрадили: I. Krbek, 68–72; M. Stojanović, *Sudska kontrola ustavnosti*, Београд 1960, 78; Р. Д. Лукић, *Појам уставности и законитости и средства за њихово остварење*, Београд 1966, 107; R. Marković, *Pokretanje ustavnog spora o ustavnosti normativnih akata*, Београд 1973, 62–79. Од новијих радова в. В. Ђурић, *Уставна жалба*, Београд 2000.

²⁵ Немачко искуство у вези са уставном жалбом је да услове за њено подношење Уставном суду треба још више пооштрити него што је то учињено у Закону о Савезном уставном суду којим је уставна жалба уведена, пошто уставна жалба „није средство за изражавање обичних животних недаћа, већ ванредни лек који има за циљ да заштити само најдрагоценије људске слободе“. R. J. Barnet, „The Protection of Constitutional Rights in Germany“, *Virginia Law Review* 7/1959, 1159–1160.

тање сагласности ове законске одредбе са уставном дефиницијом уставне жалбе. Та могућност је изузетак од уставног начела супсидијарности уставне жалбе.

Поред уставне жалбе, Устав је предвидео још пет конкретних ситуација у којима се Уставном суду непосредно може изјавити жалба.²⁶ Жалбу у наведеним ситуацијама Устав не назива „уставном жалбом“ (чак у два од пет наведених случајева се каже да „изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе“). Из тога се види да је реч о различитим правним средствима, односно о различитој надлежности Уставног суда. Разлике између жалбе и уставне жалбе су, на једној страни, процесноправне природе а, на другој, материјалноправне. Жалба се, за разлику од уставне жалбе, непосредно изјављује Уставном суду на основу овлашћења непосредно садржаног у Уставу, а не тек пошто су исцрпљене или ако нису предвиђена друга правна средства за заштиту људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом. И, даље, жалба није, као уставна жалба, правно средство за заштиту људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом, него неких других права зајемчених Уставом (права на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, права на поштовање воље бирачког тела изражене на парламентарним изборима, права на поштовање Уставом прописаних услова и основа за престанак судијске и тужилачке функције).

Уставом Србије од 2006. године Уставни суд је добио нову надлежност у вези с разрешењем председника Републике.²⁷ То је вероватно због тога што је разлог за разрешење повреда Устава од стране

²⁶ То су следећи случајеви: 1) жалба Уставном суду на одлуку донесену у вези са потврђивањем мандата народног посланика, који о њој одлучује у року од 72 сата (чл. 101. ст. 5); 2) жалба Уставном суду против одлука Високог савета судства о престанку судијске функције, коју има право да изјави судија, с тим што изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе (чл. 148. ст. 2); 3) жалба Уставном суду против одлуке о престанку функције, коју могу изјавити јавни тужилац (против одлуке Народне скупштине) и заменик јавног тужиоца (против одлуке Државног већа тужилаца), с тим да изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе (чл. 161. ст. 4); 4) жалба Уставном суду на коју има право орган одређен статутом аутономне покрајине ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине (чл. 187. ст. 1); 5) жалба Уставном суду на коју има право орган одређен статутом општине ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности општине (чл. 193. ст. 1). В. Б. Ненадић, „Уставни суд Србије као ‘жалбени суд’“ *Правна ријеч*, 10/2007, 175–205. Случај жалбе под 5) се у немачком праву сматра посебном уставном жалбом. Такву жалбу могу Савезном уставном суду изјавити општине и савези општина кад сматрају да им је савезним или земаљским законом повређено уставом зајемчено право на локалну самоуправу, I. Krbek, 71–72.

²⁷ Ову надлежност имају најпознатији уставни судови у Европи: Аустрији, Немачкој, Италији. Преглед ове надлежности у тим судовима даје I. Krbek, 73.

председника Републике, а Уставни суд је заштитник Устава ма са које стране долазила повреда Устава. О томе да ли је председник Републике повредио Устав одлучује Уставни суд у року од 45 дана од покретања поступка за разрешење у Народној скупштини на предлог најмање једне трећине народних посланика.²⁸ Кад Уставни суд одлучи да је председник Републике повредио Устав, председник Републике се разрешава одлуком Народне скупштине „гласовима најмање две трећине народних посланика“ (чл. 118). Улогом коју добија на основу Устава у разрешењу председника Републике Уставни суд модификује се класична установа *impeachment*-а из америчког Устава од 1787. године, којом се реализује одговорност председника САД. Разрешење председника Републике требало би да буде овлашћење оног органа који га је и изабрао. А пошто су га изабрали бирачи не-

²⁸ У чл. 118. ст. 2. Устав Србије каже се да поступак за разрешење председника Републике „може да покрене Народна скупштина, на предлог најмање једне трећине народних посланика“. Чл. 93. ст. 1. Закон о Уставном суду каже: „Поступак одлучивања о повреди Устава од стране председника Републике покреће Народна скупштина, на предлог једне трећине укупног броја народних посланика“. А чл. 15. ст. 1. Закона о председнику Републике (*Службени гласник РС*, бр. 111/07) каже: „Разрешење председника Републике може Народној скупштини да предложи најмање једна трећина народних посланика ако сматра да је он повредио Устав, а поступак за разрешење покреће се већином гласова свих народних посланика“. Из дикције Устава Србије и Закона о Уставном суду произлази да је Народна скупштина дужна да покрене поступак за разрешење председника Републике кад то предлаже најмање једна трећина народних посланика. Закон о председнику Републике је изричит да најмање једна трећина народних посланика може да предложи Народној скупштини разрешење председника Републике ако сматра да је он повредио Устав, а поступак за разрешење покреће Народна скупштина већином гласова свих народних посланика. Питање је ко покреће поступак за разрешење председника Републике пред Уставним судом: Народна скупштина или најмање једна трећина народних посланика? Венецијанска комисија је ову „не баш претерано јасно написану одредбу“ протумачила тако да „једна трећина посланика може пред Уставним судом покренути поступак разрешења због повреде Устава“. Из „духа“ овог института – он је, као и предлог 60 народних посланика за гласање о неповерењу Влади, средство парламентарне мањине којом она може да покреће политичку одговорност егzekутиве, а не и да о њој одлучује – произлази да је Венецијанска комисија добро разумела ову „не баш претерано јасно написану одредбу“. Али, чак и да је Закон о председнику Републике добро протумачио чл. 118. Устава о разрешењу председника Републике, није у сагласности са Уставом да поступак за разрешење покреће Народна скупштина „већином гласова свих народних посланика“. Ово због тога што су ствари о којима Народна скупштина одлучује таквом већином, будући да су одступање од правила о одлучивању у Народној скупштини („Народна скупштина доноси одлуке већином гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика“) таксативно наведене у чл. 105. ст. 2. Устава Србије. У том „попису“ нема одредбе да Народна скупштина „већином гласова свих народних посланика“ покреће поступак за разрешење председника Републике због повреде Устава. У случају да има ту надлежност, Народна скупштина би о њој могла да одлучује само већином гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика. Ето прилике за новоконституисани Уставни суд да оцени уставност одредбе једног закона који има уставни карактер!

посредно, они би требало да одлучују и о одузимању мандата – опозиву – председника Републике. Ако се то овлашћење додељује парламенту, оно би у целини (покретање поступка, утврђивање повреде Устава, разрешење због повреде Устава) требало да остане у његовој надлежности, тј. у надлежности Народне скупштине, као што је случај с одговорношћу председника САД пред Конгресом. Решењем Устава од 2006. године се, у једно политичко питање односа легислативе и егzekутиве, умеће аполитички Уставни суд, који треба да утврди повреду Устава од стране председника Републике, а политичку санкцију због те повреде да изрекне Народна скупштина. Ту се Уставни суд излаже ризику да једно политичко, а не стручно тело, каква је Народна скупштина, не разреши председника Републике након што је Уставни суд утврдио да је он повредио Устав, јер за такву одлуку нема две трећине гласова народних посланика. Произошло би да је тиме Народна скупштина рекла да председник Републике није повредио Устав, мада је пре ње Уставни суд рекао да јесте. Тиме се ризикује углед Уставног суда, као коначног²⁹ и најкомпетентнијег арбитра о питањима повреде начела уставности. Овако, уместо одлуке, Уставни суд даје мишљење које формално не обавезује Народну скупштину која доноси одлуку. Пошто Народна скупштина врши превасходно политичку процену (јер је она на том мерицу и конституисана), требало је да она сама, пошто је покренула поступак за разрешење, после спроведене дебате, утврди да ли је председник Републике повредио Устав или не и да га одговарајуће санкционише. Одлуком о повреди Устава, донесеном прописаном већином гласова народних посланика, председник Републике је разрешен функције. То би био чисти *impeachment* какав постоји у америчком Уставу, који се складно уклапа у Уставом утврђен однос легислативе и егzekутиве.

Овим се зауставља попис уставне надлежности Уставног суда, чини се с правом.³⁰ У последњем ставу чл. 167. Устава, који утврђује надлежност Уставног суда, речено је да „Уставни суд обавља и друге послове предвиђене Уставом“.³¹ С обзиром да Уставни суд оцењује уставност закона, његова надлежност не може се прописивати зако-

²⁹ „Одлуке Уставног суда су коначне (...)“ – чл. 166. ст. 2. Устава Србије.

³⁰ Иако је Устав од 2006. године проширио надлежност Уставног суда, ипак је нашао разумну меру надлежности. Немачки уставотворац, ту меру је прешао (чл. 93. Основног закона Немачке), јер је „дао сувише власти уставном суду, учинивши тако од њега један од главних политичких чинилаца, што никако не одговара његовом карактеру“, Р. Д. Лукић, 110.

³¹ То су случајеви забране верских заједница (чл. 44. ст. 3), посебних жалби које се подносе Уставном суду (предвиђени у чл. 101. ст. 5, чл. 148. ст. 2, чл. 155, чл. 161. ст. 4, чл. 187. ст. 1. и чл. 193. ст. 1), као и одлучивање о повреди Устава од стране председника Републике у поступку разрешења председника Републике покренутом у Народној скупштини (чл. 118).

ном. Међутим, у истом члану (167), редакцијском грешком, речено је у ст. 2. тач. 6. да Уставни суд „врши и друге послове предвиђене Уставом и законом“. Тако је у истом члану Устава исто питање различито регулисано. На једном месту у том члану Уставни суд „врши друге послове одређене Уставом и законом“ (чл. 167. ст. 2. тач. 6), док на другом Уставни суд „обавља и друге послове предвиђене Уставом“ (чл. 167. ст. 4). У чл. 175. ст. 3. Устава потврђено је логички једино исправно решење да се надлежност Уставног суда може одредити само Уставом. У том члану каже се да се законом уређују „уређење Уставног суда и поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука“ (дакле, не и надлежност Уставног суда). То исто речено је и у чл. 1. Закона о Уставном суду, у којем је одређен предмет законског нормирања.

Правни поступак за обављање надлежности Уставног суда се, по правилу, уређује законом. Устав најчешће уређује само питање покретања поступка пред Уставним судом, па и њега не уређује у целини, него најчешће само у вези са оценом уставности или законитости општих правних аката (не и других послова из надлежности Уставног суда).³² У вези с покретањем поступка пред Уставним судом за оцену уставности или законитости општих аката, Устав од 2006. године задржао је већ традиционалну разлику, која се повлачи још од увођења уставног судства од 1963. године, између предлога и иницијативе. Предлог може поднети уставом (и законом) овлашћени предлагач, чиме је поступак за оцену уставности и законитости покренут. Иницијативу за оцену уставности или законитости нема само заинтересовани, већ је она право сваког, а на основу ње Уставни суд доноси одлуку („решење“) хоће ли или неће покренути поступак.³³

³² Преглед упоредноправних решења и теоријских питања у вези с покретањем поступка пред уставним судовима дају: I. Krbeč, 79–82; Г. Мијановић, *Контрола уставности закона*, Српско Сарајево 2000, 152–159; Р. Марковић, 7–167.

³³ Поступак пред Уставним судом за оцену уставности или законитости општих аката могу да покрену државни органи, органи покрајинске аутономије и локалне самоуправе и најмање 25 народних посланика. Поступак може покренути сâм Уставни суд, на основу одлуке коју доноси двотрећинском већином гласова свих судија. Сви су они носиоци предлога за покретање поступка за оцену уставности и законитости (овлашћени предлагачи). Иницијативу за покретање поступка за оцену уставности и законитости може поднети свако физичко и правно лице (иницијатор). Закон о локалној самоуправи (*Службени гласник РС*, бр. 129/07) у ред предлагача за покретање поступка пред Уставним судом са „специјалним“ овлашћењем уврстио је Савет за међунационалне односе, који се оснива у јединицама локалне самоуправе са мешовитим националним саставом становништва. То тело има право да покрене поступак за оцену уставности и законитости одлуке или другог општег акта скупштине јединице локалне самоуправе ако сматра да су њиме непосредно повређена права српског народа и националних мањина које су у њему представљена (чл. 98, ст. 11. Закона о локалној самоуправи).

Код овог важног питања уставносудске контроле, Устав од 2006. године садржи још један, благо речено, велики редакцијски пропуст. И овде је једно исто питање на три места различито регулисано, у различитим члановима Устава. Док чл. 168. ст. 1. органима територијалне аутономије и органима локалне самоуправе даје генерално овлашћење за покретање поступка за оцену уставности или законитости свих закона и општих аката, чл. 187. ст. 2. органима аутономне покрајине такво овлашћење сужава само на законе и друге опште акте „којима се повређује право на покрајинску аутономију“, а чл. 193. ст. 2. органима општине (локалне самоуправе) исто овлашћење сужава само на акте „којима се повређује право на локалну самоуправу“. На Уставном суду је да утврди које ће од две различите одредбе примењивати. Иначе, за овај класични уставни спор важи официјелна максима. Уставни суд, наиме, у поступку оцењивања уставности или законитости није ограничен захтевом овлашћеног предлагача, односно иницијатора, као што ће, у случају њиховог одустанка од предлога, односно иницијативе, наставити поступак за оцењивање уставности, односно законитости, ако за то нађе основа.

У току овог поступка, до доношења коначне одлуке, Уставни суд може обуставити извршење појединачног акта или радње која је предузета на основу општег акта чија се уставност, односно законитост оцењује ако би њиховим извршењем могле наступити неотклоњиве штетне последице. Исту могућност Закон о Уставном суду предвиђа и у вези са изјављеном уставном жалбом. Наиме, на предлог подносиоца уставне жалбе, Уставни суд може одложити извршење појединачног акта или радње, ако би извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу, а одлагање није супротно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа штета трећем лицу.³⁴

³⁴ Кад је реч о другим уставним споровима из надлежности Уставног суда, поступак за решавање сукоба надлежности покреће се захтевом, који подноси један или оба органа који су у сукобу, као и лице поводом чијег је права настао сукоб надлежности. Тај поступак се сматра покренутим оног дана када је захтев приспео у Уставни суд. Поступак одлучивања о изборним споровима за које законом није одређена надлежност судова покреће се захтевом, а могу га поднети сваки бирач, кандидат за председника Републике, односно посланика или одборника, као и подносилац предлога кандидата. Поступак одлучивања о забрани рада политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице покреће се на основу предлога Владе, Републичког јавног тужиоца или органа надлежног за упис у регистар политичких странака, синдикалних организација, удружења грађана или верских заједница. Поступак по уставној жалби може покренути лице које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчено уставом, с тим што уставну жалбу у име тог лица, а на основу његовог писменог овлашћења, може изјавити и физичко и правно лице које писмено овласти, као и државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода (изјављена уставна жалба, иначе, нема суспен-

Ток поступка пред Уставним судом није регулисан Уставом, већ Законом о Уставном суду. У поступку пред Уставним судом најважнији процесни институт је *јавна расправа* која може бити обавезна и факултативна.³⁵ Уставни суд је дужан да одржи јавну расправу у поступку оцењивања уставности или законитости, у поступку одлучивања о изборним споровима, као и у поступку за забрану политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице. Али, и кад је реч о овим уставним споровима, Уставни суд може одлучити да се јавна расправа у поступку оцењивања уставности или законитости не одржи.³⁶ Уставни суд може одржати јавну расправу и кад је реч о другим пословима из његове надлежности, мада на основу закона није дужан да одржи јавну расправу, ако оцени да је одржавање јавне расправе потребно, а нарочито кад је реч о сложенем уставноправном питању или кад се постави питање уставности или законитости о којем не постоји став Уставног суда.

Кад је реч о *доношењу и дејству одлуке* Уставног суда, Устав то питање не уређује у целини, него део те материје препушта законском регулисању. Најпре, Уставни суд доноси одлуке, решења и закључке.³⁷ Доношење одлуке и решења везано је за вршење у закону таксативно наведених послова, док су закључци одређени негативно („Кад не доноси друге акте, Уставни суд доноси закључке“). Уставни суд доноси одлуке на седници, већином гласова свих судија (чл. 175. ст. 1. Устава). Одлуке Уставног суда су коначне, извршне и општео-

живно дејство, тј. она, по правилу не спречава примену појединачног акта или радње против којих је изјављена). Жалбу на одлуку донесену у вези са потврђивањем мандата народних посланика може поднети кандидат за народног посланика и подносилац предлога кандидата. Жалбу против одлуке о престанку функције могу поднети судија, јавни тужилац и заменик јавног тужиоца. Жалбу због онемогућавања вршења надлежности аутономне покрајине може поднети орган одређен статутом аутономне покрајине. Жалбу за онемогућавање вршења надлежности општине може поднети орган одређен статутом општине. Поступак одлучивања о повреди Устава од стране председника Републике покреће Народна скупштина (у овом поступку, Уставни суд је ограничен само на одлучивање о повредама одредаба Устава које су наведене у акту Народне скупштине о покретању поступка).

³⁵ I. Krbek, 85. истиче да важни политички разлози налажу спровођење начела јавности, тј. јавне (усмене) расправе, па и кад Уставни суд решава искључиво правна питања (тада отпада утврђивање чињеница). Штавише, овај аутор сматра да „треба као начело узети да Уставни суд пресуђује (доноси коначну одлуку) на основу усмене расправе а само у изузетним случајевима без ње, а не сме се поставити обрнуто правило да усмена расправа буде изузетак“.

³⁶ И то: 1) кад оцени да је у току поступка ствар довољно разјашњена и да, на основу прибављених доказа може одлучити и без одржавања јавне расправе; 2) кад је о истој ствари већ одлучивао, а нису дати нови разлози за другачије одлучивање у тој ствари; 3) кад постоје законски услови за обуставу поступка.

³⁷ О врстама одлука Уставног суда „по облику доношења“ в. V. Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Beograd 1972, 23–34.

бавезне (чл. 166. ст. 2). Свако је дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда (што је последица својства њиховог општеобавезног карактера), а Уставни суд ће својом одлуком, кад је то потребно, уредити начин њеног извршења (чл. 171. ставови 1. и 2. Устава).

Дејство одлуке Уставног суда зависи од предмета уставног спора.³⁸ Кад Уставни суд у спору о уставности или законитости општинских аката утврди да закон или други општи акт није сагласан са Уставом или законом, односни акт престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у *Службеном гласнику РС*. Кад Уставни суд реши сукоб надлежности између државних и других органа, решење Уставног суда има правно дејство од дана достављања органима у сукобу, односно лицу поводом чијег је права настао сукоб надлежности. Одлука Уставног суда о поништењу целог изборног поступка или делова тог поступка (ако је неправилност у изборном поступку доказана, а имала је *битан утицај* на изборни резултат) има правно дејство од дана достављања одлуке Уставног суда надлежном органу.³⁹ Кад Уставни суд забрани рад политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана или верске заједнице, они се бришу из одговарајућег регистра даном достављања одлуке Уставног суда надлежном органу. Кад Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом, повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, поништиће појединачни акт, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року. Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањања других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом. Кад Уставни суд у поступку по жалби органа одређеног статутом аутономне покрајине, односно општине, утврди да је појединачним актом или радњом државног органа или органа општине онемогућено вршење надлежности аутономне покрајине, односно општине, поништиће појединачни акт, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице. Одлука Уставног суда у поступку по жалби судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције има правно дејство од дана

³⁸ Преглед дејства одлука Уставног суда Југославије, према Уставу СФРЈ од 1963, у зависности од предмета уставног спора (питања у надлежности Уставног суда) даје V. Ђок, 87–128. О карактеру и дејству одлука уставних судова у свету в. Г. Мијановић, 160–166. О карактеру и дејству одлука Уставног суда Југославије и уставних судова републике в. Г. Мијановић, 237–249.

³⁹ У року од десет дана од тог дана поновиће се цео изборни поступак или делови тог поступка.

достављања учесницима у поступку.⁴⁰ Одлука Уставног суда о повреди Устава од стране председника Републике има правно дејство од дана достављања одлуке Народној скупштини.

VI

Устав Србије од 2006. продужио је с пружањем најпотпунијих гаранција уставности, какве обезбеђује посебан државни орган, Уставни суд. То је суд који суди и закону кад овај повреди Устав, док редовни судови примењују закон и не могу одлучивати о закону. На тај начин је институционално гарантована највећа правна снага Устава и чеони положај Устава у хијерархији правних аката. Тек се посебним Уставним судом успоставља „владавина Устава“.

Према Уставу од 2006. године услови за избор судије тог суда су строжи од услова који се траже за избор судије редовног суда, а у избор су укључене све три гране државне власти. У том смислу су на месту оцене Венецијанске комисије да је састав Уставног суда „добро уравнотежен“.⁴¹ Надлежношћу Уставног суда покривени су, практично, сви облици повреде Устава, законима и другим општим правним актима, појединачним правним актима, чак и радњама, као и они који долазе од стране недржавних колективитета, какве су политичке странке, синдикалне организације, удружења грађана и верске заједнице. Посебне гаранције обезбеђене су подели надлежности између државних органа, државе, на једној, и њених територијалних јединица, на другој страни, територијалних јединица међусобно, као и људским и мањинским правим. Дејство одлука Уставног суда је добро постављено, а предвиђено је да извршење одлуке одреди закон (што је овај и учинио).

Највећа мана уставних одредаба о Уставном суду је њихова недопустиво лоша редакција и, што је још горе, недовољно познавање, чак и незнање, теорије и праксе уставних судова у свету од стране редактора Устава. Тешко да ће на основу оваког текста Уставни суд моћи да се без проблема конституише и да по конституисању функционише. Ту ће кад-тад бити неопходно ново редиговање уставних одредаба, а дотле би помоћ могао да пружи квалитетан Закон о Уставном суду (на жалост, пропуштена је прилика да се такав закон донесе).

⁴⁰ При том Уставни суд одлуком може усвојити жалбу и поништити одлуку о разрешењу или одбити жалбу.

⁴¹ European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.col.int/does.2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.col.int/does.2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 26. октобар 2007.

Највећа препрека оживотворењу ове уставне институције у пракси је непостојање друштвене свести о њеном значају, упркос четири и по деценије постојања Уставног суда у Србији. Уставност и законитост у хијерархији друштвених вредности не заузимају високо место, чему на руку иде понашање политичара пре свега у сектору извршне власти, која је најмоћнија грана власти. У најгрубљем облику то се изразило у нефункционисању Уставног суда због тога што нема довољан број судија за рад суда. Једном је тај период трајао годину и по дана, а тренутно траје преко годину дана. За судије су досад ретко били бирани афирмисани правни стручњаци, посебно у области уставног права.⁴² Безимене судије тешко да могу да успоставе ауторитет Уставног суда. На Уставни суд су вршени притисци, посебно од стране политичких странака, а председник Суда и судије су често и пре доношења одлуке Уставног суда излазиле у јавност са властитим мишљењем о предмету спора, сврставајући се на једну или другу страну у спору. Са таквом свешћу о Уставном суду ова институција, и кад је нормативно најбоље постављена, у пракси неће дати задовољавајуће резултате. Драстичан резултат овакве свести је постојање Уставног суда само у тексту Устава, а не и у животу Устава. У свету уставности тако нешто је непојмљиво, било о којем државном органу да је реч, а посебно кад је реч о оном који треба да бди над поштовањем Устава.

Ratko Marković

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

CONSTITUTIONAL COURT UNDER THE 2006 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The institution of Constitutional Court is one of the most powerful levers of constitutionalization of the state power. This institution exists in

⁴² „Судија Уставног суда није обични правник или ма какав успешни ‘функционер’. Они су обично убитачни за углед суда. Судија Уставног суда мора бити истовремено правник широке културе и професионалног знања, и човек моралног угледа и подршке у широј јавности. Човек који се поштује, слуша и цени. Овакав судија може једино да обезбеди стандарде који се траже за оцену и заштиту уставности“. Ј. Ђорђевић, „Положај и улога уставног судства у Југославији“, *Улога и место уставног судства у друштвено-политичком систему*, Београд 1986, 19.

Serbia for more than 45 years. Nevertheless, both the social system and the system of the state power organization prevented it from playing its full role. The lack of necessary legal instruments was an obstacle to this as well, but this obstacle was surmounted by the 2006 Constitution. However, the 2006 Constitution did not resolve all the predicaments concerning the institution of constitutional court. Among those predicaments are the number of judges, method and terms and conditions of their election, as well as their new competences. Some perplexities emerged as far as the character and scope of the judge's competences goes, mainly in the sphere of elections and constitutional complaints, but also in the cases of special complaints. In addition, the constitutional provision on preliminary control of the constitutionality of laws may come under critique. Two procedural questions deserve further analysis: the initiation of procedure before the Constitutional Court and the role of public hearing. The effects of Court decisions in the classical constitutional issues (judicial review of constitutionality of laws and other normative acts, and judicial review of legality of sublaws) are not questionable, but in some of the new competences those effects are not regulated in a suitable manner. Still, the main problem concerning Serbian Constitutional Court reveals itself outside of the institutional level. The institution of Constitutional Court in Serbia suffered from complete marginalization in the socialist era (1946–1990), and people's conscience of its significance is yet to be built. The Constitutional Court was twice out of function since 2000, both times for more than a year, either because of the lack of judges, or because the election of judges was overdue.

Key words: *Serbian Constitution of 2006.– Constitutional Court.– Election and status of Constitutional Court judges.– Constitutional Court procedure.– Constitutional Court decisions.*

Др Мирољуб Јевтић,

редовни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду

ХАНЕФИЈСКИ ФИКХ И МОДЕРНА СРПСКА ПРАВНА ИСТОРИЈА*

Свака држава функционише кроз свој правни поредак и правни поредак показује природу сваке државе. С те тачке гледишта природа државе и власти која је функционисала на просторима српских земаља од момента османских освајања до престанка те владавине, најбоље се огледала у праву којим су регулисани друштвени односи. Ако се тако посматра држава која је владала на просторима српских земаља, онда се јасно може констатовати да је она, по својој природи, имала основни циљ да остварује исламску доктрину. Сви правни акти којима се администрација у Цариграду служила да би несметано функционисала, имали су исламски карактер. Како је највећи део тих аката настао много пре него што је османска држава рођена, онда се они не могу називати османским, јер нису то били ни по пореклу ни по својој суштини. Што је посебно важно, интенција им није била одржавање турске националне идеје, како се то може закључити из великог броја историјских синтеза које обрађују тај део наше историје, већ тријумф ислама. Зато је то право најтачније назвати исламско-османским. Јер, највећи његов део је настао пре настанка османске државе и имао за циљ тријумф ислама, а османски је јер се примењивао на територијама којима је управљала османска династија.

Кључне речи: *Фикх. – Шеријат. – Ислам. – Османлије. – Српско право.*

Исламско право, које је код нас познато под називом шеријатско, тачније се означава појмом фикх. Некада познати муслимански правни писац и шеријатски судија, Абдулах Бушатлић, нас обавештава: „А шеријатом се зове све оно што је наш пејгамбер х. Мухамед а.с, као Божји одабраник и посланик у Курану, објавио и предао својим присташама, било чисто у вјерском или у друштвеном животу“.¹ Већ се из овога навода види да је шеријат много шири од права

* Овај рад је део Научног пројекта бр. 149006. Средства за његово остваривање обезбедило је Министарство науке Републике Србије.

¹ А. Бушатлић, *Породично и наслеђено право муслимана*, Сарајево 1926, 5.

у ужем смислу те речи, јер оно што се тиче вере спада превасходно у теологију и обредну праксу. Пошто се у исламу те две ствари тешко могу одвојити, због тога и долази до поистовећивања појма шеријат са нашим појмом право. То је пракса и у осталим европским културама.

О томе нам истакнути професор исламске теологије из Сарајева, Фикрет Карчић, вели: „Сматра се да је у исламу право оно што је теологија у хришћанству – најтипичнија манифестација вјерског учења. За муслимане право није елеменат укупног исламског учења већ његов функционални израз“.² Према томе, јасно је да се у целокупном исламском учењу налазе елементи који имају правну природу, те да целокупно исламско учење има правни карактер. Зато се ислам поистовећује са шеријатом, а шеријат преводи термином право. А ако се сетимо Бушатлића, који шеријат практично претвара у синоним за ислам, онда видимо важност права у тој великој светској цивилизацији.

Упркос томе, у целокупном исламском учењу ипак постоји јасна међа која познаваоцима показује разлику између чисто правног дела ислама и онога што се може назвати теологијом (мада је, како опет подвлачимо, у исламу и теологија неодвојива од права). Тај део исламског учења назива се арапским појом фикх. Фикх дословно значи разумевање, а како нам Карчић саопштава „обично се преводи као јуриспруденција, односно правна наука“.³ Пакистанац Ал Мевдуди, за кога у Исламској заједници БиХ сматрају да је један од највећих исламских мислилаца у XX веку, одређује: „Фикх, право које се бави проблемима овога света“.⁴ Мевдудијева одредба показује да се фикх односи на свакодневне потребе људи чији се односи морају регулисати правним нормама, јер је без тога опстанак људског рода немогућ. У оквиру сунитског тока ислама постојале су четири верско-правне школе: ханефитска, малкитска, шафеитска и ханбалитска.⁵ Ханбалитска скоро да више не постоји, а остале три су преживеле, и дан-данас регулишу међусобне односе муслимана. Називи ових школа, које се на арапском називају мезхеби, настали су на основу имена њихових оснивача.

Ханефитска или ханефијска школа је име добила по своме оснивачу Абу Ханифи.⁶ Она је била доминантна правна доктрина Османског царства. У њено име извршена је инвазија наших земаља.

² Ф. Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918–1945*, Сарајево 1986, 11.

³ *Ibid.*, 13.

⁴ Сејид ебу-л-еа’ла Мевдуди, „Законодавство и иџтихад у исламу“, *Гласник врховног исламског старјешинства (ГВИС)* бр. 2/1982.

⁵ О томе више у С. Рамадан, *Исламско право – извори и развој*, Сарајево 1984.

⁶ О Абу Ханифи више у: Н. Смаилагић, *Лексикон ислама*, Сарајево 1990.

Правни поредак који се успоставио био је пре свега заснован на ханефитској правној традицији и најдужи период правне историје наших земаља је стога у неодвојивој вези са ханефитским исламом.

Од 1344. године и битке код Стефанијане, што је први значајнији забележени сукоб Срба и Селџука,⁷ дакле Туркофона,⁸ наша историја уопште, а посебно правна, неодвојиво је везана за ханефитски ислам. Модерна српска правна историја настала је са процесом ослобађања од османске власти и са формирањем независне српске државе. Тај процес би се отприлике могао омеђити догађајима који су претходили Првом српском устанку, затим Првим и Другим српским устанком и свиме што је као последица тога наступило. Најважније у том процесу била је изградња аутономног српског права и основа државе, што је крунисано признањем независности двеју српских држава, Србије и Црне Горе, на Берлинском конгресу 1878. године. Али то није био крај односа ханефијског мезхеба и српског правног поретка. Напротив, тај се процес одужио све до 1945. године, јер су Срби наставили да живе на подручјима где је владао ханефијски мезхеб на КиМ, у Рашкој области, БиХ и Македонији. Такође, и након Првог светског рата и формирања Краљевине СХС шеријатско право коришћено је за уређивање приватноправних односа наших муслимана. То је трајало све до 1945. године, када се на читавој територији државе успоставља секуларни правни поредак. Међутим, све то није само историја, него и пракса која је видљива – не само у БиХ, где се после Дејтона води стална борба за увођење шеријата,⁹ него и у самој Србији.¹⁰

Због тога што се настанак српске државе обично везује за престанак „турске“ власти, важно је указати зашто се овде уместо убицајеног назива „турска држава, турско право, турска власт, Турци“, користи другачији термин. У његовом садржају доминира исламски

⁷ Била је реч о сукобу који се десио код поменутог места, када је одред војске цара Душана под командом војводе Прељуба хтео да нападне Селџуке који су помагали Јована Кантакузина. Селџуци су се показали вештијим и победили Србе. *Историја српског народа I*², Београд 1994, 522.

⁸ Касније ће детаљно бити објашњено зашто се уместо појма Турци користи појам Туркофони.

⁹ М. Јевтић, *Од Исламске декларације до весрског рата у БИХ*, Београд 1993.

¹⁰ У томе смислу наводимо случај који је се прошле године десио у Новом Пазару у вези са склапањем шеријатског брака са другом женом, поред већ постојећег брака, поглавара тамошњих муслимана, муфтије Муамера Зукорлића. Зукорлић тај други, шеријатски брак, није прекинуо упркос неких протеста, мотивишући то чињеницом да је божје право које му дозвољава да има четири жене јаче од примедби смртника. То је са тачке гледишта исламског учења, који он заступа и брани, сасвим легитимно.

ханефијски мезхеб, чак пре него османски, што је мање коришћени, али ипак коришћени назив за државу која је владала на просторима Србије све до 1912. године.

Разлог за то је једноставан. Историја се пише на основу докумената који се тичу одређеног периода, и што се верније користе односни документи, то је слика приближнија реалности. У складу с тим, суштина државе која је владала нашим просторима се мора представити преко најважнијих докумената која је издавала. Преглед тих докумената показује да се поменута држава у њима не назива Турском. Како вели француски османиста Луј Базен „Царством називамо велику средоземну силу, која се до свог краја звала *Devlet-i-Osmaniye*, Османска држава“.¹¹ Дакле, не Турска. У најважнијим документима које су издавали, османски султани су апсолутно изостављали назив Турска, Турци, итд. У њиховим повељама и уговорима, изјавама и уопште документима, појам „турски“ не фигурира. Означавајући себе, они се представљају као „падишах владар света“¹² или „Ја султан и падишах Средоземља, Црног мора, Румелије, Анадолије, земље Рума и Карамана, земаља Зулкадра, Дијарбекира, Курдистана, Азербејџана, Персије, Дамаска, Алепа, Египта, светог Јерусалима, славне Меке и светле Медине, свих арапских земаља, Јемена, Џеде, татарске територије, као и бројних других земаља освојених несавладивом силом мојих светлих предака и мојих великих претходника, као и великог броја земаља које је освојила моја сабља из које избија пламен“.¹³ Или, рецимо, он је „султан свих султана Истока и Запада“,¹⁴ „Владар над владарима“,¹⁵ онај који додељује круне монарсима на земљи,¹⁶ „божја сенка на земљи“.¹⁷ Као што видимо, чак и кад помиње неке земље и народе, ту Турака нема! Због тога Жил Вејнштејн вели „Ово царство на свом врхунцу било је *потпуна супротност националној држави*“ и даље „Султан није био на челу само једне заједнице краљевина, већ је настојао да створи специфично царство, које се не може дефинисати као *Турско царство*“.¹⁸

То је ишло толико далеко, да су „Турци“ знали да своју земљу чак сами називају именом Римског царства, јер су на територији те земље, односно у њеном источном делу, формирали своју прву држа-

¹¹ Р. Мантран, *Историја османског царства*, Београд 2002, 838.

¹² М. Стојаковић, *Браничевски тефтер*, Београд 1987, 37.

¹³ Р. Мантран, 193.

¹⁴ *Ibid.*, 194.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, 192–193.

ву. Та се држава, како нас обавештава Острогорски, називала „Ико-нијски султанат Рум“. Говорећи о освајањима селџучког војсковође Сулејмана, Острогорски вели: „Већ око 1080. г. Сулејман је био господар целе Мале Азије од Киликије до Хелеспонта. Овде, на старом византијском тлу, он је *основао султанат Рум тј. Римски султанат*“.¹⁹ Говорећи о томе, два француска истраживача кажују: „Нису ли Турци исказивали безгранично дивљење према свом бившем непријатељу кога су поразили? Три века после њеног освајања, они су наставили да називају сада своју земљу *Римом*, док се хришћанство већ крсташких ратова напрезало да је назива Турском“.²⁰

Сасвим погрешно, државу која са турским идеолошким елементом нема скоро никакву везу, наши историчари, али и највећи број западних, називају Турском. У вези с тим, поменути Карчић нам каже: „Османлијска царевина је у историјско-правној литератури оцијењена као, за своје вријеме, најуспешнији покушај успостављања исламске државе након пада абасијског филафета“.²¹ Када се та држава почела уздизати захваљујући харизматичном вођи Осману, пре свега на рачун Грка, али и суседних Селџука, она је легитимитет тражила искључиво у исламу. Зато је и захтевала признање од владара који је имао признати исламски легитимитет. А то је био селџучки владар Алаудин. „Селџучки владар Алаудин у указу који је издао газијском емиру Осману, родоначелнику касније династије, поставио као услов за признавање нове државе да примјена права остане у надлежности постојећих кадија. Шеријату је тиме обезбјеђен статус земаљског права“.²²

Према томе, по званичним актима те државе, она није била Турска и због тога је тако не треба називати. Како вели савремени турски политиколог, „све до краја XIX Османлије нису имали етничку политику и све до тада нису сматрали да бити Турчин има икакву вредност“.²³ Она је, дакле, само османска држава. То је исто као кад бисмо Србију у време владавине Карађорђевића називали „Државом Карађорђевића“, у време Обреновића „Државом Обреновића“, итд. Питање које се може поставити јесте зашто се онда она у бројним историјским синтезама, и нашим и страним, назива Турском? Одго-

¹⁹ Г. Острогорски, *Историја Византије*, Београд, недатирано II фототипско издање, 330.

²⁰ Y. Courbage, Ph. Fargues, *Chrétiens et Juifs dans l'islam arabe et turc*, Paris 1992, 194.

²¹ Ф. Карчић, 18.

²² *Ibid.*

²³ D.Yelda, „Pan-Ideologies in the Ottoman Empire against the West: From Pan-Ottomanism to Pan-Islamism“, *The Turkish Yearbook of International Relations* XXXVI/2005, 143.

вор је садржан у чињеници да су основни носиоци од оснивања те државе у лингвистичком смислу били народи који су говорили неким од турских дијалеката. Они су били кичма војних одреда који су формирали и селџучку и османску државу и званични језик је „*био један облик турског*“, иако је османски дијалект, да се послужимо терминологијом Жана Денијеа, пун елемената арапског и персијског језика²⁴. Према томе, оснивачи те државе били су туркофони и то је историјски тачна чињеница, али да ли су они и колико су били Турци, то је већ друго и много сложеније питање. За постојање нације и народа потребно је, поред језика, много више елемената. Нормално, овде мислимо на нацију у етничком смислу, с обзиром на то да се нација може одређивати и у правном и политичком смислу.²⁵ Јер, Турци које ми познајемо данас, народ су беле расе. А најозбиљнији историјски извори говоре да су преци Турака били монголоиди, тј. припадници жуте расе. Судећи по томе, данашњи Турци су у потпуности променили свој генотип и фенотип и немају више везе са својим монголоидним прецима, осим преко језика који су сачували. О томе нам Филип Хити, један од најпоузданијих савремених историчара арапског света каже: „Јексартес (Сир Дарја) је више него Оксус (Аму Дарја) чинио природну, политичку и *расну* границу између Иранаца и Турака и прелаз преко њега значио је први директни изазов од стране ислама *монголоидним* народима и будистима“.²⁶ И даље, све док нису *монголоидни Турци*, нови расни елеменат, преузели „барјак вјере Мухамедове“.²⁷ Арапи и остали муслимани у њиховим редовима, пре свега исламизовани Персијанци, прелазе на подручје монголоидних Турака већ у VIII веку и то на самом његовом почетку. До 710. године освојени су Самарканд и Бухара, а 751. године Ташкент.²⁸ Тада турске жене постају плен белих арапских освајача и настају снажна расна мешања. Касније, Турци масовно прелазе у службу халифата и долазе у додир са исламизованим белим Персијанцима, са којима настаје вишевековни период расног мешања. Тако се може поставити питање каква је расна структура Турака у време њиховог доласка у Малу Азију, Анадолију или Византију, назовимо је како хоћемо, после првих провала, а нарочито после битке код Манцикерта 1071 године, када се формира Римски султанат.²⁹ Тачније речено, колико су они уопште антрополошки уопште Турци?

²⁴ Р. Мантран, 193.

²⁵ Погледати о томе нпр. *Petit Larousse*, Paris 1962², 690.

²⁶ Ф. Хити, *Историја Арана*, Сарајево 1983², 201.

²⁷ *Ibid.*, 195.

²⁸ *Ibid.*, 201.

²⁹ Г. Острогорски, 326.

Туркофони сигурно јесу. Али ти туркофони немају турску народностну свест, већ себе доживљавају као муслимане, то је њихова примарна колективна одредба.

Што се од тада дешава на подручјима Мале Азије, односно окупираних Византије, више је него познато. Бројне анализе говоре о процесима сталног мешања тих Туркофона и локалног хришћанског становништва. Поменути француски истраживачи веле: „Четири века после рађања ислама Анадолија је била скоро у потпуности хришћанска (XI век, прим. М. Ј.), њених 7–8 милиона становника давали су утисак о једној компактној маси. Четири века касније анадолијско хришћанство било је здробљено. Када је Константинопољ пао, оно није бројало више од 400.000 верника“.³⁰

Цитирајући бројне изворе, између осталог и Марка Пола, поменути аутори показују како двеста година после Манцикерта, значи око 1271. године, Туркофони још увек чине мањину окружену грчком и јерменском већином.³¹ Муслимани су организовали отмице и пљачкашке походе против својих суседа. Посебно су отимали жене, а те жене, Јерменке и Гркиње, су рађале децу.³² Посебно је важно то да су се мешали сви: и обичан свет је отимао жене, али и муслиманске туркофонске вође. Познати светски исламолог и турколог Бернар Луис даје податке да су у XIV веку, а то је време Маричке битке и Косовског боја, „Муслиманске аристократске породице које су владале султанатом Рум биле једном својом половином грчког порекла“.³³ То су морали бити и потчињени, тј. вазали ових селџучких господара утемељивачи династије Османовића и њихови наследници: Осман, Орахан, Мурат и Бајазит. Георгије Острогорски даје прецизне податке о томе. Он каже да је Јован Кантакузин дао османлијском вођи Орхану, сину оснивача династије Османа, своју кћер Теодору за жену.³⁴ Осим тога, Орханов син Халил се оженио ћерком византијског цара Јована V.³⁵ Сам Орхан је рођен из везе Османа и чувене лепотице Мал Хатун, коју је Осман отео.³⁶ Иначе, и Орхан је имао другу жену, која је отета после убиства њеног вереника, управника града

³⁰ Y. Courbage, Ph. Fargues, 192–193. Видети и S. Vryonis, *The Decline of Medieval Hellenism in Asia Minor and the Process of Islamization from the XIth through the XVth Century*, 1971.

³¹ Marko Polo, *Le devisement du monde, Le Livre des merveilles*, цитирано према Y. Courbage, Ph. Fargues, 194.

³² B. Lewis, *Istanbul et la civilisation ottomane*, цитирано према Y. Courbage, Ph. Fargues, 194.

³³ *Ibid.*

³⁴ Г. Острогорски, 484.

³⁵ Р. Мантран, 25.

³⁶ *Ibid.*, 19.

Билецика, и то на сам дан венчања.³⁷ Султан Мурат, који је поразио Србе на Косову, био је син Орхана и грчке принцезе Јелене (Нилу-фер). Значи да је, у најмању руку, био полу-Грк.³⁸ Муратов син Бајазит, који је наредио убиство кнеза Лазара, рођен је из брака Мурата и Гркиње Ђулчичек-Хатун. Дакле, Бајазит, који је победио Србе на Косову био је, такође, најмање три четвртине Грк.³⁹ То показује како је долазило до мешања крви између Туркофона и становника Мале Азије, Грка и Јермена.

У Византију која је, како видимо, бројала 7–8 милиона становника, продрло је према проценама арапског путописца Ал-Умарија од 152.000 до 555.000 хиљада Туркофона, које он назива Туркменима.⁴⁰ Клод Каен, специјалиста за преосманску турску историју, тај број процењује на 200–300.000, затим још неколико десетина хиљада Татара и неколико хиљада Персијанаца. „То је укупан број муслимана који су у два таласа освојили долину од XI–XIII века“. Како кажу поменути стручњаци за демографију, Курбач и Фарг, „било је довољно да у свакој генерацији један од седам хришћана напусти своју веру ... да би од седам милиона хришћана 1.071. године, 1.520. године остало 400.000, и да путем мешања 200.000 муслиманских миграната, без икаквог новог прилива из Централне Азије, створе 4,6 милиона људи“.⁴¹ Како се то дешавало у конкретној ситуацији и како су се Грци претварали у муслимане, али и у Туркофоне, види се из следећег податка који даје Мароканац Ибн Батута: „Већина особа који обављају разне послове у Ладхику (сада Денизлију) су Гркиње, зато што овде има много Грка који плаћају данак. Они плаћају султану разне намете као *главарину* и друге. Оно по чему се разликују (од муслимана, *прим. М. Ј.*) јесте дуга капа ... Људи из тога града не одбацују ружне обичаје, штавише становници читаве земље их врше. Они купују лепе грчке робиње и дозвољавају им да се проституишу, свака од њих мора да зараду предаје своме господару“.⁴² Курбач и Фарг томе додају „Слободне или робиње хришћанке су се удавале за муслимане. Поставши по закону и саме муслиманке, својим потомством су увећавале редове ислама“.⁴³

Зато су, додају они, „једним великим делом Турци из Турске сигурно византијског порекла“.⁴⁴ Тако формирани „Турци“ су крену-

³⁷ *Ibid.*, 16.

³⁸ www.wikipedia.org, одредница Murad I.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Према Y. Courbage, Ph. Fargues, 198.

⁴¹ *Ibid.*, 200.

⁴² *Ibid.*, 201.

⁴³ *Ibid.*, 202.

⁴⁴ *Ibid.*, 204.

ли у Европу и дошли у додир са средњовековним српским државама. Према томе, ти сукоби нису никако били сукоби Срба и Турака. Никако, јер противници Срба, како видимо, антрополошки нису били Турци. Говорећи о томе Гибонс вели: „Орхан (1326–1359) је прешао Дарданеле да би продро у Европу, он је регрутовао своје трупе у Анадолији: каже се око пола милиона људи. Номади који су дошли из Централне Азије нису били у стању да му понуде толики број људи, јер су били одсечени од своје матице. То значи да су ове трупе могле да буду мобилисане само међу покореним народима, нарочито Грцима које је он учинио својим војницима“.⁴⁵ Ову чињеницу Гибонс још прецизније дефинише кад каже: „Пошто су једноставно променили име и религију, византијски Грци су се представили пред историјом као нова раса и нација која је прихватила нове задатке и тако су осигурали дуговечност Византије под исламским рухом“.⁴⁶ Он даље додаје: „Грешка је називати Османлије Турцима, та заблуда је тако често понављана да су чак и саме Османлије пале у њу, мада су се они увек сматрали различитим од Турака“.⁴⁷

Ствар је, дакле, више него јасна. Још пре него што су дошли у додир са нама, централноазијски Турци су доживели више антрополошких метаморфоза и завладали српским земљама онда када је њима већ доминирала грчка и остала малоазијска, нетурска антрополошка структура. После великих победа и постављењем граница у централни део Мађарске, до Пеште, тај се процес још више убрзао. Тада долази до таквог мешања, да се заиста више не може говорити о Турцима, ако се под тим подразумева било каква антрополошка блискост народа који се назива тим именом. Одвођење огромног броја робова из Србије и Бугарске, затим Влашке, Албаније, Мађарске али и Украјине, Пољске, Русије и Аустрије, довело је до мешања које се не може ни мерити. Уосталом, држава се службено зове Османско царство, како смо већ рекли, а појам османлије не значи ништа друго него поданик османског султана, османлије су и Срби и Бугари и Грци, итд. Сви извори то потврђују, па и они које су писали најистакнутији западни османисти. О томе, на пример, Пол Димон, описујући школе у време танзимата, дакле пред пропаст царства у XIX веку, каже: „У складу са идеологијом танзимата, установа (мисли се на школу, прим. М. Ј.) је била отворена не само за муслимане него и за припадника мањина. То је био посебно упечатљив начин да

⁴⁵ H. Gibbons, *The Foundation of the Ottoman Empire*, Oxford 1916, цитирано према Y.Courbage, Ph. Fargues, 199–200.

⁴⁶ *Ibid.*, 198.

⁴⁷ *Ibid.* Појам туркофони није наш. Чули смо га на једном конгресу у Москви 1994. године. Изговорио га је Енајатола Реза, професор историјске палеонтологије на Техеранском универзитету и уредник Велике иранско-исламске енциклопедије. Казао је „Турци не постоје, постоје турско-језични народи“.

се сви саставни делови османске популације позову да учествују у модернизацији земље“.⁴⁸

Посебну индиферентност према нацији испољавали су султани. Жил Вејнштејн о томе каже: „Султани нису уопште размишљали о некаквој чистоти расе, па су остављали потомство са конкубинама различитог порекла. Такав менталитет, туђ сваком модерном схватању расе и нације, падао је у очи савременицима“.⁴⁹ Султан се окруживао великодостојницима који су били доведени као робови на двор, дакле, рођени као немуслиmani и не-Турци. Они су добијали највише функције и стварно владали царством. Тако су међу „четрдесет седам великих везира, који су се смењивали између 1453. и 1623. године, само петорица били турског порекла. Међу осталима било је једанаест Албанаца, шест Грка, један Черкез, један Јерменин, један Грузин, један Италијан, док их је десет било непознатог порекла.“⁵⁰ Ти везири су махом били робови и женили су се султановим кћерима, а оне су им рађале децу која су данас „Турци“.⁵¹ Можемо се питати колико су деца у браку са Туркофонкама изродили ови великаши, као и остали бројни хришћани који су примали ислам? Што је посебно важно, сами Туркофони нису волели име Турчин и избегавали су га. Гијом Постел, који је имао прилике да се у садашњој Турској упозна са онима који би требало да буду Турци и чији потомци данас живе у турској држави, вели: „Турци више од свих народа на свету мрзе своје име, па га ни владари ни приватна лица не користе у званичним документима. Нема тога ко не сматра увредом да га назову Турчином, тако да се чини да реч Турчин звучи као да се каже простак“.⁵² И то траје све до престанка постојање османске државе. Један од идеолога савременог пантурцизма, пишући о националној свести оних који би требало да су кичма нације, Анадолцима, и то пред сам колапас империје у Првом светском рату, вели: „До пре три године Османски Турци су себе сматрали само као муслимане и никад нису сматрали своју нацију као нацију која постоји као посебна нација. Анадолски сељак је реч Турчин схватао као синоним са речју Казилбаш“,⁵³ што значи онај ко носи на главу црвену капу – црвеноглави.⁵⁴ Дакле, Турчин за Турке значи нешто сасвим друго од нације. Парадоксално, али истинито, појам Турчин је фигурирао на Западу и код Срба, али није имао национално значење. И савременици који су

⁴⁸ Р. Мантран, 579.

⁴⁹ *Ibid.*, 193–194.

⁵⁰ *Ibid.*, 206.

⁵¹ *Ibid.*, 212.

⁵² *Ibid.*, 194.

⁵³ Tekin Alp, *Turkish and Pan-turkish Ideal*, London (публикација је недатирана), 7.

⁵⁴ *Ibid.*

писали о односима између Срба и „Турака“ у нашим земљама нису под појмом Турчин подразумевали етничког Турчина, већ припадника ислама. Отуда термин потурчивање, а не помуслиманење, што је исправније. Вук Караџић, који живи у тој „Турској“, међу тим „Турцима“, и који савршено зна о чему је реч, вели: „у царству турскоме ко гођ вјерује у свјеца Мухамеда он се зове и јест Турчин... истина је да је сваки Турчин у своме царству племић“.⁵⁵

Када се ствари овако представе, онда се види да су сви односи „Турака“ и Срба у Србији били у ствари односи хришћана и муслимана, од момента првог сусрета, до освајања српских земаља и до момента коначног ослобађања после 1912. године. Османлије су као једину идеологију имале ислам. А ислам као религија не познаје европски појам нације. О томе нам некада познати муслимански јавни радник, Осман Нури-бег Фирдус, каже: „Бити у исто вријеме муслиман и осећати се национално то није могуће. Ислам је пречи од народности“.⁵⁶ Ова теоријска поставка, која има теолошко оправдање засновано на Курану, како видимо, нашла је пуну потврду у историји Османске државе. Како је у исламу право најтипичнија манифестација верског учења, то се ислам изражава кроз право и државу. Како вели професор Исламског теолошког факултета у Сарајеву, Фикрет Карчић: „По исламском схватању, државна власт је подвргнута праву. Главна дужност државног поглавара је заштита и провођење шеријата“.⁵⁷

У складу с тим, османски емири односно бегови, а касније султани, прихватањем ислама су као главну обавезу добили да спроводе шеријат. Дакле, не неко турско секуларно право, него право настало на основу *Курана*, које са Турцима није имало никакве везе. Своју акцију против хришћана, и у Византији и против Срба, они су доживљавали искључиво као исламску мисију. Један од најпознатијих историчара савремене Турске, Халил Иналцик, о томе вели: „Газа – свети рат био је као идеал значајан чинилац у оснивању и развоју османске државе. Друштво у тим крајевима саобразило се са посебном културом и било прожето идеологијом непрекидног светог рата и несусталог ширења дар ул ислама све док не обухвати читав свет“.⁵⁸ Према томе, ништа у тој идеологији није асоцирало на турску националну идеју. Тежња је била да се неверници подвргну власти шеријата, јер тако жели Бог.

Кад су наше земље освојене и у њима успостављана владавина представника османске династије, њен легимитет и правни поредак

⁵⁵ *Српска национална револуција у казивањима Вука Стефановића Караџића*, приредио В. Станисављевић, Горњи Милановац 1987, 8.

⁵⁶ Према *Сусрет или сукоб цивилизација на Балкану*, Београд 1998, 302.

⁵⁷ Ф. Карчић, 101.

⁵⁸ Х. Иналцик, *Османско царство*, Београд 1974, 11; „газа“ је синоним за цихад – свети рат.

се заснивао на ханефитској форми сунитског ислама, који је био владајућа идеологија Османског царства. Значи, био је то правни поредак који није имао никакве везе не само са Турцима, него ни са османлијама. Они су га само прихватили, а његов творац био је, како је на почетку указано, Абу-Ханифа, један од великих правних и политичких теоретичара сунитског ислама и становник Багдада, који је живео и у Омејадском и Абасидском халифату (700–767 године).⁵⁹ Према томе, то право на коме се заснивала османска држава било је исламско верско право, а не турско, и сви односи који су се формирали између Срба и „Турака“ били су регулисани тим правом, осим неких области за које шеријат није имао решења. Познати и ауторитативни професор београдског Правног факултета, Мехмед Беговић, говорећи о праву којим су османлије владале нашим земљама, вели да се оно заснива на четири извора: 1. шеријатско-правни прописи као основни законски прописи, 2. уредбе са законском снагом (кануни и фермани), 3. пракса врховне управе (урф) и 4. обичајно право – адет.⁶⁰ Дакле, нема сумње да је први извор апсолутно исламски и да се не може називати ни османским. Али друга два јесу. Они су право које је донела османска држава, па се могу сматрати османским, али не турским. Ако имамо на уму да су и кануни и фермани доношени тако да је у њиховим стварању улогу играо султан, затим шејх ул ислам као контролор исправности кануна у смислу усклађености са шеријатским правом, онда се и они не могу одвојити од ислама. Сама израда кануна или фермана била је поверавана човеку који је имао верско знање, и тек кад би шејх ул ислам, као првосвештеник, дао своје мишљење да је акт у складу са исламом, долазила је потврда султана да се тај канун или ферман може усвојити.⁶¹

С циљем очувања поретка морале су да се изврше измене и допуне у кривичном законодавству и другим врстама права. Јер шеријатско кривично право није санкционисало неке радње које је требало санкционисати. Тако је ту присутно законодавство које је рођено у Османском царству и може се сматрати османским. Али и тада је оно морало да буде у складу са основним циљем државе – очувањем поретка заснованом на шеријатском праву. Тако су током времена проглашена нова кривична дела која је санкционисала судска пракса, коју су спроводиле кадије, тј. судије. Али и тада је та пракса морала да буде у складу са шеријатом. То је посебно постало значајно после 1517. године, када султан Селим I добија и титулу халифа,⁶² што зна-

⁵⁹ Н. Смаилагић, *Лексикон ислама*, Сарајево 1990, 11.

⁶⁰ М. Беговић, „Трагови нашег средњовековног кривичног права у турским законским споменицима“, *Историјски часопис САНУ* 6/1956, 2.

⁶¹ *Ibid.*, 2–3; погледати од истог аутора, „Трагови нашег средњовековног права у турским правним споменицима“, *Историјски часопис САНУ* 3/1952.

⁶² Н. А. Иванов, *Османское завоевание арабских стран*, Москва 1984, 32.

чи представника Мухамеда и предводника читавог исламског сунитског света. Тада владар, халиф, као „врховни тумач шеријата и врховни судија“, ⁶³ преноси то своје овлашћење на кадије, тако да се дефинишу нова кривична дела. Али су и она у основи заснована на идеји чувања чистоте праве вере и исламском карактеру државе, а посебно ауторитета халифа, који ће за своје поступке одговарати на небу.

Четврти извор права који је коришћен у нашим земљама за време османске владавине био је обичајно право, које се називало адет. То је, у суштини, било наше средњовековно право, које је изгубило државну потпору са успостављањем османске власти и могло да се примењује само уз дозволу власти, ако не противуречи интересима државе. Али ни то право није османско, већ српско средњовековно право, па се ни оно не може назвати османским, а камоли турским. Што је посебно важно, право Срба (за администрацију из Цариграда само право хришћана) да се користе својим обичајним правом, јесте последица шеријатских правних прописа насталих на основу *Курана*. *Куран*, наиме, предвиђа да се цихад – исламски свети рат, води против „следбеника Књиге“, хришћана и Јевреја, све док не пристану да се потчине муслиманској држави и док, као знак те потчињености, на почну да плаћају главарину, порез по глави, који плаћају сви мушкарци немуслимати, пунолетни, здрави телом и духом. Тај порез се у исламској фискалној терминологији означава арапским именом *џизја*. ⁶⁴ Кад пристану на то они могу сачувати своју веру, али ће имати ограничена верска и политичка права, тј. биће дискриминисани, зато што желе да сачувају своју веру. Очување вере подразумева очување личног статуса који се регулише њиховим правом, које пошто губи обавезну снагу закона – постаје адет, односно обичај. Али, у неким случајевима га могу примењивати и шеријатски судови, кад шеријатски судија процени да је корисно за државу и ислам да адет примени.

Тај институт исламске државе примењује се на основу Куранског ајета: „Борите се противу оних којима је дата Књига, а који не верују ни у Алаха ни у онај свијет, не сматрају забрањеним оно што Аллах и Његов Посланик забрањују. И не исповједају истинску вјеру све док не дају главарину послушно и смјерно“. ⁶⁵

Колико је само ислам, тј. шеријат, био једини прави регулатор правног живота најбоље се види из податка да „по свом ступању на престо, *према исламској традицији*, падишах није био обавезан да

⁶³ М. Беговић, 5.

⁶⁴ О џизји погледати дело једног од најпознатијих класичних исламских правних и политиколошких писаца А.-Н. А. Mawerdi, *Les Statuts gouvernementaux ou regles de droit public et administratif*, Paris 1982, 299 и даље, као и S. and N. Ronart, *Concise Encyclopedia of Arabic Civilization*, Dambatan-Amsterdam 1959, 267.

⁶⁵ *Куран с преводом* (превео Б. Коркут), Сарајево 1984⁴, сура IX, ајет 29.

прихвати акте који су издали његови претходници, већ је морао да потврди сваки појединачно, да би они имали правну вредност“.⁶⁶ Зар то више него јасно не говори какву су вредност имали сви други правни прописи осим шеријата?

Каква је била позиција султана у односу на шеријат, види се из следећих ставова: „падишах није имао никакву моћ по шеријатским питањима, он није могао да их разрађује, нити да их прилагођава. Није му било дозвољено ни да их тумачи, јер је то било искључиво право верских правника (муфтија), које је он постављао и опозивао, али којима није могао да се меша у одлуке“.⁶⁷ Због тога се дешавало да султани буду чак и свргавани, а тада је у томе пресудну улогу имао шејх ул ислам, који је издавао фетву (верско правно мишљење) да је султан прекршио шеријат и да му самим тим поданици не дугују покорност. Више наследника султана Сулејмана законодавца доживело је ову судбину.⁶⁸

На основу свега се може закључити да је правни поредак који је владао у царству у основи био исламски. Тачније речено, кад је реч о основном закону, да је то био шеријат и да се за њега не може никако употребљавати термин турско нити османско право. С друге стране, када је реч о канунима, ферманима и пракси врховне управе, то право се може назвати османским – али опет не турским, из свих претходно наведених разлога. Како је шеријат ипак био оквир свих осталих извора права, то је једини прави назив за право које је регулисало односе на подручју српских земаља од 1371–1912. године исламско-османско. Исламско, јер је у основи то било исламско верско право, а османско, јер је била реч о османској држави, а не о другим муслиманским државама које су постојале паралелно са османском или пре ње.

Освојивши српске земље и успоставивши у њима свој правни поредак, османлије су Србе третирали као хришћане, тј. „људе књиге“, који су са државом склопили уговор о подаништву којим им се признавао статус *зимија*, *штићеника* исламске државе.⁶⁹ Срби су, дакле, били третирани искључиво као немуслимански – монотеисти (*ахл ал китаб* – људи књиге).⁷⁰

Француски османиста, већ поменути Жил Вејнштејн, о томе каже: „На Балкану као и у остатку Царства, разне јеврејске и хришћанске заједнице уживале су статус *зимија*, који је исламским

⁶⁶ Р. Мантран, 199.

⁶⁷ *Ibid.*, 200–201.

⁶⁸ *Ibid.*, 225.

⁶⁹ *Ibid.*, 360.

⁷⁰ О појму „ахл ал китаб“ погледати у S. and N. Ronart, *op. cit.* 27; *Куран* о њима говори у сури II, 101, 105; сури IX, 29.

законом, био намењен народима књиге допалим под муслиманску власт“.⁷¹ Значи, сасвим јасно, нигде се не помињу нити Турци нити Срби. Наравно, несумњиво је да између Срба, Грка, Влаха, православних Албанаца, итд. постоје разлике, али сви они су за државу само зимије, зато што су немуслимански. А и сами Срби тако доживљавају „турску“ власт. То је власт муслимана, а не владавина етничких Турака. Поготову што велики број муслимана са којима они опште и који представљају османску власт, чине њихови потурчени земљаци или други Балканци који су примили ислам.

Срби су своју државу изгубили после војничких пораза које је исламска војска водила у име дихада, односно газе. Србија је тако постала део дар ал-ислама (земље ислама) и према исламском веровању и праву, требало је то да остане све до судњег дана, значи до краја овога света.⁷² Систем норми који им је наметнут, био је систем дискриминације. Како вели Маверди, кога смо поменули: „Главарина и харач су два намета којима Алах оптерећује политеисте у корист верника... и један и други порез се наплаћују политеистима да би означили да су они мање вредни и да су понижени“.⁷³ Израз који се овде користи – политеисти – не треба да збуни. Честа је пракса у исламској теорији да се људи књиге изједначавају са политеистима, па чак и са неверницима. Османски документи то јасно показују. На пример, Браничевски тефтер, говорећи о Србима који плаћају порез, спомиње категорију „спахија неверника“, мада преводилац, знајући о коме је реч, то преводи као „спахије хришћани“. Али, у напомени на истој страни, вели да у оригиналу стоји „спахије неверници“ и да је тај појам у латиничном препису, где јасно наводи оригинал, где стоји „кефере спахиси“, ⁷⁴ што је изведеница истог корена из кога настаје и арапски појам *куфр*, што значи неверништво и кафир неверник.⁷⁵ Поменути Браничевски тефтер, у преводу рано преминулог османисте Момчила Стојаковића, јасно показује да су муслимани православне Србе називали неверницима. Исте нам податке даје и некад познати османиста Глиша Елезовић, који показује како османске власти неког Божика из Скопља третирају као неверника, али је очигледно да је реч о хришћанину коме се гарантују извесна права које имају зимије.⁷⁶

⁷¹ Р. Мантран, 360.

⁷² О томе се најбоље можемо информисати из *Таквима*, публикације коју издаје преседништво удружења Илимије у БиХ, тј. свештенства. Овај *Таквим* је за 1992. годину на стр. 77 забележио: „Стога је императив за муслиманску партију... да се она не смије задовољавати са успостављањем исламског система владавине само на једној територији, него треба ширити исламски систем унаоколо где год може досегнути“.

⁷³ Mawerdi, 299.

⁷⁴ М. Стојаковић, 36.

⁷⁵ А. Шкаљић, *Турцизми у српскохрватском језику*, Сарајево 1989, 183.

⁷⁶ Г. Елезовић, *Турски споменици*, Београд 1952, књ. I, св. 2, 8.

Углавном, Србима као неверницима, био је наметнут положај у коме су они имали „нижезредну позицију другог реда... Не само што су посебни порези-првенствено цизја и испенџа били придодати... укупним наметима које је плаћала раја, већ су били предмет многих дискриминаторних мера којима се изражавала инфериорност њихове позиције. Османлије су, у том погледу, били верни традицији исламских држава“.⁷⁷ Надамо се да је јасно да смо намерно цитирали Мевердија да би се видело да су мере које су примењивале османлије биле само строга примена исламског права и да то са турском идејом нема никакве везе.

Због тога су Срби, ако су као појединци хтели да се ослободе пониженог положаја, могли то да учине само преласком на ислам. Али би тада, као муслимани, имали задатак да се заувек одрекну своје прошлости и да се вежу за халифа. А ако су хтели да обнове своју државу, онда су морали да сруше исламски поредак и правни систем и да успоставе своје национално право, које је једино могло да гарантује обнову слободе.

Са те тачке гледишта османске државе, Први и Други српски устанак, који су ударили темеље савременој српској држави, били су искључиво побуна немуслимана против Богом датог поретка. То, дакле, за њих није представљао национални устанак, јер Срби и нису били третирани као нација.

Чак и кад се помиње национална припадност Срба, они су били ти који нарушавају постојећи поредак и желе да сруше део дар ал ислама и претворе га у дар ал харб – земљу рата, непријатељску земљу.

Као резултат устаничких борби у Првом српском устанку, рађа се прво српско независно и од ислама ослобођено право. Али то је трајало кратко. Са пропашћу Првог српског устанка престаје овај правни поредак и поново се успоставља шеријатски, што изазива Други српски устанак. Као резултат тог устанка долази до реализације извесног степена српске аутономије. То ствара претпоставке за замену исламског права законима које су створили Срби, односно њихова аутономна власт. Тада се ствара српско-османска мешовита власт.⁷⁸ При том се јасно издвајају муслимани и хришћани, на један специфични начин. Они су и до тада били издвојени, јер су муслимани били господари, а хришћани потчињени. Сада се та подвојеност испољава на други начин; али, опет јасно за демаркациону линију има веру. Сви хришћани у Србији, били они Срби, Цинцари, Грци, Цигани, итд., под управом су власти коју именује кнез Милош, а сви муслимани – били туркофони, потурчени Срби, Шиптари, итд. – су

⁷⁷ Р. Мантран, 361.

⁷⁸ Б. Перуничић, *Управа вароши Београда 1820–1912*, Београд 1970, 7.

под јурисдикцијом кадије и муселима.⁷⁹ За муслимане се примењује шеријатско право, а за хришћане (то је прави назив, а не само за Србе), полако се почиње стварати српско право, за све области правног саобраћаја, најпре за грађанскоправне односе, а затим и кривичне. При том су османске власти лакше дозвољавале ширење аутономије у области грађанског права, јер је мање задирало у питање државног суверенитета, а и раније је та аутономија кроз адет на извешан начин функционисала. Право којим се регулишу односи међу хришћанима назива се српским правом, док за муслимане и даље остаје назив исламско.

Тако почиње развој српског права чији су почеци, могло би се рећи, настали после Свиштовског мира 1791. године, када је успостављена извесна аутономија,⁸⁰ која је поништена јаничарским терором 1801. године.⁸¹ У односу на исламску концепцију државе, ово право и темељи државе који се њиме успостављају, представљају негацију концепта дар ал ислама на територији Србије под Милошевом управом, барем према учењу о дар ал исламу које је тада било важеће, јер је оно подразумевало сву пуноћу примене исламског права на једној територији (што је у Србији било онемогућено у оном делу права који су доносили сами Срби). Тако Србија номинално остаје дар ал ислам, али се суштински претвара у дар ал ахд. Дар ал ахд је она територија која, према шеријатском праву, чува извесну аутономију у односу на исламску власт, којој признаје сизеренство тако што јој плаћа уговором предвиђен данак, тј. неку врсту цизије.⁸² Али, важно је истаћи да је дар ал ахд био у принципу прелазни статус, у коме се једна земља налазила у првој фази муслиманског освајања; овде је, међутим, реч о постепеном укидању исламског суверенитета и права и одвајању од дар ал ислама, што је потпуно супротно идеји коју ислам има.

Најзначајније промене у правном положају Србије су садржане у Хатишерифу из 1830. године, којим се Србији признаје аутономија. У најважнијим историјским синтезама се као прва добит за Србе, о којој говори тај хатишериф, наводи гаранција о слободи вероисповести.⁸³

То јасно показује верски карактер српске еманципације, а као знак слободе се истиче да је први пут после 1813. године била дозвољена слободна звоњава на београдској цркви.⁸⁴ Тако се на основу

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ И. Божић *et al.*, *Историја Југославије*, Београд 1972, 208–210.

⁸¹ *Ibid.*, 211.

⁸² Опширније у А. Бехлуд, *Исламска концепција међународног права*, магистарски рад, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд 1987, 34.

⁸³ *Историја српског народа*, V, том I, Београд 1994², 120.

⁸⁴ *Ibid.*, 120.

Хатишерифа рађају претпоставке за развијање српског правног поретка. Османско царство остаје верска и ненационална држава, али се бивши Београдски пашалук све више развија као национална аутономија. Тако власт из Цариграда сама, под притиском нужности, мења устројство једног дела своје државе, што је шеријатски недопустиво. Устави из 1835. и 1838. године санкционишу Србију као националну аутономију, што је незамисливо у шеријатској теорији државе на којој се царство заснива. Зато је у тзв. Турском уставу, који је Србији 1838. године дао Цариград хатишерифом, записано: „жителима моје провинције Србије за њину верност и приврженост“.⁸⁵

Србија је тако била дефинисана као национална аутономија, што је све створило претпоставке за укидање исламског правног поретка и рађање српских закона. Када је касније дошло до признања државне независности Србије и Црне Горе на Берлинском конгресу 1878. године, Србија и Црна Гора су престале да буду дар ал ислам и постале, са исламске тачке гледишта, дар ал харб, што су и биле пре освајања у XIV веку. Исламско – османски правни систем је укинут и у обе земље уведено потпуно национално право.

Нажалост, Европа која је одлучивала о свим тим процесима, није водила рачуна о исламском праву. Према њему, све земље освојене мачем су биле дар ал ислам и оне су муслиманске све док муслимани могу да их држе. Кад то више нису у стању, онда је губитак божја воља. С те тачке гледишта, било је бесмислено тражити накнаду за ослобођену земљу. Европа је, упркос томе, Берлинским уговором наметнула Србији обавезу да обештети муслиманске кориснике земље, иако су многи од њих, тек неколико десетина година раније, до те земље дошли силом, отимањем од хришћана, тј. Срба.⁸⁶

Ако Ранке вели да историју треба писати онако како се одиграла онда се о историји државе која је владала нашим крајевима до 1912. године не сме говорити непрецизно. Када је реч о имену државе, онда се мора нагласити да је то била *османска* држава – а не турска етничка држава. Ако се говори о праву којим је та држава остваривала своју улогу, онда се то право може називати само *исламско-османским* и никако другачије. Јер, ако је основни извор права била ханефитска верска школа сунитског ислама (чији је утемељивач Абу Ханифа умро отприлике пет векова пре рађања државе о којој говоримо), онда то право не може назвати ни османским, још мање турским. Ако би му се хтела дати национална одредница, онда је оно арапско право настало у халифату. Али, у основи оно није ни арапско, јер му је циљ остваривање Куранске поруке. Што се тиче друга

⁸⁵ И. Божић *et al.*, 225.

⁸⁶ С. Стојичић, *Аграрно питање у новоослобођеним крајевима Србије после српско-турских ратова 1878–1907*, Лесковац 1987, 15.

два извора – уредби са законском снагом (кануна и фермана) и праксе врховне управе (урф), који су продукт османске јуриспруденције, они се могу називати османским правом. Али, како су и они пре свега морали бити у складу са шеријатом у ханефитској форми, ни они се не могу одвојити од ислама. О четвртом извору, адету, у том контексту непотребно је и говорити, јер се он не тиче муслимана, него хришћана, у овом случају Срба. Имајући на уму да је највећи део норми које су регулисале друштвене односе био заснован на ханефитском праву, а да су кануни и фермани били само допунски извор права, остаје као закључак да се право којим се влада у нашим земљама и целој држави може називати само исламско-османским, и то прво исламским, па тек онда османским.

Истицањем појма турска власт, турска држава, итд. замагљује се историјска истина. Кад се каже да је турска војска предвођена Синан-пашом на Врачару спалила тело светог Саве, онда се може закључити да су мотиви били скривени у остваривању турске националне политике. Али, ако се истакне да је та војска била руковођена фетвама шејх-ул ислама, онда је јасно да су такви циљеви били верски мотивисани. О томе нам поменути турски политиколог вели: „Са друге стране, ако гледамо на Турке који су живели у империји, можемо видети да они нису имали посебно место у милет систему у царству и да су представљали доминантан милет са другим муслиманима царства (Арапима, Курдима, Албанцима) и није било етничких баријера међу њима, јер су османски Турци прихватили исламску културу у потпуности“.⁸⁷ То сасвим јасно потврђује бивши албански диктатор Енвер Хоџа: „Братство је у исламу било принцип и правно питање. На принципијелном плану духовно и материјално јединство је морало да влада између чланова заједнице и између управљача и оних којима се управља“.⁸⁸ Осим тога, не зна се шта се крије иза имена велики везир Синан-паше. Може се помислити да је реч о етничком Турчину. Стварност је другачија. Синан-паша је био Албанец, као и већина његових војника који су тај акт починили.⁸⁹ Исто тако се за османску војску из Босне, која је напала српске устанике 1806. године, може помислити да је реч о етничким Турцима, ако се каже да је то турска војска, а то је била војска састављена од босанских муслимана, чији је матерњи језик српски.⁹⁰ Све то, чини нам се, показује да је овакав начин третирања тога периода наше историје једини прихватљив.

⁸⁷ D. Yelda, 151.

⁸⁸ E. Hoxha, *Reflexions sur le moyen orient*, Tirana 1984, 494.

⁸⁹ J. Томић, *О Арнаутима у Старој Србији и Санџаку*, Београд 1913, 16.

⁹⁰ С. Ф. Кемур, *Први српски устанак под Карађорђем*, Сарајево 1916.

Miroljub Jevtić

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Political Sciences

HANAFI'S FIQH AND MODERN SERBIAN LEGAL HISTORY

Summary

The state operates through its legal order. It is the legal order that reflects the nature of each and every state. In this regard, the nature of the state and its authorities in Serbia during the Osmanli reign were the reflection of the then existing laws and legal order. If one accepts this assumption, then we also have to admit that in its nature, the Osmanli state on Serbian soil at that time had the basic goal to realize the Islamic doctrine. All the legal acts passed by the Istanbul administration to ensure normal functioning of this state had the Islamic character. As most of those acts had been created long before the birth of the Osmanli state, they cannot be called Osmanli: these acts were not Osmanli by their origin or their essence. It is especially important to stress out that the intention behind them was not to maintain the Turkish national idea, as it was suggested by much of the historical synthesis concerning this period, but to secure the triumph of Islam. Therefore, the best name for the laws and regulations promulgated by the Istanbul administration during the Osmanli reign in Serbia would be the Islamic-Osmanli law. It should be called Islamic, because the largest part of this law is older than the Osmanli state, and its main goal was to secure the triumph of Islam. It should be called Osmanli, because it was implemented by the Osmanli dynasty at the territories governed by it.

Key words: *Hanafi. – Fiqh. – Sharia. – Osmanlis. – Serbian law.*

Др Стеван Лилић,

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ДА ЛИ ЈЕ УСТАВНА ЖАЛБА ЕФИКАСНИ ПРАВНИ ЛЕК ЗА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ?

Нови Закон о Уставном суду Србије предвиђа увођење института уставне жалбе и њеног модалитета „уставне жалбе у случају повреде права на суђење у разумном року“ у правни систем Србије. Повод за увођење овог модалитета уставне жалбе као „ефикасног“ правног лека у корист грађана Србије била је неопходност усклађивања домаћег система заштите људских права са стандардима заштите предвиђеним у Европској конвенцији о људским правима и основним слободама. Пресудама Европског суда за људска права, посебно пресудом у случају В.А.М. против Србије, утврђено је да Србија, услед непостојања ефикасног правног лека за суђење у разумном року, нема одговарајуће механизме заштите људских права када је у питању остваривање права на суђење у разумном року које је предвиђено чл. 6. Конвенције. Уставна жалба, попут уставне тужбе у Хрватској, ово системско кршење треба да отклони. Међутим, реални капацитети Уставног суда доводе у питање далекосежност и одрживост овог средства.

Кључне речи: *Уставна жалба. – Ефикасни правни лек. – Право на суђење у разумном року. – Европска конвенција о људским правима и основним слободама. – Случај В.А.М. против Србије.*

1. УСТАВНА ЖАЛБА И ЖАЛБА УСТАВНОМ СУДУ

За разлику од претходног, нови Устав Србије из 2006. године предвиђа увођење посебног правног средства под називом „уставна жалба“. Међутим, Устав, осим „уставне жалбе“ предвиђа и ситуације у којима се може уложити „жалба Уставном суду“.¹

¹ Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 83/2006.

Нови Устав одредбом чл. 170. у правни систем Србије уводи „уставну жалбу“ и предвиђа да се: „Уставна жалба може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.“

Са друге стране, Устав на више места помиње и „жалбу Уставном суду“, која се, као и „уставна жалба“ такође улаже Уставном суду. Како „жалба Уставном суду“ није јединствена категорија, могу се разликовати неколико модалитета овог правног средства.

Један модалитет жалбе Уставном суду односи се на „жалбу Уставном суду у вези са мандатом народних посланика и конституисањем Народне скупштине“. У том случају, Устав предвиђа да (чл. 101. ст. 5): „На одлуку донету у вези са потврђивањем мандата допуштена је жалба Уставном суду, који по њој одлучује у року од 72 сата.“ Правно посматрано, овај модалитет „жалбе Уставном суду“ не искључује и могућност улагања „уставне жалбе“.

Други се односи на „жалбу Уставном суду“ у вези са „престанком судијске функције“. Устав предвиђа да (чл. 148. ст. 2): „Одлуку о престанку судијске функције доноси Високи савет судства. Против ове одлуке судија има право жалбе Уставном суду. Изјављена жалба искључује право на подношење Уставне жалбе.“

Трећи модалитет се тиче „жалбе Уставном суду“ у вези са „одлукама Високог савета судства“. Устав предвиђа да се (чл. 155. у вези са чл. 154): „Против одлуке Високог савета судства може уложити жалба Уставном суду, у случајевима прописаним законом“ (чл. 155). С тим у вези, „Високи савет судства доноси одлуке из своје надлежности“, посебно: „Високи савет судства бира и разрешава судије, у складу са Уставом и законом, предлаже Народној скупштини избор судија приликом првог избора на судијску функцију, предлаже Народној скупштини избор председника Врховног касационог суда и председника судова, у складу са Уставом и законом, учествује у поступку за престанак функције председника Врховног касационог суда и председника судова, на начин предвиђен Уставом и законом, врши и друге послове одређене законом.“ Правно посматрано, и овај модалитет „жалбе Уставном суду“ не искључује и могућност улагања „уставне жалбе“ (чл. 154).

Четврти модалитет се односи на „жалбу Уставном суду“ у вези са „престанком функције јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца“. Устав предвиђа да (чл. 161. ст. 4): „Против одлуке о престанку функције јавни тужилац и заменик јавног тужиоца могу уложити

жалбу Уставном суду. Изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе.“

Пети модалитет се тиче „жалбе Уставном суду“ у вези са „заштитом покрајинске аутономије“. Устав предвиђа да (чл. 187): „Орган одређен статутом аутономне покрајине има право жалбе Уставном суду ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине.“ Овај модалитет „жалбе Уставном суду“ по природи ствари (заштита покрајинске аутономије) чини се искључује могућност улагања „уставне жалбе“.

Најзад, шести модалитет се односи на „жалбу Уставном суду“ у вези са „заштитом локалне самоуправе“. Устав предвиђа да (чл. 193): „Орган одређен статутом општине има право жалбе Уставном суду ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа јединице локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности општине.“ Овај модалитет „жалбе Уставном суду“, по природи ствари (заштита локалне самоуправе), чини се искључује могућност улагања „уставне жалбе“.

У стручним радовима који се баве анализом новог Устава Србије, између осталог се истиче да су: „Уставносудском заштитом посебно обухваћена основна људска права. (...) Уставносудска заштита људских права допуњује судску заштиту људских права, било тако што обезбеђује заштиту у случају када не постоји могућност судске заштите права или представља додатни облик заштите који се користи након што су исцрпена друга средства правне заштите. Институт који се може користити пред уставним судом у циљу заштите људских права је уставна жалба.“²

Међутим, у појединим радовима не указује се довољно на разлику између „уставне жалбе“ и „жалбе Уставном суду“. Тако се, рецимо, у неким радовима из ове области „уставна жалба“ означава и као „жалба грађана“ и истиче: „Уставни суд је добио веома значајну надлежност одлучивања о *уставним жалбама грађана*. Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом. Уставна жалба је допуштена само ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства заштите људских или мањинских права. Овом новом надлежношћу Уставни суд се приближио већини европских уставних судова у пружању непосредне, ди-

² М. Пајванчић, *Уставно право – уставне институције*, Правни факултет, Нови Сад 2007³, 307. [„Уставни суд решава по ‘тужби *d’amparo* за повреду права и слобода о којима је реч у чл. 53. ст. 2 овог Устава (једнакост, забрана дискриминације и основна људска права. Прим. М. Пајванчић).’ (чл. 161. ст. 1. Устава Шпаније).“]

ректне заштите основним људским правима и слободама. То је сада последња инстанца којој се појединац може обратити за заштиту уставом гарантованих права.“³

Са друге стране, у радовима који се баве новим Уставом Србије, и у којима се чини одређена дистинкција између „уставне жалбе“ и „жалбе Уставном суду“, у први план се истичу одређене нејасноће у вези са „уставном жалбом“. Тако: „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 одређују надлежности уставног суда (чл. 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 уредити у Уставу и нипошто се није смело препустити законском уређивању. Варијанта уставне жалбе је и жалба коју судија (у Уставу се не каже ко је носилац права на жалбу) може изјавити Уставном суду против одлуке Високог савета судства (чл. 155), као и жалба коју јавни тужилац и заменик јавног тужиоца могу изјавити Уставном суду „против одлуке о престанку функције“ (чл. 164. ст. 4).“⁴ У овој анализи уставне жалбе, међутим, читаоци остају без одговора о каквом је правном средству реч, а недостаје и осврт на „варијанту уставне жалбе“ која се може поднети ради „заштите покрајинске аутономије“, односно ради „заштите локалне самоуправе“.

Детаљније одредбе о садржини и поступку по „уставној жалби“, односно „жалби уставном суду“, садржи недавно усвојен *Закон о Уставном суду*.⁵ Посебно обележје овог Закона огледа су томе што је у чл. 82. ст. 2. увео и посебан модалитет уставне жалбе. Реч је о „уставној жалби у случају повреде права на суђење у разумном року“.

³ Д. М. Стојановић, *Уставно право – књига II*, Свен, Ниш 2007³, 390.

⁴ Р. Марковић, „Предговор – критички поглед“, *Устав Републике Србије од 2006*, Јустинијан, Београд 2006, 51. *Nota bene*: Нови Устав Србије проглашен је 8. новембра 2007. У „Напомени издавача“ за ову публикацију (са датумом 14. новембар 2006), и под насловом „Истина о Уставу из 2006“, између осталог стоји: „Издавач је похитрио да Устав Републике Србије, заједно са Уставним законом за спровођење Устава Републике Србије, објави у посебној књизи како би највиши државни правни акт коначно, по први пут, био доступан најширој читалачкој јавности у коначној верзији. Има још један циљ објављивања ове књиге, а изречен је у критичком погледу на Устав Ратка Марковића, професора Уставног права на Правном факултету у Београду. Професор Марковић је у предговору ове књиге извршио врло детаљну и целовиту анализу Устава од 2006 („Новог Устава“) посматрајући га врло реално, крајње добронамерно, са теоријској и практичног аспекта, ценећи и потребе времена у којем живимо (...)“. Са друге стране, „Предговор“ проф. Марковића објављен је у истоветном тексту као „Изворни научни чланак“ у часопису *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2006, стр. 5–46.

⁵ Закон о Уставном суду, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 109/2007.

2. УСТАВНА ЖАЛБА КАО ПРАВНО СРЕДСТВО ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА У СРБИЈИ

Иако је према класичном европском концепту уставни суд надлежан да одлучује о уставности закона, односно законитости подзаконских општих аката, а не о појединачним жалбама грађана, могло би се рећи да јаки правно-политички разлози стоје на страни увођења уставне жалбе у правни систем Србије. Пре свега, уставна жалба јавља се као средство правне заштите не само оних људских права која су гарантована Уставом Србије, већ и оних која су гарантована и која проистичу из одредби Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.⁶

Уставотворац *Устава Републике Србије* из 1990. године заузео је став да уставној жалби није место у уставу.⁷ Ни *Устав СР Србије* из 1974. године није предвиђао неки облик „уставне жалбе“.⁸

Међутим, занимљиво је да је *Устав Србије* из 1963. године предвиђао један вид „уставне жалбе“.⁹ Тако је према чл. 229. ст. 2, Уставни суд Србије био надлежан да непосредно одлучује „о заштити права самоуправљања и других основних слобода и права утврђених овим Уставом, кад су та права и слободе повређене појединачним актом или радњом од стране органа друштвено-политичких заједница и у другим случајевима које одреди закон, а законом није обезбеђена друга судска заштита“. Према терминологији Закона о Уставном суду из 1963. године, уставна жалба имала је форму „предлога за покретање поступка за заштиту права самоуправљања и других основних слобода и права“.¹⁰ Како се у стручним радовима тог

⁶ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Закон о ратификацији Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, са Протоколом уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протоколом број 4. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први протокол уз њу, Протоколом број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протоколом број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протоколом број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протоколом број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005.

⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 1/1990.

⁸ Устав Социјалистичке Републике Србије, *Службени гласник СР Србије*, бр. 8/1978.

⁹ Устав Социјалистичке Републике Србије, *Службени гласник СР Србије*, бр. 14/1963.

¹⁰ Закон о Уставном суду Србије, *Службени гласник СР Србије*, бр. 54/1963.

времена истицало: „Предлог за покретање поступка за заштиту може поднети свако лице чије је Уставом утврђено право самоуправљања или друго основно право или слобода повређено. Предлог за покретање поступка може по пристанку свог члана у његово име поднети и друштвено-политичка организација, као и удружење које по својим правилима има задатак да штити права чија се заштита тражи пред Уставним судом. Кад утврди да је појединачним актом неког органа или организације повређено право самоуправљања или друго основно право или слобода, Уставни суд ће, према околностима случаја, поништити, укинути или изменити тај акт и одредити да се уклоне последице које су из таквог акта произашле. Кад утврди да је радњом неког органа или организације повређено, уставом утврђено право самоуправљања или друго основно право или слобода, Уставни суд ће забранити свако даље вршење такве радње и, према околностима случаја, одредити да се уклоне последице које су из такве радње произашле. Ако је за време трајања поступка потребно спречити дејство појединачног акта или радње, Уставни суд може одредити привремене мере за спречавање повреде основног права и слободе.“¹¹ За примену ове „уставне жалбе“, исцрпљеност осталих правних средстава (супсидијарност) био је формални предуслов покретања поступка за заштиту права.¹²

Иако од 1974. године уставна жалба није била предвиђена у уставном систему Србије, од 1992. године, грађани Србије као држављани Савезне Републике Југославије имали су могућност да поднесу уставну жалбу Савезном уставном суду. *Устав Савезне Републике Југославије* из 1992. године (чл. 124. ст. 1. тач. 6. и чл. 128) прописивао је да Савезни уставни суд, између осталог, одлучује: „о уставним жалбама, због повреде појединачним актом или радњом, слободе и права човека и грађанина утврђених Уставом СРЈ, онда кад није obeбеђена друга правна заштита“.¹³

Након распада СРЈ 2003. године, *Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора* било је предвиђено (чл. 46. ст. 1, тач. 3) да Суд Србије и Црне Горе, између осталог: „одлучује о жалбама грађана када им институција Србије и Црне Горе угрози права или

¹¹ Н. Стјепановић, *Управно право у СФРЈ*, Привредни преглед, Београд 1978, 354–355.

¹² Упор. В. Ђурић, *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд 2000, 175–180; Д. Церовић, *Уставна жалба и управна ствар*, Службени лист Републике Црне Горе, Подгорица 2004; Б. Ненадић, *Непосредна заштита људских слобода и права пред Уставним судом Србије у пројектима новог Устава Србије*, http://www.informator.co.yu/informator/tekstovi/tema_405.htm, 04. децембар 2007.

¹³ Устав Савезне Републике Југославије, *Службени лист Савезне Републике Југославије*, бр. 1/1992.

слободе гаратоване Уставном повељом, уколико није предвиђен други поступак правне заштите“.¹⁴

Упоредо са тим, *Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама* прокламована је судска заштита и уклањање последица кршења људских и мањинских права.¹⁵ Ова тзв. *Мала повеља* користила је и термин „делотворна судска заштита“ и у чл. 9. предвиђала да: „Свако има право на *делотворну судску заштиту* у случају да му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено овом Повељом, као и право на уклањање последица таквог кршења. Свако ко сматра да му је неко људско или мањинско право зајемчено овом повељом повређено или ускраћено појединачним актом или радњом институције државне заједнице, односно државног органа државе чланице или организације која врши јавна овлашћења има право да поднесе *жалбу* Суду Србије и Црне Горе, ако није обезбеђена друга правна заштита у држави чланици, у складу са Уставном повељом. Одлуке међународних органа извршавају и трошкове сноси државна заједница, односно државе чланице, у зависности од тога да ли је институција државне заједнице, односно државни орган државе чланице или организација која врши јавна овлашћења повредила или ускратила неко право зајемчено међународним уговором које важи на територији Србије и Црне Горе“.

*Закон о Суду Србије и Црне Горе*¹⁶ прописивао је „Поступак по жалби грађана“ (чл. 62–67) и предвиђао да (чл. 62): „Жалбу грађана може поднети свако ко сматра да му је појединачним актом или радњом институције Србије и Црне Горе, односно државног органа државе чланице или организације која врши јавна овлашћења, повређено људско или мањинско право, ако није предвиђен други поступак правне заштите, односно ако заштита није обезбеђена у држави чланици. Жалбу грађана, у име лице коме је предвиђено људско и мањинско право, може поднети и друго лице или орган, у складу са законом.“ С обзиром на то да је Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама гарантовала најшири спектар људских права, и непосредна заштита људских права Законом о Суду Србије и Црне Горе представљала је у досадашњем уставном систему најширу предвиђену могућност заштите права грађана Србије. У поређењу са претходним Уставом Савезне Републике Југославије, ова повеља је предвиђала (чл. 7) да су људска и мањинска права за-

¹⁴ Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, *Службени лист Србије и Црне Горе*, бр. 1/2003.

¹⁵ Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, *Службени лист Србије и Црне Горе*, бр. 6/2003.

¹⁶ Закон о Суду Србије и Црне Горе, *Службени лист Србије и Црне Горе*, бр. 26/2003.

јемчена општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима који важе у државној заједници зајемчена повељом и непосредно се примењују. Имајући у виду да је Србија, као чланица Државне заједнице Србија и Црна Гора, потписала и ратификовала Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода и одговарајуће протоколе, то ова Конвенција постаје не само део унутрашњег права Србије, већ и део развијеног механизма заштите и унапређења људских права у оквиру Савета Европе. Међутим, могућност заштите људских права путем „жалбе грађана“, која је била предвиђена Уставном повељом СЦГ, Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама и Законом о Суду Србије и Црне Горе, никада није остварена, с обзиром на то да до распада државне заједнице Србија и Црна Гора у мају 2006. године Суд Србије и Црне Горе практично није почео да ради. Тако је „жалба грађана“ Суду Србије и Црне Горе за грађане Србије остало само „мртво слово на папиру“.

Посебно због неефикасности система судске заштите, односно „неефикасног правног средства“ у случају „повреде права на суђење у разумном року“, и након приступања Европској конвенцији о људским правима и основним слободама, грађани Србије почињу масовно да се обраћају Европском суду за људска права у Страсбуру. Као последица тога, поједине одлуке Европског суда за људска права, посебно прецедентна пресуда у случају *В.А.М. против Србије*, довела је и до увођења „уставне жалбе као ефикасног правног средства у случају повреде права на суђење у разумном року“ у уставни и правни систем Србије.

3. ПОВОД ЗА УВОЂЕЊЕ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У СРБИЈИ

Након ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и одговарајућих протокола, грађанима Србије омогућено је обраћање Европском суду за људска права. Велики број упућених представки указивао је на озбиљне недостатке правног система Србије у погледу заштите права на суђење (односно окончања одговарајућег поступка) у разумном року.

У пресуди поводом случаја *В.А.М. против Србије*¹⁷ Европски суд за људска права закључио је да у правном систему Србије грађани немају на располагању „делотворни правни лек“ ради заштите „права на суђење у разумном року“ које је гарантовано чл. 13. („пра-

¹⁷ Предмет *В.А.М. против Србије*, представка бр. 39177/2005, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 53/2007.

во на делотворни правни лек пред домаћим властима“) у вези са чл. 6. ст. 1 („право на суђење у разумном року“) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Како се у стручним радовима истиче, у *случају В.А.М.* „Механизам, који је подразумевао координирану активност судских органа (и то поступајућих судија у више, по врсти различитих, поступака чије је покретање било неопходно за разрешење целог случаја), надлежног Центра за социјални рад, као и органа министарства унутрашњих послова, био је паралисан. Из те „парализе државног апарата“ проистекле су несагледиве штетне последице. Једна од последица која се не може надокнадити јесте онемогућавање детета и мајке, две Уставом Републике Србије посебно заштићене категорије грађана, на међусобни контакт. Дете није видело мајку пуних 8 година. Ово противправно стање било је иницирано одвођењем детета од мајке без њеног пристанка од стране дететовог оца, и државни органи су били дужни да, по сазнању ове чињенице, то противправно стање и отклоне. Са своје стране, мајка је предузела све на шта је, по међународним и унутрашњим правним прописима, била овлашћена да чини, како би своје дете видела. Како је, услед свих њених напора, претила опасност да суд, као део парализованог државног апарата, уместо отклањања вишегодишњег противправног стања, то стање одлуком озакони, обратила се представком Европском суду за људска права. Пред Европским судом за људска права случај је одмах добио статус приоритета.¹⁸

Подноситељка представке (чији су иницијали В.А.М.) обратила се Европском суду за људска права са образложењем да нема на располагању ни један унутрашњи делотворан правни лек како би убрзала парнични поступак у смислу чл. 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Тај члан предвиђа да свако коме су повређена права и слободе која су предвиђена у Конвенцији има права на „делотворан правни лек“ пред националним властима. На темељу аргумената које су изнеле држава Србија и подносиатељка представке, у вези са кршењем права на ефикасни правни лек, Европски суд за људска права је закључио да је Србија прекршила ово право. Један од аргумената које је Србија изнела јесте да подносиатељка представке није искористила жалбени поступак пред Судом Србије и Црне Горе, у складу са Уставном повељом, као и Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Разматрајући овај аргумент, заједно са наводима подносиатељке представке, Европски суд је констатовао да тај конкретан правни лек није био на располагању до 15. јула 2005. године и да је, осим тога, остао

¹⁸ Н. Шолић, *Утицај пресуде Европског суда за људска права на поступак пред домаћим судовима (случај В.А.М. против Србије)*, Lex Forum 1/2007, 24.

неделотворан до распада државне заједнице Србија и Црна Гора (што је Суд констатовао и у случају *Матијашевић против Србије*, разматрајући испуњеност претпоставки за одлучивање о меритуму). Европски суд за људска права образложио је свој став поводом кршења чл. 13. Конвенције од стране Србије, да тај члан јемчи *делотворан правни лек пред националним властима* против кршења свих права и слобода зајемчених Конвенцијом, укључујући ту и право на *расправу у разумном року* на основу чл. 6. ст. 1. Конвенције. Суд је, осим тога, констатовао да је правни лек у погледу дужине поступка „делотворан“ ако се може применити или за убрзање поступка пред судовима пред којима се о том предмету одлучује, или да парничару пружи адекватно правно задовољење за кашњења која су се већ догодила.

У пресуди у случају *В.А.М. против Србије*, Европски суд за људска права, између осталог, констатује: „Коначно, суд наглашава да је савршено неспорно да је, у апсолутном смислу, најбоље решење превенција, као и у многим другим областима. Ако је правосудни систем мањкав у погледу захтева за разумни рок из чл. 6. ст. 1. Конвенције, најделотворније решење је правни лек чији је циљ убрзање поступка, како би се спречило да тај поступак постане прекомерно дуг. Такав правни лек има неспорну предност над правним леком који пружа само компензацију, будући да он истовремено спречава и закључак о сукцесивним повредама у вези са истим поступком и не поправља само штету нанету кршењем права *a posteriori*, како то чини компензаторни правни лек. Неке државе су у потпуности схватиле ситуацију што се огледа у томе да су изабрале да комбинују два типа правних лекова, један који је смишљен ради убрзања поступка, и други који је смишљен ради обезбеђивања надокнаде.“¹⁹

Став Европског суда за људска права у случају *В.А.М. против Србије* био је и непосредан повод да се у чл. 82. ст. 2. Закона о Уставном суду Србије изричито предвиди: „Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.“ Имајући у виду да пресуде Европског суда за људска права, и с тим у вези, релевантна начела изражена у њима, представљају прецеденте, на које се Суд у будућим случајевима позива, то околност да Србија у свом правном систему нема „делотворан правни лек“ за суђење у разумном року представља објективни аргумент који *a priori* ставља Србију у положај стране која спор пред Европским судом за људска права – губи. Тако се Суд, у више наврата у случајевима из Србије у којима су се подносиоци представке жалили на повреду права на ефикасни правни лек у вези са правом на суђење у разумном року,

¹⁹ Упор. *В.А.М. против Србије*, представка бр. 39177/2005, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 53/2007.

(нпр. Томић против Србије,²⁰ Јевремовић против Србије,²¹ Илић против Србије,²² Стевановић против Србије,²³ Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије²⁴) позвао на сопствено образложење у случају *В.А.М. против Србије*, и пресудио да је Србија повредила чл. 13. у вези са чл. 6. ст. 1. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Тако је Суд у случају *Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије*, образложио свој став на следећи начин: „Суд подсећа да су аргументи изети од стране Владе (Србије) били одбијени у ранијим случајевима (види *В.А.М. против Србије*, бр. 39177/05, ст. 155, 13. март 2007) и не налази разлог за доношење другачијег закључка у овом случају.“ Истовремено, Суд потврђује свој претходни став: „С тих разлога, Суд закључује да је у овом случају прекршен чл. 13. Конвенције због тога што није постојао делотворан правни лек у унутрашњем законодавству који би подносиоцима представке омогућио остварење права на суђење у разумном року, које је загарантовано чл. 6. ст. 1. Конвенције.“²⁵

Имајући то у виду, увођење уставне жалбе од стране Устава Србије (чл. 170) и, посебно, увођење модалитета уставне жалбе због „разумног рока“ од стране Закона о Уставном суду (чл. 82. ст. 2) представља интервенцију законодавца ради испуњења општих мера које Србија мора да примени како би отклонила даље повреде људских права гарантованих Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода које су последица непостојања „делотворног правног лека пред домаћим властима“ (чл. 13), односно „неразумно дугог трајања суђења“ (чл. 6. ст. 1). Уосталом, то се недвосмислено може закључити из формулације одговарајућег дела Образложења Владе (односно Министарства правде) у Предлогу Закона о Уставном суду у којем се, између осталог, истиче: „Посебно треба истаћи одредбу чл. 82. ст. 2. Закона која предвиђа да се уставна жалба може изјавити и када нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу уставне жалбе *повређено право на суђење у ра-*

²⁰ *Томић против Србије*, 25959/06 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

²¹ *Јевремовић против Србије*, 3150/05 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

²² *Илић против Србије*, 30132/04 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

²³ *Стевановић против Србије*, 26642/05 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

²⁴ *Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије*, 41513/05 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

²⁵ *Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије*, 41513/05 (2007), <http://www.echr.coe.int>, 01. децембар 2007.

зумном року, а које је прописано у чл. 32. Устава и чл. 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода Савета Европе. У циљу стварања услова да уставна жалба буде ефикасно правно средство, чл. 90. Закона прописано је да, у случају када је уважена уставна жалба, подносилац уставне жалбе може да поднесе, пре подношења тужбе надлежном суду, захтев за накнаду штете Комисији коју образује министар правде, која је дужна да одлучи у року од 30 дана. Ова одредба је значајна и са становишта праксе Европског суда за људска права у Стразбуру, када се ради о ефикасном правном леку.²⁶

4. ПРАВНИ ОСНОВ ЗА УВОЂЕЊЕ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Устав Србије из 2006. године у делу под називом „Људска и мањинска права и слобода“, предвиђа да се људска и мањинска права зајемчена Уставом *непосредно примењују*. У чл. 18. се наводи: „Уставом се јемче, и као таква, непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. (...) Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.“

Овим одредбама, на посредан начин, у корпус уставних права уврћено је *право на ефикасни правни лек и право на суђење у разумном року* (као део права на правично суђење) која су, између осталих, гарантовани Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Уставом Србије су ова права и директно зајемчена, па се одредбама чл. 32 (којим се гарантује право на правично суђење) јемчи да „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року (...) одлучи о његовим правима и обавезама“, док се одредбом чл. 22 (којим се гарантује право на заштиту људских и мањинских права и слобода) јемчи да „свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале.“

Чланом 18. предвиђено је и да се *законом може прописати начин остваривања ових права* ако је о неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не

²⁶ Предлог закона о уставном суду, поднет Народној скупштини Републике Србије на усвајање 5. октобра 2007, www.parlament.sr.gov.yu, 10. октобар 2007.

сме да утиче на суштину зајемченог права. Право на делотворан правни лек, по својој природи, захтева позитивну акцију државе, у смислу предвиђања у свом правном систему правног лека који би грађанима Србије био на располагању за заштиту својих права за које судска заштита, на основу постојећег правног система, није предвиђена.

С друге стране, Устав Србије предвиђа (чл. 166) да је Уставни суд самосталан и независан државни орган који, поред заштите уставности и законитости, штити и људска и мањинска права и слободе. Ову надлежност Уставни суд Србије остварује одлучивањем о *уставној жалби*. Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или *нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту* (чл. 170).

Наведеним одредбама Устава Србије предвиђена је директна надлежност Уставног суда Србије за заштиту људских права у случајевима када, правним системом Србије, није предвиђена судска или друга заштита Уставом гарантованих људских права, међу којима је и право на суђење у разумном року.

5. ЗАКОН О УСТАВНОМ СУДУ СРБИЈЕ И УСТАВНА ЖАЛБА

Устав Србије (чл. 166–175) поставља основе којима се регулишу положај, надлежност, састав, избор и именовање судија и начин одлучивања Уставног суда Србије. Уређење Уставног суда и поступак пред Уставним судом као и правно дејство његових одлука, уређујено је Законом о Уставном суду.

Закон о Уставном суду (чл. 82–92) уређује поступак пред Уставним судом. Законски је установљен круг лица који може поднети уставну жалбу ради заштите права на суђење у разумном року. У овај круг, поред лица које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може, на основу писменог овлашћења тог лица, спада и друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода.²⁷

²⁷ Тумачење појма „органи“ остаје у надлежности овог суда, али би у овај круг овлашћених подносилаца уставне жалбе, сигурно ушли омбудсмани – општински, покрајински и републички, као и Повереник за информације од јавног значаја.

Рок за подношење уставне жалбе ради заштите права на суђење у разумном року није изричито регулисан. Аналогно се не може применити одредба којом се регулише рок за подношење редовне уставне жалбе, с обзиром на чињеницу да се кршење права на суђење у разумном року најчешће састоји у непостојању појединачног акта и/или предузете радње којима се повређују права и слободе једног лица, дакле да је реч о „ћутању“.²⁸ Само кршење права састоји се у нечињењу судских или управних органа, па се као одредница за почетак тока евентуалног рока не може узети тренутак доношења појединачног акта. Доношење одлуке, у овом случају, не представља акт кршења права, већ поступак чије трајање прети да угрози ефикасност и кредибилитет судских одлука које у поступку могу бити донесене. С друге стране, сам рок за подношење уставне жалбе мора постојати из разлога правне сигурности. Једно од могућих тумачења је да се уставна жалба за повреду права на суђење у разумном року може поднети најкасније 30 дана од дана доношења (достављања) појединачног акта (пресуде, односно решења суда) којим се правноснажно окончава поступак за који подносилац сматра да је неразумно дуго трајао.

Садржина уставне жалбе је регулисана је чл. 85. ст. 1. који предвиђа да уставна жалба *мора да садржи* име и презиме, јединствени матични број грађана, пребивалиште или боравиште, односно назив и седиште подносиоца уставне жалбе, име и презиме његовог пуномоћника, број и датум акта против кога је жалба изјављена и назив органа који га је донео, назнаку људског или мањинског права или слободе зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено са ознаком одредбе Устава којом се то право, односно слобода јемчи, разлоге жалбе и наводе у чему се састоји повреда или ускраћивање, захтев о коме Уставни суд треба да одлучи и потпис подносиоца уставне жалбе. Међутим, садржина уставне жалбе ради заштите права на суђење у разумном року није одређена. Неспорно је да су лични подаци подносиоца ове уставне жалбе облигаторни елементи. По природи ствари, на уставну жалбу ради заштите права на суђење у разумном року не могу се применити одредбе да је обавезан елемент број и датум акта против кога је жалба изјављена као и назив органа који га је донео (јер таквог акта најчешће и нема).

Уз уставну жалбу, чл. 85. ст. 2. Закона прописује да се подноси и препис оспореног појединачног акта, докази да су исцрпљена прав-

Упореди: „Поступак по тужби *d'amparo* могу покренути, подношењем тужбе *d'amparo* 'сва физичка лица која се позивају на законски интерес, као и Бранилац народа и јавно тужилаштво' (чл. 162, ст. 1 Устава Шпаније).“ М. Пајванчић, 309.

²⁸ Према чл. 84. ст. 1. Закона о Уставном суду, уставна жалба може се изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом.

на средства, као и други докази од значаја за одлучивање. Ови прилози се као облигаторни за подношење уставне жалбе у случају повреде права на суђење у разумном року, не могу захтевати, с обзиром да, како је већ изнето, појединачног акта, тј. судске одлуке најчешће нема, нити је она акт кршења Уставом загарантованог права, а исцрпљеност правних средстава се не поставља као услов за подношење.

Након спроведеног поступка, који је уређен на основу Закона и Пословника, Уставни суд доноси одлуке, решења и закључке. Уставни суд решењем одбацује уставну жалбу ако нису испуњене процесне претпоставке. О уставној жалби Уставни суд одлучује одлуком којом се уставна жалба усваја или одбија као неоснована. Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањања других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом. Овим одредбама, предвиђено је да подносилац уставне жалбе може да поднесе захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете, ради постизања споразума о висини накнаде. Ако захтев за накнаду штете не буде усвојен или ако по захтеву њему Комисија за накнаду штете не донесе одлуку у року од 30 дана од дана подношења захтева, подносилац уставне жалбе може код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете. Ако је постигнут споразум само у погледу дела захтева, тужба се може поднети у погледу остатка захтева.

Законом о Уставном суду уставна жалба је постављена као средство које пружа могућност истовременог испуњења два захтева – захтев за утврђење постојања кршења права и захтев за накнаду причињене штете. О захтеву за накнаду штете одлучује Комисија за накнаду штете, као ново тело, које је по карактеру управни орган што се може закључити и из одредбе да у случају „ћутања управе“, тј. недоношења одлуке у року од 30 дана од подношења захтева, подносилац захтева може поднети захтев надлежном суду. У прилог закључку о карактеру овог тела иде и одредба да се састав и рад Комисије одређује актом министра надлежног за правосуђе.

6. УСТАВНА ТУЖБА У ХРВАТСКОЈ

Упоредноправно посматрано, могло би се рећи да је случај *В.А.М. против Србије* поставио пред Србију сличне изазове које су пред Хрватску 2001. године поставили случајеви *Рајак против Хрватске*²⁹ и *Хорват против Хрватске*.³⁰ Суочена са питањем ефикас-

²⁹ *Рајак против Хрватске*, 49706/99 (2001), <http://www.echr.coe.int.>, 4. децембар 2007.

³⁰ *Хорват против Хрватске*, 51585/99 (2001), <http://www.echr.coe.int.>, 4. децембар 2007.

ног правног лека у случају повреде права на суђење у разумном року, Хрватска проблем решава слично као и Србија – увођењем посебне уставне тужбе због недоношења судске одлуке у разумном року. Као што Закон о Уставном суду Србије предвиђа уставну жалбу Уставном суду Србије у случају повреде права на суђење у разумном року, тако и Уставни закон о Уставном суду Хрватске предвиђа уставну тужбу Уставном суду Хрватске у случају да суд није у разумном року одлучио о правима и обавезама странке.

На основу *Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске* (чл. 62),³¹ уставна тужба може се поднети Уставном суду Хрватске у року од 30 дана од дана пријема одлуке којом су исцрпљени сви правни лекови, због наводне повреде људских права и основних слобода појединачним актом државних органа. Међутим, на основу *Уставног закона о Уставном суду* (чл. 63. ст. 1), могуће је покретање поступка по уставној тужби и пре исцрпљивања свих правних лекова у случају да суд није у разумном року одлучио о правима и обавезама странке а очигледно је да би непокретањем уставносудског поступка за подносиоца уставне тужбе могле настати тешке и непоправљиве последице. У случају да Уставни суд усвоји уставну тужбу због недоношења акта у разумном року, Уставни суд одређује надлежном суду рок за доношење акта којим ће тај суд мериторно одлучити о правима и обавезама, који почиње да тече од дана објављивања одлуке Уставног суда у „Народним новинама“. Уставни суд ће одредити и сразмерну накнаду подносиоцу ове уставне тужбе због повреде његових уставних права.

Како је увођење „ефикасног правног лека“ у случају повреде права на суђење у разумном року суштина захтева који је Европски суд за људска права поставио и Србији у случају *В.А.М. против Србије*, случај хрватске „уставне тужбе ради заштите права на суђење у разумном року“, може бити индикативан и за развој ситуације у вези са „уставном жалбом ради заштите права на суђење у разумном року“ у Србији. У Хрватској је овај механизам убрзања поступка до одређеног момента био веома ефикасан. Донете су бројне одлуке којим се, по правилу, надлежном суду одређивао рок од 6 месеци за доношење мериторне одлуке. Тако: „Жупанијски суд у Загребу дужан је донијети одлуку у предмету који се води пред тим судом под пословним бројем: Гжн-2697/07 (раније спис Опћинског суда у Загребу број: Пн-5421/00) у најкраћем могућем року, али не дуљем од шест (6) мјесеци, рачунајући од првог идућег дана након објаве ове одлуке у „Народним новинама“. На темељу чл. 63. ст. 3. Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске („Народне новине“, број

³¹ Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 49/2002.

99/99, 29/02. и 49/02 – прочишћени текст), подносиоци уставне тужбе, М. Ђ. из Љ., одређује се примјерена накнада због повреде уставног права из чл. 29. ст. 1. Устава Републике Хрватске („Народне новине“, број 41/01 – прочишћени текст) у износу од 15.300,00 кн. Накнада из тачке III изреке ове одлуке бит ће исплаћена из државног прорачуна у року од три мјесеца од дана подношења захтјева подносиоци Министарству финансија Републике Хрватске за њезину исплату.³² Тако је у Хрватској уставна тужба због повреде права на суђење у разумном року постала „делотворни правни лек“ у смислу Европске конвенције о људским правима који испуњава два кумулативно постављена захтева: убрзавање поступка и остваривање накнаде штете коју су грађани, због неразумно дугог вођења судског поступка, претрпели.

Међутим, након свега три године од увођења уставне тужбе због недоношења судске одлуке у разумном року, Уставни суд Хрватске био је претрпан тужбама по овом основу. Поступци пред Уставним судом постали су дуготрајни услед наглог повећања броја предмета пред овим судом, а уставна тужба од „делотворног“ постаје „неделотворни правни лек“. Уставном суду Хрватске којем је био поверен задатак да реши питање „остваривања права на суђење у разумном року“, претила је опасност да сам постане препрека остваривању права на суђење у разумном року. Како би испунила обавезе из Европске конвенције о људским правима, Хрватска уводи једну значајну интервенцију. Законом о судовима (чл. 27–28)³³ надлежност у погледу заштите права на суђење у разумном року преноси се са Уставног суда на редовне судове, односно на непосредно више судове у односу на оне пред којима се води „неразумно дуг поступак“. Механизам заштите остаје исти, с тим што је измењен назив правног средства у „захтев за заштиту права на суђење у разумном року“ (пред редовним судовима), уместо дотадашњег „уставна тужба“ (пред Уставним судом).

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Уставни суд Србије престао је са радом октобра 2006. године, након одласка председника Уставног суда Србије у пензију. „Одлазећи“ председник Уставног суда упозоравао је надлежне органе на могућност блокаде рада Уставног суда Србије услед правних празнина о уређењу положаја евентуалног заменика председника или вр-

³² Уставни суд Републике Хрватске, одлука: U-IIIА /817/2005, www.usud.hr, 05. децембар 2007.

³³ Упор. Закон о судовима, *Народне новине*, бр. 150/2005.

шиоца дужности председника у случају да њему, из било ког разлога, престане мандат. Услед неизвршеног избора новог председника и још двоје судија, Уставни суд је престао са радом.³⁴ До усвајања новог Закона о Уставном суду остало је око 900 нерешених предмета.³⁵ Имајући у виду генерално стање нашег правосуђа, посебно број предмета који нису решени у разумном року, укључујући и број нерешених предмета пред Уставним судом, тешко је закључити да ће Уставни суд Србије бити у стању да ефикасно реши нагомилане предмете у разумном року.

Са друге стране, јасно је да се законодавство Србије мора што пре прилагодити обавезама из чл. 6. Европске конвенције о људским правима и прецедентним пресудама Европског суда за људска права које се односе на увођење ефикасног правног лека у случају повреде права на суђење у разумном року. За сада је то питање решено увођењем посебног модалитета уставне жалбе у случају повреде права на суђење у разумном року. Тим поводом у Србији је реално очекивати ситуацију сличну оној у Хрватској, која, иако је увела уставну тужбу Уставном суду као делотворно правно средство у случају повреде права на суђење у разумном року, убрзо напушта ову солуцију и заштиту преноси на редовне судове.

Као закључак, може се рећи да ће нови Уставни суд Србије, имајући у виду број судија и друге околности, преко одлучивања по уставној жалби у случају повреде права на суђење у разумном року, тешко моћи да оствари ефикасну правну заштиту грађана по овом основу. Зато већ сада треба озбиљно размишљати о преношењу права на одлучивање о делотворном правном леку у случају повреде права на суђење у разумном року са Уставног суда, на пример, на будуће апелационе судове предвиђеним Законом о уређењу судова. На тај начин српски правосудни систем био би структурално и функционално постављен на основе које би обезбедиле ефикасно остваривање права грађана на суђење у разумном року у складу са одредбама Европске конвенције о људским правима и основним слободама и пресудама Европског суда за људска права који се односе на Србију.

³⁴ Повлачи се председник Уставног суда, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2006&mm=09&dd=13&nav_category=12&nav_id=211568&fs=1, 10. децембар 2007.

³⁵ Скупштина поново о Уставном суду, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2007&mm=11&dd=06&nav_id=270995, 10. децембар 2007.

Stevan Lilić

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

IS CONSTITUTIONAL APPEAL AN EFFICIENT LEGAL REMEDY FOR TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME?

Summary

The new Constitutional Court Act of Serbia incorporates constitutional appeal and its special category – „constitutional appeal in case of violation of right to a trial within a reasonable time“ – into the Serbian legal system. The reason for incorporation of this special category of the constitutional appeal was to provide the efficient legal remedy for citizens of Serbia. This was needed in order to harmonize the national system of human rights protection with the standards of protection deriving from the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms. The European Court for Human Rights found in many cases, and especially in the judgment in *V.A.M. v. Serbia* case, that as the result of the lack of an efficient remedy for trial within a reasonable time, Serbia does not have any relevant mechanisms of human rights protection that could secure the implementation of right to a trial within a reasonable time, guaranteed under the article 6 of the Convention. The constitutional appeal and the constitutional proceedings, similarly to those introduced in Croatia, should combat this systemic violation. The capacity of the present Constitutional Court of Serbia brings into doubt the sustainability of this legal remedy under the circumstances of extensive use.

Key words: *Constitutional appeal. – Efficient remedy. – Right to trial within a reasonable time. – European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – V.A.M. v. Serbia.*

Др Марко Павловић,

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Крагујевцу

СЛАБОСТ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ У СРБИЈИ КРАЈЕМ XIX И ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА

У чланку се анализира слабост кривичних пресуда са унутрашњег и спољног аспекта. Са унутрашњег аспекта, пресуде су биле слабе због некритичке употребе олакшавајућих околности. У фази извршења, пресуда се слабила беспримерним беспосличењем у затворима. Најзад, бројна некритичка помиловања и условни отпусти били су својеврсни удари на пресуде, који су их споља слабили. Главни узрок слабости кривичне пресуде аутор налази у судијском страху од могуће освете осуђеника или њихових рођака. С обзиром на слабост полиције, тај страх је био реалан.

Кључне речи: *Олакшавајуће околности. – „Робија–добрија“. – Условни отпуст. – Помиловање. – Страх од освете.*

Почетком XX века, пет-шест деценија после првог таласа европеизације судског уређења и кривичног поступка, у Србији је покренуто питање нове свеобухватне европеизације, односно велике реформе судских установа.¹ Од изнетих разних судских мана, једна је била кључна и имала је изразито домаћу боју. Била је реч о слабости судске пресуде. Сва слабост судства испољавала се у слабости судских пресуда – слабости у њиховом доношењу и њиховом извршењу. У оцени стања из 1910. године стоји „да су у нас изречене осуде прилично благе и да кривци, поред тога, услед честих помиловања и условног отпуста врло брзо излазе из казненог завода, те тако и од те благо изречене казне издрже само мали део. Због тога и због никаквих казних завода, уз још неке узроке, јавна сигурност код нас увек је била мала“. Ова оцена (дијагноза) потицала је од Михаила П. Јовановића, правника са огромним искуством у судској струци, које

¹ М. Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005, 414–416, 438, 517–523.

је стицао на свим нивоима власти – од првостепених судова до Касационог суда, као и на месту министра правде.²

1. „ПОРОК“ ОЛАКШАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ

Као први велики проблем пресуда у Србији јавила се неодмeрена и некритичка употреба признања као олакшавајуће околности. Према Казненом законикy (чл. 59, тач. 7), признање се сматрало као олакшавајућа околност ако се кривац „сам суду пријави и своју кривицу призна, а могао је лако утећи или се сакрити, или ако призна кривицу пошто се почне ислеђивање, али пре него се дело његово докаже другим чим“. Из ове одредбе произлазило је „да само оно признање оптуженика може служити за олакшавну околност, које је учињено услед *гриже савести и кајања*“. Међутим, судови у Србији – по упозорењу из *Бранича* од 1887. године – су „махом свако оптужениково признање узимали за олакшавну околност“. Они се нису обазирали „ни најмање на то што није могао побећи, или за то што се није могао сакрити, или је принуђен другим доказима и околностима да то призна“.³

Више од две деценије после упозорења из *Бранича*, стање се није променило. У међувремену, оно је постало појава која би се могла означити као порок олакшавајућих околности. Прво што је истраживачу кривичних пресуда у Србији 1910. године падало у очи „то је да мало која кривична пресуда не садржи добро владање кривчево и признање кривице као олакшавне околности и онда у највише случајева и спуштање казне испод законом одређенога минимума казне за дело за које се кривац осуђује“. Што се признања тиче, оно је, противно законским условима, и даље узимано као олакшавајућа околност и када није „дошло пре него што је кривица оптуженикова и иначе, другим којим доказом, доказана“. Не водећи рачуна о законским условима, судови у Србији су поступали „чисто механички, каже се: како је узето да је кривица признањем доказана, то оптуже-

² М. П. Јовановић, „Олакшавне и отежавне околности у кривичним делима“, *Архив за правне и друштвене науке (Архив ПДН)*, књ. IX, 4/1910, 247; *Народна енциклопедија СХС*, књ. II, Загреб 1928, 174, 812.

³ М. Стевановић, „Опет о признању кривца као олакшавној околности“, *Бранич* 8/1887, 274, 275. М. Стевановић је, психолошки тумачећи §59. тач. 7, још напомињао да се мора узети „да је законодавац ишао на то да оптужениково признање буде логична последица гриже савести и кајања а не других могућих принуда, пошто такво признање показује: да оптуженик није покварен; да нема навике да чини казнима дела; и да даје судији веровања, да ће у будуће бити добар грађанин, и баш са тога, и једино са тога такво признање и заслужује да се узме за олакшавну околност.“

ни има признање за олакшавну околност“. Дешавало се да оптужени упорно пориче своју кривицу „и, шта више, труди се да обори доказне основе који против њега постоје“, али „кад његова кривица буде утврђена, н. пр. сведоцима очевидцима, он је, видећи да нема куд даље, призна. И онда долази пресуда: кривица је доказана признањем оптуженога, које се слаже са свима ислеђеним околностима, као и казивањем сведока, и оптужени има признање као олакшавну околност из чл. 59 тач.7, без икакве констатације да ли то признање као олакшавна околност одговара погодбама овога законског прописа“. Било је чак и таквих случајева „да оптужени, који до пресуде којом се осуђује кривицу никако није признавао, после те пресуде призна кривицу, па му се и такво признање после у другој пресуди узима у олакшавну околност. Рекао би човек као да се кривцу нарочито иде на руку да кривицу не призна докле год мисли да може суд преварити, па тек кад се увери да од тога нема успеха, да призна само због мање казне“ – примећивао је председник Касационог суда М. Јовановић.

Што се „доброг владања“ тиче и оно је у пресуде уношено крајње некритички, неретко уз кршење елементарне логике. Тако, честе су биле судске пресуде у којима се оптуженоме стављао на терет поврат (који није ништа друго „него јако истакнуто рђаво владање“), и „у исто време, што је заиста до непојмљивости чудно, у олакшицу – добро владање“. Затим, „констатација покварености кривчеве од стране суда у циљу осуде на робију са оковом“ значила је и констатацију рђавог владања, чиме се искључивало добро владање као олакшавајућа околност. Речју М. Јовановића, „да човек не може бити морално покварен и у исто време доброга владања, то се, наравно, по себи разуме. Било би неприродно и право чудо узети друкче“. Међутим, поред свега тога, било је „и таквих пресуда, где суд кривца, због покварености његове, осуђује на робију са оковом, па му ипак признаје добро владање као олакшавну околност. И онда имамо и тај парадокс, да је једно исто лице и покварено и – доброга владања!“⁴

2. СЛАБОСТ ПОРОТНИКА

Зарад смањења броја ослобађајућих пресуда услед недостатка доказа у Србији је 1871. године уведена порота. Она је требало да отклони штетне последице законске доказне теорије у случајевима кривичних дела разбојништва, опасне крађе и паљевине на које се народ најчешће жалио. Докази за ова кривична дела тешко су при-

⁴ М. П. Јовановић, 242, 245.

бављани, јер се због слабе насељености, раштрканости села и врлетног терена, често се дешавало да је појединац за кога је сва околина веровала да је извршио крађу или паљевину ослобађан због недостатка законом прописаних доказа. Лек за такве случајеве видео се у пороти, пошто су се поротници изјашњавали о кривици не по крутим законским правилима, него по личном уверењу.⁵ Тако је порота у Србији представљала средство помоћу кога се, у случајевима најчешћих злочинстава, остављало „грађанима да они окривљеника на своју душу узму па кажу да ли је крив или не, чиме је требало стати на пут, да се тако лако не отпуштају они зликовци, који су се умели добро сачувати да се сви они докази, које постојећи прописи траже, код њих нису скупили“.

Убрзо се показало да порота не може да побољша ефикасност правосуђа. У пракси се дешавало да су поротници ослобађали оптужене чак и онда кад су били потпуно уверени у њихову виност. Плашећи се освете од оптуженог или његове родбине, поротници су се изјашњавали за ослобађајућу пресуду. Било је случајева да су неки поротници пред самим судом изјављивали да не смеју да гласају против оптуженог. Почетком 90-тих година XIX века, у влади и круговима око владе, раширило се мишљење да су спољним утицајима „поглавито били подложни људи са села, а не и људи из вароши, где је много теже вршити освету“.⁶

Понајбољу слику поротничке слабости оставио је један судски писар (Д. Столповић). По његовом запажању, поротници су „радије“ изрицали „да су крива следећа лица: жене, цигани и људи који нису из блиске околине у којој поротници живе“. Овакав рад поротника објашњавао је тиме што се они нису „бојали освете од слабе жене, од бедног и презреног циганина и од човека са којим се можда неће никад више у животу видети“.⁷

⁵ Неки учени савременик забележио је да „наше судије још не разуму шта су закони, а хоћемо пороту, и то не да буде *боље*, но да буде *строжије* суђење“, Н. Крстић, *Дневник – јавни живот*, II, Београд 2006, 151.

⁶ Б. Марковић, *Расправе из кривичног поступка*, Београд 1914, 110–115, 119–121.

⁷ „Блиска околина – навео је још Д. Столповић – доста утиче на ‘убеђење’ поротника а и да не помињемо политичке разноликости, које такође утичу на савесност поротника“. (Д. Столповић, „Како наша порота суди“, *Архив ПДН*, књ. II, 2/1907, 183). На невољу партијских аршина, у свим сферама друштва, па и у Касационом суду, жалио се др Никола Крстић. „Но то је белај што се код нас поготово све ствари оцењују с гледишта партајског“, каже Крстић у свом Дневнику, 6. маја 1883. године. У једном случају фалсификата било је очигледно да је оптужени „учинио злоупотребу од општинског печата и опет два је дана трајало препирање у суду /Касационом/, док је решено да се поништи судско решење којим га суд пусти слободна, изрекавши да у делу туженог нема кривице. Судије С. и Т/рпезић/ одликоваху се бранећи човека који је очевидно крив, али за ког они држе да му је неправедно и

3. „РОБИЈА – ДОБРИЈА“

Доминантно народно схватање тежине казне одступало је од законодавчевог. Законодавац је новчану казну одредио као блажу од казни затвора и „боја“ – батинања (до укидања ове телесне казне 1874. године).⁸ „У оним случајима у којима је дозвољено суду да бира оће ли кривца осудити на новчану казну или на бој, или, оће ли га осудити на затвор, суд ће осуђивати на новчану казну само у блажим случајима“ – стајало је у чл. 30. Казненог законика. У одлуци Касационог суда (од 1903. године) изричито је наведено: „затвор је казна по својој природи тежа од новчане казне“.⁹

Међутим, већ у првим годинама примене, законодавчев став о тежини појединих казни доведен је у питање. Један имућни грађанин из Пожаревца био је осуђен „на знатну глобу, коју да плати или да је замени са педесет батина. Грађанин је изабрао ово друго“. Сазнавши за ово, кнез Михаило је довео у питање могућност политичких слобода: „какве слободе да се даду свету, који тако мало има личног поноса и осећања грађанске части“. Савременик је тим поводом забележио да пожаревачки избор „боја“, уместо новчане казне, „није био усамљен случај“.¹⁰

Почетком XX века, добри познаваоци правне праксе скрећу пажњу на то да се док се по Кривичном законiku узима да „најблажа је новчана казна, дотле у ствари утицај казне затвора за већину осуђених много је мањи но утицај новчане казне“. О томе је један правник практичар оставио овај веродостојан податак: „Имали смо прилике у својој пракси да се уверимо да велика већина осуђених сматра новчану казну за тежу од кратковремене казне затвора. Ово се свакодневно обелодањује приликом изрицања пресуда оптуженима, који увек показују готовост да новчану казну замене затвором. Дакако да има и противних случајева, али они спадају у ретке изузетке. Овоме је свакако узрок рђаво економско стање већине осуђених и слаб појам

из партајског гледишта од либерала скована кривица. Ја рекох – забележио је Крстић 31. јануара 1884. године – да ми је то тужно искуство, јер налазим да је зло кад су судије подложне упливима који чине да се јасна и очевидна истина затрпа“, Н. Крстић, *Дневник – јавни живот*, III, Београд 2007, 113, 140.

⁸ Павловић, М., 340–341.

⁹ Ђ. Ценић, *Објасњење Казнителног законика за Књажество Србију*, Београд 1866, 72–74; *Казнени Законик и кривични судски поступак Краљевине Србије* протумачени одлукама опште седнице и одељења Касационог суда, средио Г. Никетић, Београд 1911, 33. У *Пројекту и мотивима Казненог законика за Краљевину Србију*, Београд 1910, 223 стоји: „Како је новчана казна блажа од затвора, то се по себи разуме да ће се она и изрицати у блажим случајевима.“

¹⁰ Ж. Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*, књ. I, Београд 1923, 122 и даље.

о љаги која пада на онога који иде у затвор.“ Правни практичар (Д. Столповић) је закључивао да „многи далеко више полажу на имовину, него на последице од издржаног затвора“. Свему томе је још додао „и наклоност нераду“.¹¹

Што се издржавања казне лишења слободе тиче, ту готово ништа није ваљало. Кривичним правосуђем у Србији владала је казна на кратковременог затвора. Према статистици од 1899–1903. године у 92% случајева изрицана је казна затвора у трајању до једне године. Следствено, и за Србију је важио закључак Франца фон Листа да ако кратковремени затвор не ваља, онда не ваља ни цело кривично правосуђе.

Затвор није ваљао, прво, због тога што се приликом смештаја осуђеника у поједине одаје није вршило разврставање према узрасту, занимању, величини казне и учињеном кривичном делу, него их је кључар или старешина стражара смештао „по свом нахођењу, при чему награда игра велику улогу, јер имућније, уз мањи бакшиш, смешта у боље одаје, без обзира на то, да ли они то заслужују или не. У оба казнена завода (пожаревачком и нишком), одаје су оваквим разноликим друштвом тако препуњене, да сви немају места ни да легну“. Даље, како је забележио проф. Божидар Марковић, „са смештањем осуђеника у поједине одаје сматра се да је све свршено; осуђеник има ту да остане докле не истече време досуђеној казни, и у том седењу састоји се издржавање затвора у нас. За све време тога седења, које се зове издржавање казне, управа казног завода не обраћа никакву пажњу осуђеницима. О ‘изображењу’, ‘моралном поправљању’ и ‘радиности’, које помињу правила о домаћем реду у казним заводима ни помена нема. Осуђени не раде ништа, не обучавају се ниједном занату.“ Стога, издржавање казне затвора „састоји се у беспримерном беспослицењу, које је испуњено спавањем и забављањем“.

Према налазу проф. Б. Марковића „у казаматима се приређују читава веселја; ту се весело пропраћају славе; ту се по цео дан и дубоко у ноћ пева и причају најразноврсније приче. Свака одаја има свога кафецију, који кува кафу, продаје дуван, па и остале намирнице. За новац се може набавити све што се жели. Кад изилазе у варош на рад, осуђеници свраћају у дућане и пазаре што им треба, а свраћају и у кафане, где заједно с чуварима пију. Колико осуђеници не осећају тежину затвора, кад га на овај начин издржавају, врло лепо показује овај пример. Један осуђеник у пожаревачком казном заводу питао је /.../ управника, да ли о својој слави св. Архангелу Михаилу да носи колач у цркву или да свештеник дође у завод да му колач пресече.

¹¹ Д. Е. Столповић, „Белешке (Неколико речи поводом питања о условној осуди)“, *Архив ПДН*, књ. II, 6/1907, 426–427.

Али ова његова жеља није била задовољена. Но и без црквеног обреда осуђеници прослављају своје крсно име на тај начин, што за тај дан набаве доста ракије и вина и добро почасте своје ‘другове’ у заводу.“ Приликом једног претреса 570 осуђеника, у београдском казненем заводу, код њих 150 нашло се „2502 динара и то 1103 дин. у злату. Било је осуђеника, код којих је нађено по 30, 50, 80, 100, 200 па и 290 динара. Најобичнија је ствар, да чувари па и кључар узимју новац од осуђеника на позајмицу и да овима зато чине све могуће услуге.“ Због свега тога „многима је живот у казненем заводу пријатнији и удобнији од живота у слободи“. ¹² Најзад, с једне стране, услед затворске лабавости, а с друге као алтернатива новчаној казни, казна лишења слободе је у народу изнета на добар глас, који је преточен у синтагму *робија-добрија*.

4. БРОЈНА ПОМИЛОВАЊА И УСЛОВНИ ОТПУСТИ

Са давањем бројних помиловања почело се одмах по доношењу Казненог законика 1860. године. Први и најутицајнији тумач овог законика, Ђорђе Ценић, помињао је да се у Министарству правде налазе документи који сведоче о томе „како су у само оно време када је овај Закон почео важити по 20, 40, 60 и више криваца једним актом ослобађани били казне, пошто се од њи(х) надлежним свештеником у цркви у заклетва узме да више грешити неће“. Помиловање у маси, како је то примећивао и Ценић, доводило је у питање сврху саме казне. ¹³

Слично Ценићу, више од четири деценије касније (1910. године) говорио је посланик проф. Драгољуба Аранђеловић. И он је указивао на то да се бројним помиловањима изиграва сврха кажњавања, а друштво оптерећује неизлеченим криминалним случајевима: „Помиловања се врше у маси, кад буде каква свечаност, или дође нова влада, или нови министар, онда се сматра за дужност да се свима, који су осуђени на робију, смањи на пет-десет година. Или, препуњењем казнени завода, нема места за све осуђенике, хајде да помилујемо неке, да направимо место за друге осуђенике. Можете мислити шта бива, кад се по таквом принципу поступа, кад се пусти две-три стотине осуђеника, који се размиле по земљи и почну радити оно што је природно да ће радити осуђеници који нису издржали казну и који се нису могли у казненем заводу поправити.“ ¹⁴

¹² Б. Марковић, „Средства за замену кратковремене казне лишењем слободе“, *Архив ПДН*, књ. V, 2/1908, 153; Д. Столповић, 427.

¹³ Ђ. Ценић, 49. Сам Ценић је, иначе, био „и сам извршитељ више оваквих помиловања“.

¹⁴ М. Павловић, 522, фн. 227.

Условни отпуст, који је у Србији био веома хваљен кривичноправни институт, имао је ефекат сличан ефекту помиловања. Условни отпуст уведен је 22. маја 1869. године *Законом о условном отпуштању криваца из казнителних заведења*, и то пре Француске и многих других европских земаља. Већина правника у Србији гордила се овом чињеницом: „Част нека је законодавцу који је овом лепом установом отпочео реформу нашег казног система“ (М. Жујовић). Било је, пак, правника који су сматрали да је „условни отпуст уведен сувише рано“ (Д. Суботић).

Михаило Жујовић, најбољи познавалац извршења казне лишења слободе последњих деценија XIX века, као највећи проблем условног отпуста означио је то што није било никаквих гаранција да се над пуштеним осуђеником „неће вршити самовоља“. За „сваку, и најмању крађу или ма какву кривицу“ на њега би пала сумња, и он би могао бити враћен у завод, да доврши прекинуто издржавање казне.¹⁵ Овако враћен, „он губи сваку наду, и ишчекује да издржи казну, како би се само могао осветити. А после га више није могуће добру вратити“. Ипак, осамдесетих година XIX века, било је доста условно отпуштених, а врло мало враћених осуђеника са условног отпуста. За три године (1883–1885, по наводу М. Жујовића) условно је отпуштено 784 робијаша, а на дослужење казне враћено је само 12 лица (и то 1883. године ниједно, а наредне две године по шест). Мали број лица са укинутим условним отпустом наводио је на закључак да је „закон о условном отпусту врло користан“. Међутим, латентни предлог да се условни отпуст веже за 2/3 издржане казне (уместо важеће половине), сам по себи је указивао на то да је реч о институту који је слабио судску пресуду. Одлични српски „класични“ кривичар, Д. Суботић, 1914. године је скретао пажњу на то да се дотадашњим „начинном помиловања и условног отпуштања из казнених завода већ створило уверење, да казна није оно зло, које законодавац замишља као логичну последицу кривичног дела“.¹⁶

5. УЗРОЦИ И ПОСЛЕДИЦЕ

Неосновано и олако посезање за олакшавајућим околностима понекад је оправдавано тиме што „строге су казне у нашем Казненом

¹⁵ Према закону, условни отпуст се прекидао ако би „одпуштени“ учинио „какво год, ма и најмање казнимо дело, или се бар основано сумњати може да га је он морао учинити а нико други“ (чл. 5, ст. 1, ал. 1).

¹⁶ М. Жујовић, „Поглед на стање наших казнених завода за 1883–1884–1885 год.“, *Бранич*, 3/1887, 166–167; М. Васиљевић, Ђ. Д. Ценић, *Развој кривичноправне мисли у Србији XIX века*, Београд 1987, 225–227; „Рад правничког удружења“, *Архив ПДН*, књ. XVII, 4/1914, 300.

законику“, па се због тога морало „прибећи олакшавним околностима да би се казна ублажила“. Овај став побијан је, из најбољих правничких кругова, упозорењем да „строгост закона судији не даје права да закон изиграва и закону доскаче. Његово је да закон примени онакав какав је, а законодавац има да законе поправља и ублажава, ако нису добри или су сувише строги, неправедни“.¹⁷

Слабост кривичне пресуде била је условљена слабашћу, односно „алкавошћу“ целог судског поступка. Тако, Законом о кривичном поступку било је прописано да за све време суђења „све у решавању учествујуће судије и деловодитељ морају непрекидно за време претреса бити у заседању“. Међутим, судије су се ретко могле видети „на окупу за време извиђања. Двојица, по који пут и један једини судија врши тај посао. Остале судије задовоље се оним што је њихов колега урадио па изричу пресуде над човеком кога често нису ни видели.“ Затим, и на главном претресу било је крупних пропуста. У записник је уношено и оно што није било. „Кад год одете на претресе – каже се у *Политици* из 1914. године – ви ћете чути председавајућег судију како помиње држ. тужиоца за кога вели да је присутан, да је казао то и то и како тај државни тужилац тражи да се оптужени строго осуди. Државног тужиоца међутим нит је ко видео нит је ко чуо“. Најзад, савременици су закључивали да судови служе само томе да судије добијају плату. Са тим тврђењем *Политика* је завршила уводни чланак под насловом „Је ли то суд?“. „Ми овде само констатујемо једно стање које је срамота за земљу у којој се тако често чује изрека: да правда држи земљу и градове. Док је наш народ том својом изреком дао доказа о високом појму који има о правди и судовима дотле су његове школоване судије судове свеле на ниво једног чиновничког бироа у коме се послови отаљавају колико да се изгура до краја месеца кад се има примити плата.“¹⁸

Прави узрок „порока“ олакшавајућих околности у Србији крајем XIX и почетком XX века лежао је у судијском страху од злочина-

¹⁷ М. Јовановић, 247.

¹⁸ *Политика*, 24. април 1914. – На *Политикин* уводни чланак одговорио је председник једног првостепеног суда. Он је поменуо да *Политика* својим „квалификацијама судова и судија баца врло рђаву сенку на наше судове и њихове судије, мада то не стоји у истини“. Међутим, председник суда М. Д. Јовановић ни једним фактом није побио *Политикине* квалификације, него их је индиректно потврдио, говорећи о оптерећености судова. У судијином закључку наведено је да, с обзиром на велики „размер судских послова, сваки је прекор Господину Министру правде и судијама неправедан и требало би тражити пута и начина, да се са судија скину послови који не спадају чисто у надлежност судске власти. Јер, не само што се тиме уди добром гласу судова и судија већ се код судског особља осећа малаксалост, услед претрпаности послова, а да и не говоримо, да за стручно образовање остаје мало времена. Оправдан прекор могао би бити само тада, када би и код нас судови били уређени, као у Француској, Енглеској и Немачкој, а овако не може ни бити речи о томе“, М. Јовановић, „Је ли то суд?“ *Архив ПДН*, књ. XVII, 4/1914, 292–293.

ца и преступника, односно од могуће освете осуђеника и његових рођака. На то најбоље указују чињенице о поротничком страху од освете, као и напомене о осветничким нагонима осуђеника са укинутим условним отпустом.

На проблем судијског страха у Србији индиректно је указано поводом једне скупштинске расправе 1911. године о важности појединих професија. На изјаве посланика „да је судска власт најважнија“ дошла је реакција у часопису *Полиција*, са тврђењем да „добро организовано судство“ не значи ништа без „добро организоване полиције, која ће обезбедити ред и мир, личну и имовну безбедност“ и тиме „дати могућност судији да сме да суди“.¹⁹ Међутим, полиција у Србији није уливала велико поверење.²⁰ У том смислу, један радник полиције писао је „да је наша журналистика некако на полицију кивна. Она кад оспе ватру, мислио би човек да смо најгори типови и мрачњаци и да би нас одмах требало стрељати.“²¹ Затим, у склопу чињеница о слабости полиције, посебно место имала је погибија кнеза Михаила. Наиме, и над полицијом и над судовима у Србији задуго је лебдела сенка убиства кнеза Михаила, са исказима убица да су то учинили да би се осветили због наводно неправедних судских пресуда. У земљи у којој су осуђеници лако нашли начина да се „освете“ Кнезу због лоших пресуда и недавања помиловања, ниједан судија није се могао осећати сигурним.²² Речју, у Србији судије изгледају као људи који са сваким процесом улазе у нови могући осветнички круг. Стално под претњом освете, судије би својом евенту-

¹⁹ Љ. Јоцић, „Полиција и суд“, *Полиција* 2/1911, 46.

²⁰ Тако, у Београду, као престоници, где је полиција била у најбољем стању, није било довољно жандарма (просечно по 30 по кварту), а и они су били лоше организовани. Дешавало се да „баш не буде ни једног у кварту онога тренутка када се појави изненада какав догађај за чије је отклањање потребно учествовање њихово“. В. Крстић, „Употреба жандарма у кварту“, *Полиција* 8/1912, 233–234. Као доказ да је Београд „у погледу безбедности и сигурности прва престоница у Европи“, навођено је да су у периоду од 1905–1910. године „извршена само два убиства из освете и кривци су одмах ухваћени и предати суду“. Године 1909, од дванаест покушаја убиства, три су била из освете („Полиција и безбедност у Београду“, *Полиција* 4/1910, 99). Јавна безбедност по селима била је „испод сваке критике. Нити општине имају своје ноћне чуваре, нити ови врше своју дужност као што треба, а већином се лиферију из редова, који би се могли наћи и под полицијским надзором. Кад је извршено познато разбојништво над Талијаном на путу Марковац – Свилајнац, у то време ноћни чувар општине марковачке спавао је пред судницом! Над њима нико не води надзор, довољно је да се ‘реде’ стражари, а где ће се они бавити, докле и на што ће пазити, ни сами они не знају.“ (Ч. А. К., „Полицијске реформе“, *Полиција* 18–19/1911, 552.

²¹ М. Лозанић, „Наше друштво и полиција“, *Полиција* 5/1912, 137.

²² Један од завереника и непосредних извршилаца, рекао је на суду: „Ја нисам имао никакве друге намере, но до осветим мога брата Љубомира, који је био заточеник у Топчидеру“ (*Суд убицама кнеза Михаила*, Београд 1868, 43). М. Павловић, *Преображенски устав – први српски устав*, Крагујевац 1997, 372.

алном „строгошћу“ само изазивале судбину. Поред тога, њихов алкав начин рада терао их је на својеврсно превентивно извињавајуће поступање, које се испољавало у некритичкој употреби олакшавајућих околности.

Све у свему, кривичне пресуде у Србији XIX и почетком XX века биле су слабе и унутра и споља. Њихова унутрашња слабост била је последица судијске некритичке употребе олакшавајућих околности и законодавчеве нетачне представе о тежини појединих казни. Спољашња слабост кривичне пресуде била је последица неумерене и неодмерене употребе помиловања и условног отпуста. Речју, пошто би била нагрижена олакшавајућим околностима, пресуда би била крајње релативизована или анулирана бројним произвољним помиловањима и условним отпустима. По медицинској аналогiji, пресуде у Србији изгледају као леукоцити чије је дејство крајње ослабљено.

Marko Pavlović

Full Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

WEAKNESSES OF THE CRIMINAL SENTENCING IN SERBIA AT THE END OF THE 19TH AND AT THE BEGINING OF THE 20TH CENTURY

Summary

This paper comprises the comprehensive analysis of the weaknesses of the criminal sentencing in Serbia at the end of the 19th and at the begining of the 20th century. It can be argued that the criminal sentencing was internaly weak due to the uncritical use of extenuating circumstances. The use of confession and good behaviour was inappropriate and sometimes illogical. The firm evidence would sometimes show that the accused was innocent, but the court would nevertheless accept his confession. On other occasions, the judges would quote good behavior of the accused into the sentence, even though he was held on a charge of repeated violation of the law.

Furthermore, the very execution of the sentences weakened them as convicts had spent idle days in the prison. For many convicts, the conditions of life were better in prison then outside. Consequently, the saying „a time in prison – good season“ was rife among the people.

Finally, numerous pardons and paroles weakened the criminal sentencing from outside. The judges feared of the revenge either of the accused or of their relatives. Thereafter, the judges that were careless in doing their jobs, tried to secure a preventive excuse for themselves by uncritical use of extenuating circumstances. All in all, the criminal sentencing in Serbia looked like leukocytes whose effect has been utterly diminished

Key words: *Extenuating circumstances.* – „*A time in prison – good season*“. – *Paroles.* – *Pardons.* – *Fear of revenge.*

Др Зоран Радивојевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Мр Небојша Раичевић,
асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ЗАШТИТА ОСОБА С ИНВАЛИДИТЕТОМ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Заштита особа с инвалидитетом у међународном праву регулисана је међународним уговорима који садрже правне норме обавезне за државе и путем „меког“ права састављеног од међународних докумената који нису правно обавезујући. Највећи број уговора о људским правима изричито се не бави положајем особа с инвалидитетом, већ пружа заштиту свим појединцима без икаквог разликовања. Тек у новије време закључени су посебни уговори искључиво посвећени заштити ових лица. Најзначајнији такав уговор је Конвенција Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом усвојена 2006. године. Заштита ових лица много је потпуније и детаљније регулисана путем „меког“ права које обухвата бројне документе усвојене у оквиру Уједињених нација, Савета Европе и Европске уније.

Кључне речи: *Инвалидитет. – Људска права. – Међународна заштита. – Међународни уговор. – „Меко“ право.*

1. УВОД

У свету данас живи око 650 милиона особа са инвалидитетом,¹ што представља 10% укупног становништва.² Ове особе често не

¹ У међународним документима не постоји једнообразна терминологија за означавање ових лица. У употреби су називи: особе са инвалидитетом (*persons with disabilities*), инвалидне особе (*disabled persons*), хендикепиране особе (*handicapped persons*) или особе са хендикепом (*persons with handicap*). У чланку се приликом разматрања појединих докумената наводи термин који је у њему изворно употребљен, док је као општи термин за особе са било којим обликом инвалидитета (физички, ментални, сензорни) прихваћен израз „особа са инвалидитетом“.

² Податак преузет са сајта: <http://www.un.org/disabilities/convention/about.shtml>.

могу остварити своја људска права и изложена су различитим облицима дискриминације, која је најприсутнија и најозбиљнија у областима образовања, запошљавања, културног живота и приступа јавним местима и службама.

Иако се ради о врло израженом проблему, међународно право није посветило довољно пажње особама са инвалидитетом. Врло је мали број међународних докумената, нарочито оних обавезујућих,³ који садрже правила искључиво посвећена заштити особа са инвалидитетом. Заштита ових особа у међународном праву је, углавном, регулисана у склопу опште заштите људских права, што се није показало као добар начин за побољшање положаја ових лица.

Међународна заштита особа са инвалидитетом обезбеђује се на два начина: међународним уговорима и путем „меког“ права (енг. „soft“ law). Међународни уговори садрже правно обавезујуће норме⁴ и представљају тзв. „чврсто“ право (енг. „hard“ law). С друге стране, „меко“ право чине различити документи које су усвојиле међународне организације и који нису правно обавезујући.⁵ Они се обично називају препорукама, декларацијама, резолуцијама, програмима акције или начелима.

2. МЕЂУНАРОДНИ УГОВОРИ

Међународни уговори значајни за заштиту лица са инвалидитетом могу се према циљу и предмету регулисања поделити на уговоре о људским правима и посебне уговоре који су искључиво посвећени заштити ових лица.⁶ Прва врста уговора проблематику права човека уређује двојако. Неки уговори су општег карактера и садрже каталог готово свих или великог броја основних људских права и слобода. Такви уговори су *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* и *Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима* усвојени у оквиру Уједињених нација 1966. године,⁷ *Европска конвенција о заштити основних људских права* и

³ Д. Татић, „Међународни правни акти о правима особа са инвалидитетом“, у Ј. Тркуља (ур.), *Права особа са инвалидитетом*, Београд 2003, 183–203.

⁴ В. Димитријевић *et al.*, *Међународно право људских права*, Београд 2006, 65–66; Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш 2005, 227–229.

⁵ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи међународних људских права*, Београд 2007, 44–45.

⁶ Ј. Петровић, „Правни статус особа са инвалидитетом“, *Теме*, XXVIII, 4/2004, 383–401.

⁷ Резолуција Генералне скупштине 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Пактови су ступили на снагу 1976. године. *Службени лист СФРЈ* (Међународни уговори) бр. 7/1977.

слобода из 1950. године,⁸ *Америчка конвенција о људским правима* из 1969. године⁹ и *Афричка повеља о људским правима и правима народа* од 1981. године.¹⁰

Насупрот њима, постоје уговори специјалног карактера, чији је циљ да регулишу само одређене категорије људских права или да пруже заштиту групама људи које су посебно угрожене или дискриминисане. У ову категорију спадају *Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена* из 1979. године,¹¹ *Конвенција о правима детета* из 1989. године¹² и *Европска социјална повеља* од 1961. (ревидирана 1996.) године.¹³

Све до недавно није било ниједног посебног уговора који би у целости био посвећен заштити лица са инвалидитетом. Први такав уговор усвојен у оквиру Међународне организације рада је *Конвенција* (бр. 159) *о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом* из 1983. године.¹⁴ На регионалном плану закључена је *Интерамеричка конвенција о уклањању свих облика дискриминације лица са инвалидитетом* од 1999. године.¹⁵ Најновији уговор те врсте је *Конвенција о правима лица са инвалидитетом* усвојена у оквиру Уједињених нација 2006. године.¹⁶

2.1. Уговори о људским правима

Пактови о људским правима не само да се не баве изричито положајем особа са инвалидитетом, већ уопште не помињу било ка-

⁸ Закључена у Риму 4. новембра 1950, а ступила на снагу 1953. године. Уз ову конвенцију усвојено је 14 Протокола. *Службени лист СЦГ* (Међународни уговори), бр. 9/2003.

⁹ Усвојена у Сан Хозеу 20. новембра 1969. године, а ступила на снагу 1978. године. Текст на сајту <http://www.oas.org>.

¹⁰ Усвојена у Банџулу 26. јуна 1981, а ступила на снагу 1986. године. Текст на сајту: http://www.achpr.org/english_info/charter_en.html.

¹¹ Резолуција Генералне скупштине 34/180 од 18. децембра 1979. Конвенција је ступила на снагу 1981. године. *Службени лист СФРЈ* (Међународни уговори) бр.11/1981.

¹² Резолуција Генералне скупштине 44/25 од 20. новембра 1989. године. Конвенција је ступила на снагу 1990. године. *Службени лист СФРЈ* (Међународни уговори) бр. 15/1990.

¹³ Усвојена у Стразбуру 3. маја 1996. године, а ступила на снагу 1999. године. Текст на сајту: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm>.

¹⁴ Усвојена у Женеви 20. јуна 1983, а ступила на снагу 1985. године, *Службени лист СФРЈ* (Међународни уговори) бр. 3/1987.

¹⁵ Усвојена 8. јуна 1999. године, а ступила на снагу 2001. године. Текст на сајту: http://www.oas.org/DIL/inter-american_convention_persons_with_disabilities.htm.

¹⁶ Резолуција Генералне скупштине A/RES/61/106 од 13. децембра 2006. године. Текст на сајту: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm>.

кав облик инвалидитета. Одсуство изричите одредбе о овим лицима, међутим, није их лишило заштите на основу пактова. Конкретно, та заштита остварује се кроз прокламовање начела једнакости и забра-не дискриминације, путем посебних одредаба које садрже одређене категорије права, као и тумачење тих норми од два комитета задуже-на за надзор над поштовањем пактова.

Начело једнакости налази се у самој основи пактова, пошто је једнакост свих људи полазна претпоставка за уживање права која су у њима садржана. Другу страну тог начела представља принцип не-дискриминације, односно забране дискриминације људи по различи-тим основама. Тако пактови забрањују сваку дискриминацију на ос-нову расе, боје, пола, језика, вере, политичког или сваког другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности (чл. 2. оба пакта). Сматра се да израз „друге околности“ обухвата и забрану дискриминације по основу инвалиди-тета.¹⁷

Одредбе пактова садрже нека људска права која имају посебан значај за положај лица са инвалидитетом. На првом месту налази се одредба о праву сваког лица да ужива највиши постигнути степен физичког и менталног здравља (чл.12 Пакта о економским, социјал-ним и културним правима). Затим долазе чланови који предвиђају права у вези са радом, социјална права (нарочито право на социјално обезбеђење и социјалну помоћ), заштиту породице, мајке и деце, право на одговарајући животни стандард (посебно доступност адек-ватног становања и исхране), право на образовање и учешће у кул-турном и јавном животу (чл. 6–7, 9, 11, 13. и 17. Пакта). Кад је реч о грађанским и политичким правима, посебно се издвајају одредбе о једнакости пред законом, забрани мучења, нечовечних или понижа-вајућих поступака и недобровољног подвргавања научним и меди-цинским експериментима, као и забрани самовољног затварања (чл. 7, 9. и 26. Пакта о грађанским и политичким правима).

Важан допринос заштити лица са инвалидитетом својим тумачењем наведених одредаба дали су Комитет за економска, социјална и културна права и Комитет за људска права у форми општих комен-тара који, без обзира на то што нису правно обавезујући, имају зна-чај за правилно схватање и разумевање ових уговора и њихову прак-тичну примену. Тако је Комитет за економска, социјална и културна права посветио цео Општи коментар бр. 5 из 1994. године¹⁸ лицима са инвалидитетом. У њему је констатовано да се дискриминација ових лица разликује од дискриминације неких других категорија, да

¹⁷ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, 139.

¹⁸ General Comment No.5, Persons with disabilities (11th session, 1994), UN Doc. E/1995/22, p.19.

се испољава у њиховој сегрегацији и изолацији, као и да се појављује у многим областима, нарочито у образовању, запошљавању, остваривању права на становање и коришћењу благодети научног напретка. Како би се остварило начело једнакости и недискриминације и отклониле последице раније и спречила будућа дискриминација, државе су обавезне да предузимају позитивне мере за побољшавање положаја ових лица. Кад је реч реч о Комитету за људска права, значајан је коментар који се односи се на забрану дискриминације лица са инвалидитетом у светлу одредбе о једнакости пред законом¹⁹. Том приликом Комитет се определио за шири приступ, према коме се ова забрана не односи само на права садржана у Пакту, већ подразумева општу једнакост пред законом и забрану сваке дискриминације.

У Европској конвенцији о људским правима нема изричите одредбе о посебној заштити лица са инвалидитетом. Од посредног значаја је одредба чл. 14. Конвенције о забрани дискриминације и *Протокол* бр. 12, који садржи општу забрану дискриминације²⁰, али се ни овде не помиње инвалидитет као посебан основ те забране. Једини изузетак представља чл. 5. Конвенције, који допушта да се душевно поремећено лице лиши слободе у складу са поступком који је прописан законом. Управо је наводно кршење те одредбе послужило као основ да појединци у неколико наврата затраже заштиту од Европског суда за људска права у Стразбуру.²¹ Ни Америчка конвенција о људским правима посебно не регулише положај лица са инвалидитетом.²² Међутим, Допунски протокол уз Америчку конвенцију из 1988.

¹⁹ *General Comment* No.18, *Non-Discrimination*, United Nations Official Records Supplement No.40, Doc.a/45/40, 173–175. Текстови свих коментара у *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc.HRI/GEN/1/Rev.6, 2003.

²⁰ Усвојен у Риму 4. новембра 2000. године, а ступио на снагу 2005. године.

²¹ Суд је стао на становиште да одлука о принудном смештају лица са менталним поремећајем не сме да буде самовољна, мада државне власти имају одређено дискреционо право. У најпознатијем случају (*Winterwerp v. The Netherlands*; пресуда од 24. октобра 1979. године; European Court of Human Rights, Serie A, 1979, 16–18). Суд је оценио да законито лишење слободе ових лица захтева испуњење три основна услова: да је засновано на објективном медицинском налазу о постојању менталне болести; да природа и степен поремећаја оправдавају принудни смештај; и да задржавање траје само док постоји ментални поремећај.

²² Упркос одсуству изричите одредбе, Интерамеричка комисија за људска права дала је допринос заштити особа са инвалидитетом доносећи неколико одлука поводом појединачних представки. У случају *Victor Rosario Congo v. Ecuador* Комисија је нашла да постоји кршење права на човечно поступање, оценивши да је повреда права на психички интегритет много озбиљнија у случају превентивног задржавања душевно оболелог лица. Године 2003. Комисија је по први пут одобрила привремене мере ради заштите живота, слободе и физичке и менталне сигурности 460 лица принудно смештених у психијатријској установи у Парагвају. Више о томе: L. Gostin, „International Human Rights Law and Mental Disability“, *Hastings Center Report*, March-April/2004, 11–12.

године (познат као Протокол из Сан Салвадора)²³ изричито се бави економским, социјалним и културним правима ових лица. Њима се признаје право на посебну пажњу и бригу у циљу највећег могућег развоја личности, док државе имају обавезу да спроведу мере које треба да олакшају њихову пуну интеграцију (чл.18). Афричка повеља о људским правима и правима народа за сада је једини регионални уговор општег типа који садржи изричиту одредбу о положају лица са инвалидитетом. У њој се каже да ове особе имају право на посебне мере заштите у складу са њиховим физичким и моралним потребама (чл.18, ст. 4). Конвенција о уклањању свих облика дискриминације жена не говори изричито о правима жена са инвалидитетом. Међутим, тумачења која је дао Комитет за уклањање свих облика дискриминације жена не остављају никакву сумњу у погледу њихове посебне заштите. У Општој препоруци бр. 18 констатује се да су жене са инвалидитетом изложене двострукој дискриминацији и да представљају посебно угрожену групу.²⁴ У другој општој препоруци, везаној за право на здравље жена које припадају рањивим и обесправљеним групама, Комитет је изричито поменуо жене са физичким и менталним инвалидитетом.²⁵

Неки новији уговори о правима одређених група или категорија људи имају одредбе о посебној заштити лица са инвалидитетом. Тако Конвенција о правима детета изричито наводи инвалидитет као један од посебних основа забране дискриминације (чл. 2). Конвенција посебно признаје право детета са менталним или физичким инвалидитетом да ужива пун и квалитетан живот у условима који обезбеђују достојанство, унапређују самопоштовање и олакшавају активно учење у заједници, као и право на посебну бригу.²⁶

У Европској социјалној повељи, која је усвојена под окриљем Савета Европе, налази се неколико одредаба значајних за положај лица са инвалидитетом. Повеља начелно признаје право хендикепираних лица на професионалну и техничку обуку, рехабилитацију и укључење у друштво (чл. 9). Посебном одредбом (чл. 15) предвиђено је да се лицима са инвалидитетом мора омогућити унапређење приступа запошљавању, тако што ће се послодавци охрабривати да их запосле и да прилагоде радне услове њиховим потребама или орга-

²³ Усвојен 17. новембра 1988, а ступио на снагу 1999. године. Текст на сајту: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>.

²⁴ General Recommendation 18, Disabled women (10th session, 1991), UN Doc. A/46/38, 1993, 3.

²⁵ Препорука бр. 24, Doc.HRI/GEN/1/Rev.7. Текст на сајту: www.ohchr.org.

²⁶ Државе имају обавезу да у складу са расположивим средствима обезбеде помоћ инвалидној деци и њиховим родитељима. Та помоћ, увек када је то могуће, треба да буде бесплатна и мора да омогући образовање, здравствену заштиту, рехабилитацију и припрему за запошљавање деце са инвалидитетом (чл. 23).

низовањем посебних врста запошљавања које су прилагођене степењу инвалидитета.²⁷

2.2. Посебни уговори о заштити лица са инвалидитетом

За сада постоје само три посебна уговора који се у потпуности односе на права лица са индвалитетом. У оквиру Међународне организације рада значајна је Конвенција о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом. Сврха Конвенције је да се тим особама омогући да осигурају или задрже одговарајуће запослење и да напредују у том запослењу, те да се тако помогне њихова интеграција у друштво (чл. 1). Конвенција полази од начела једнаких могућности и третмана, али предвиђа и предузимање позитивних мера у корист радника са инвалидитетом које се не сматрају дискриминацијом према другим радницима (чл. 3).²⁸

Регионални значај има Интерамеричка конвенција о уклањању свих облика дискриминације лица са инвалидитетом. Конвенција полази од ширег схватања по коме инвалидитет обухвата не само трајна, већ и привремена физичка, ментална и сензорна оштећења која ограничавају способност за обављање једне или више свакодневних животних активности од суштинског значаја (чл. I). Основни циљеви ове конвенције су спречавање и уклањање свих облика дискриминације лица са инвалидитетом и унапређење њихове пуне интеграције у друштво (чл. II).²⁹ Посебно је наглашена дужност држава да предупредe настанак свих облика инвалидитета, да раде на раном откривању, лечењу, рехабилитацији, образовању, обуци и подизању нивоа независности и квалитета живота особа са инвалидитетом и да путем образовних кампања подижу ниво свести о овим питањима (чл. III).

Интерамеричка конвенција је први међународни уговор који предвиђа формирање органа задуженог за међународни надзор у овој

²⁷ Ове мере могу у одређеним случајевима да обухвате посебан распоред и додатне службе за лица са инвалидитетом. Државе су обавезне да унапреде њихову пуну интеграцију и учешће у животу заједнице путем мера које имају за циљ да превазиђу препреке у споразумевању и покретљивости и да омогуће приступ транспорту, стамбеном смештају, културним активностима и разоноди.

²⁸ Државе имају обавезу да у складу са националним условима, праксом и могућностима, утврде, спроведу и периодично ревидирају националну политику о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са прописно признатим телесним или менталним оштећењем. Више о томе: Ј. Петровић, 297–400; Д. Татић, 206–208.

²⁹ У ту сврху државе су обавезне да предузимају различите мере законодавног, социјалног, образовног или другог карактера. Ове мере треба да прилагоде лицима са инвалидитетом нове зграде, возила и опрему, као и да уклоне могуће препреке у њиховом коришћењу, S. Marks, A. Clahpam, *International Human Rights Lexicon*, Oxford 2005, 118.

области. Тај задатак поверен је Комитету за уклањање свих облика дискриминације лица са инвалидитетом. У његову надлежност спада разматрање извештаја које подносе стране уговорнице. Комитет није овлашћен за међудржавне жалбе нити представке поднете од лица са инвалидитетом или њихових организација. После разматрања извештаја, комитет усваја закључке, примедбе и опште препоруке за постепено извршење Конвенције (чл. VI).

На универзалном плану недавно је усвојена Конвенција о правима лица са инвалидитетом. Она је резултат вишегодишњих преговора који су се одвијали под окриљем Организације уједињених нација.³⁰ Генерална скупштина је 2001. године посебном резолуцијом (56/168) образовала *ad hoc* Комитет, са задатком да размотри предлоге за свеобухватну и целовиту међународну конвенцију која треба да унапреди и заштити права и достојанство лица са инвалидитетом. После више заседања, Комитет је 5. децембра 2006. године усвојио коначни извештај, заједно са текстом конвенције и факултативног протокола. Конвенција о правима лица са инвалидитетом и Факултативни протокол уз ову конвенцију усвојени су консензусом у Генералној скупштини 13. децембра 2006. године.³¹

Ова конвенција је за сад најзначајнији и најпотпунији међународни уговор у коме је детаљно регулисана заштита лица са инвалидитетом. Зато се она може сматрати својеврсном међународном повељом о правима и положају ових лица. Оперативни део Конвенције обухвата четрдесетак чланова, који се могу поделити у две групе. Прву чине одредбе материјалне природе (чл. 4–30), којима су регулисана права лица са инвалидитетом. Овде спадају и одредбе које садрже обавезе страна уговорница у погледу заштите ових лица. У другој групи налазе се одредбе процесног карактера (чл. 33–39), посвећене механизму међународног надзора за праћење примене Конвенције. Завршне одредбе (чл. 41–50), односе се на депоновање,

³⁰ S. Chafin, „Challenging the United States Position on a United Nations Convention on Disability“, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 15, 1/2005–2006, 124–127; A.A. Dhir, „Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities“, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 41, 1/2005, 182–184; M. Jones, „Can International Law Improve Mental Health? Some Thoughts on the Proposed Convention on the Rights of People with Disabilities“, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 28, 1/2005, 183–205.

³¹ Конвенција још увек не представља правно обавезујући уговор на међународном плану. За то је неопходно да је прихвати најмање двадесет држава или регионалних организација за интеграцију (чл. 45). До сада су то учиниле само четири државе. Факултативни протокол усвојен истовремено са Конвенцијом представља посебан међународни уговор. Услов за његову примену је да га прихвати десет држава или регионалних интегративних организација, али је пре тога неопходно да и сама Конвенција ступи на снагу (чл. 13).

потписивање, ратификацију, приступање, формалну потврду и ступање на снагу Конвенције.

Највећи део Конвенције посвећен је уређењу положаја лица са инвалидитетом. За разлику од Интерамеричке конвенције, она усваја уже схватање, по коме инвалидитет обухвата само дуготрајна физичка, ментална, интелектуална или сензорна оштећења која у садејству са различитим препрекама могу отежати пуно и ефективно учешће ових особа у друштву на основу пуне једнакости са другима (чл. 1). У Конвенцији нису предвиђена нека нова и посебна права за лица са инвалидитетом. Она садржи сличан каталог људских права и слобода који постоји у другим међународним уговорима. Међутим, та права су доведена у везу и прилагођена потребама и положају лица са инвалидитетом. Конвенцијом су зајемчена углавном сва класична грађанска и политичка права (чл. 10–23. и 29). Кад је реч о економским, социјалним и културним правима, Конвенција посебно гарантује право на образовање, здравствену заштиту, хабилитацију и рехабилитацију, рад и запошљавање, одговарајући животни стандард и социјалну заштиту и учешће у културном и спортском животу, рекреацији и слободним активностима (чл. 24–28. и 30).

Систем надзора над спровођењем Конвенције потпунији је него у Интрамеричкој конвенцији. У његовом средишту налази се орган под називом Комитет за права лица са инвалидитетом. Као једини облик надзора Конвенција предвиђа разматрање извештаја које су државе уговорнице дужне да подносе Комитету о мерама предузетим ради остваривања права признатих Конвенцијом и напретку у уживању тих права. Комитет није овлашћен да прима представке и жалбе од појединаца или група лица која тврде да су жртве кршења неког од зајемчених права. Таква надлежност предвиђена је Факултативним протоколом уз ову конвенцију (чл.1–5). Поред тога, на основу Протокола је Комитету дато право да по службеној дужности испитује случајеве који указују на озбиљна или систематска кршења права из Конвенције у одређеној држави (чл.6–7).

Представку Комитету може поднети појединац или група лица, под условом да се налазе у надлежности (под јурисдикцијом) државе уговорнице у време наводног кршења права. Да би могла да буде узета у разматрање, представка мора да садржи пуно име и презиме подносиоца, тако да нису допуштене анонимне представке. Комитет неће прихватити представку која је неспојива са одредбама Конвенције или представља злоупотребу права. Представка не сме да се односи на питање које је Комитет већ разматрао или је предмет поступка разматрања, испитивања и решавања пред неким другим међународним телом. Неопходно је да су исцрпљени сви расположиви домаћи правни лекови, осим када је поступак по њима неоправдано продужен или је вероватно да они неће имати ефекта. Комитет неће

узети у разматрање представку која је очигледно неоснована или недовољно поткрепљена доказима. Последњи услов је да се повреда права на коју се односи представка догодила после ступања на снагу Факултативног протокола.

Када су ови услови испуњени, Комитет на поверљив начин доставља представку држави на одговор. Држава има рок од шест месеци, у коме треба да се изјасни о представци и да достави податке о расположивим правним лековима. Испитивање представке се завршава усвајањем мишљења које, заједно са препорукама уколико их има, Комитет доставља држави и подносиоцу представке. Препоруке нису обавезне, немају извршну снагу и за њихово непоштовање није предвиђена никаква санкција.

3. „МЕКО“ ПРАВО

Иако није правно обавезујуће, „меко“ право има значајан утицај на заштиту особа са инвалидитетом. Закључивању међународних уговора обично претходе неки инструменти овог права који служе као основа за њихову израду, а „меко“ право, такође, игра значајну улогу приликом тумачења међународних уговора. С друге стране, оно врши јак утицај и на израду националних закона, јер велики број држава тежи да стандарде „меког“ права угради у своје законодавство. Постоји чак и могућност да правила „меког“ права, уколико их прихвати велики број држава, прерасту у међународно обичајно право које ће обавезивати све државе које се не успротиве настанку таквог правила.

Као и међународни уговори, документи „меког“ права могу бити усвојени на универзалном и регионалном плану. Од универзалних су свакако најзначајнији документи ОУН-а, и то нарочито они које је усвојила Генерална скупштина или Економски и социјални савет. Друга врста докумената се доноси у оквиру различитих регионалних организација, услед чега су они бројнији и разноврснији. Посебно значајни за наше законодавство су европски документи усвојени у оквиру Савета Европе и Европске уније.

3.1. Документи Организације уједињених нација

Први у низу докумената Генералне скупштине посвећених заштити лица с инвалидитетом је *Декларација о правима ментално ретардираних особа* из 1971. године,³² која има ограничен домашај јер се односи само на један облик менталног инвалидитета. Упркос

³² Резолуција Генералне скупштине 2856 (XXVI) од 20. децембра 1971. године.

терминолошкој застарелости и данас напуштеном „медицинском приступу“ у регулисању права особа са инвалидитетом,³³ Декларација је дала значајан допринос уочавању проблема особа са менталним поремећајем и могућим начинима њиховог решавања.

Четири године касније, усвојена је *Декларација о правима инвалидних особа* (1975),³⁴ која у погледу грађанских и политичких права у потпуности изједначава инвалидне особе са свим другим људима, а код економских и социјалних права посебно истиче права која су значајна за развој способности и социјалну (ре)интеграцију инвалидних особа. У ту групу спадају право на медицински третман, медицинску и социјалну рехабилитацију, образовање, професионалну обуку, саветовање и помоћ при запошљавању (пар. 5. и 6). Ради што боље социјализације, ова лица имају право да живе у својим породицама, али се, када је то неопходно, могу сместити у специјализоване установе (пар. 9).

Најзначајнији резултат међународне године особа са инвалидитетом (1981), коју је прогласила Генерална скупштина, представља формулисање *Светског програма акције за инвалидне особе* (1982).³⁵ Програм садржи глобалну стратегију за унапређење превенције инвалидности, рехабилитације и изједначавање могућности, што све треба да допринесе учешћу инвалидних особа у друштвеном животу и националном развоју.

Принципи за заштиту особа са менталним обољењем и унапређење заштите менталног здравља из 1991. године³⁶ установљавају минималне стандарде који су искључиво намењени заштити ментално оболелих лица, наглашавајући да оне имају право на све

³³ „Медицински приступ“ (енгл. *medical approach*) особе са инвалидитетом примарно види као особе са здравственим проблемима, зависне од социјалног старања и са израженом потребом за посебним услугама и установама. Насупрот њему, постоји „социјални“ (енгл. *„social“*) или „приступ заснован на људским правима“ (енгл. *rights-based approach*), који полази од тога да препреке са којима се срећу особе са инвалидитетом нису својствене индивидуалним оштећењима ових особа, већ су социјално настале услед ограничења средине и односа према њима. Више о ова два приступа у регулисању заштите особа са инвалидитетом видети: А. А. Dhir, 191–196; В. Радоман: „Специфичности положаја особа са инвалидитетом и могућности психосоцијалне подршке“, у Ј. Тркуља (ур.), 23–24.

³⁴ Резолуција Генералне скупштине 3447 (XXX) од 9. децембра 1975. године. Декларација инвалидну особу дефинише као сваку особу која због урођеног или неког другог недостатка у физичким или менталним способностима није у стању да самостално обезбеди, у потпуности или делимично, потребе нормалног индивидуалног и/или друштвеног живота (пар. 1).

³⁵ Резолуција Генералне скупштине 37/52 од 3. децембра 1982. године. Датум усвајања овог документа сваке године се обележава као међународни дан особа са инвалидитетом.

³⁶ Резолуција Генералне скупштине 46/119 од 17. децембра 1991. године.

расположиве мере неге у погледу душевног здравља и право да се са њима поступа хумано, уз поштовање људског достојанства. Уз забрану сваког облика дискриминације, истакнуто је право ових особа на заштиту од економске, сексуалне и других врста експлоатације, физичке или друге злоупотребе и понижавајућих поступака (принцип 1). Посебно је предвиђено право особа са менталном болешћу да живе и раде у заједници, а уређена је и специјална заштита малолетника (принцип 2. и 3).

Остали принципи на конкретнији начин уређују заштиту лица са менталним обољењем. Међу њима су посебна важна правила о начину утврђивању постојања менталне болести (принцип 4), која теже да онемогуће проглашење неког лица болесним по основу политичког, економског или социјалног статуса, због припадности културној, расној или религијској групи, или његовог ранијег лечења.

Значајна пажња је посвећена лечењу ментално болесних лица (принцип 9. и 10) уз детаљно регулисање питања сагласности за подвргавање медицинском третману (принцип 11). Права пацијената који се налазе у установама за ментално здравље су посебно уређена, са интенцијом да животни услови у таквим установама буду што сличнији онима у којима се одвија нормалан живот (принцип 13. и 14). Посебан принцип (20) је посвећен ментално болесним лицима која издржављу казну или се налазе у притвору услед извршења кривичног дела, са захтевом да и њима мора бити пружена сва нега предвиђена у овом документу, осим изузетака који су нужни због околности њиховог случаја.

Овај документ је послужио неким међународним телима као ауторитативно тумачење општих уговора о људским правима,³⁷ а коришћен је и као оквир за усвајање прописа у многим земљама. Међутим, њему су упућене и значајне замерке које не потичу само из академских кругова.³⁸

Наредни документ Генералне скупштине који указује на проблеме лица са инвалидитетом и назначава правце и начине њиховог

³⁷ У Општем коментару бр. 5 Комитета за економска, социјална и културна права принцип 13(3) је употребљен за тумачење чл. 6–8. Пакта.

³⁸ У извештају генералног секретара УН је наведено да Принципи за заштиту у неким случајевима нуде мањи степен заштите од оне коју пружају постојећи уговори о људским правима. Као пример је наведено непостојање довољних гаранција приликом давања сагласности за принудни смештај пацијената у здравствене установе, в. *Progress of Efforts to Ensure the Full Recognition and Enjoyment of the Human Rights of Persons with Disabilities*, Report of Secretary-General, (2003), Doc. A/58/181. Своје неслагање са овим документом изразила је и врло утицајна међународна невладина организација која окупља бивше или садашње кориснике психијатријске неге, нарочито због недовољног уважавања практичних искустава приликом његове израде, в. A. A. Dhir, 189.

решавање јесу *Стандардна правила о изједначавању могућности особа са инвалидитетом* из 1993. године (у даљем тексту „Стандардна правила“).³⁹ Она су сачињена на основу искустава стечених током Декаде УН посвећене особама са инвалидитетом (1983–1992), и за разлику од ранијих документа, који су се углавном ослањали на медицински приступ, прихватају приступ заснован на људским правима.⁴⁰

Главни циљеви Стандардних правила јесу стварање једнаких могућности за особе са инвалидитетом и остваривање њиховог пуног учешћа у друштвеном животу. Она се састоје од увода, преамбуле, 22 правила (сврстана у три целине) и одредаба о надзорном механизму. У уводу се даје кратак осврт на проблем инвалидитета и покушаје њиховог решавања у УН и појашњење одређених термина (инвалидитет, хендикеп, превенција, рехабилитација и изједначавање могућности), док се у преамбули подсећа на раније усвојене документе и износе мотиви и циљеви за усвајање Стандардних правила.

Прва целина оперативног дела, („Предуслови једнаког учешћа“, правило 1–4), углавном обухвата правила о различитим облицима подршке особама са инвалидитетом, као што су медицинска нега, рехабилитација, услуге и опрема које треба да умање функционална ограничења и повећају самосталност особа са инвалидитетом.

Други део, који носи наслов „Циљне области једнаког учешћа“ (правило 5–12), можда је најважнији јер регулише начине на које државе треба да омогуће остваривање одређених права особа са инвалидитетом. У овом делу су наведне активности које треба спровести како би сва места и информације били доступни особама са инвалидитетом, као и начини за остваривање права у сфери образовања, запошљавања, социјалног осигурања, породичног живота, личног интегритета, културе, рекреације и спорта.

Трећи део, под насловом „Имплементационе мере“ (правило 13–22), садржи низ обавеза за државе које треба да доведу до што потпунијег остваривања права особа са инвалидитетом. Стандардна

³⁹ Резолуција Генералне скупштине 48/96 од 20. децембара 1993. године. Значајан подстицај усвајању Стандардних правила дала је Бечка декларација и програм акције усвојена на Светској конференцији о људским правима 1993. године. У њој је истакнуто „да су сва људска права и основне слободе универзалне и стога безусловно укључују особе са инвалидитетом“. У наставку декларације се каже „светска конференција о људским правима позива државе да, када је то неопходно, усвоје или прилагоде законе како би осигурале приступачност права на живот, благостање, образовање, рад, самостални живот и активно учешће у свим друштвеним аспектима и других права за особе са инвалидитетом; Vienna Declaration and Program of Action, U.N. Doc A/CONF.157/24, para. 63.

⁴⁰ M. Rioux, A. Carbert, „Human Rights and Disability: The International Context“, *Journal on Developmental Disabilities*, 2/2003, 5.

правила од држава траже да установе националне координационе комитете који треба да им служе као фокусирајућа тачка за сва питања инвалидности (правило 17).

У посебном, четвртм делу Стандардних правила, регулисан је надзорни механизам с циљем унапређења ефикасне имплементације правила садржаних у овом документу. За мониторинг ових правила је задужена Комисија за социјални развој,⁴¹ а предвиђено је и именовање специјалног известиоца за питања инвалидитета.⁴²

Поред Генералне скупштине, Економски и социјални савет УН је такође усвојио неколико резолуција у области заштите особа са инвалидитетом, међу којима се истичу: *Резолуција о изједначавању могућности инвалидних особа* (1990),⁴³ *Резолуција о развоју плана акције ради примене дугорочне стратегије за даљу имплементацију Светског програма акције за инвалидне особе* (1993),⁴⁴ *Резолуција о изједначавању могућности особа са инвалидитетом* (1997),⁴⁵ *Резолуција о деци са инвалидитетом* (1997),⁴⁶ *Резолуција о даљем унапређењу изједначавања могућности особа са инвалидитетом* (2000)⁴⁷ и *Резолуција о даљем унапређењу изједначавања могућности особа са инвалидитетом и заштити њихових права* (2002).⁴⁸

3.2. Документи Савета Европе

Паламентарна скупштина и Комитет министара Савета Европе (СЕ) усвојили су више докумената о заштити особа са инвалидитетом.

Препорука Парламентарне скупштине 818 из 1977. године је први значајан документ у овој области усвојен поводом честих угрожавања људских права ментално болесних лица.⁴⁹ Истичући да инва-

⁴¹ Комисија за социјални развој је једна од функционалних комисија Економског и социјалног савета УН, и чини је 46 чланова изабаних од овог органа. О Економском и социјалном савету и његовим комисијама. Б. Јанковић, З. Радивојевић, 197–199.

⁴² Специјалног известиоца бира Економски и социјални савет на период од три године. Извештај подноси годишњи извештај Комисији за социјални развој у коме су садржани налази о имплементацији Стандардних правила и препоруке за њихов будући развој.

⁴³ Резолуција Економског и социјалног савета 1990/26 од 24. маја 1990. године.

⁴⁴ Резолуција Економског и социјалног савета 1993/20 од 27. јула 1993. године.

⁴⁵ Резолуција Економског и социјалног савета 1997/19 од 21. јула 1997. године.

⁴⁶ Резолуција Економског и социјалног савета 1997/20 од 21. јула 1997. године.

⁴⁷ Резолуција Економског и социјалног савета 2000/10 од 27. јула 2000. године.

⁴⁸ Резолуција Економског и социјалног савета 2002/26 од 2. јула 2002. године.

⁴⁹ Препорука 818 (1977) о положају ментално болесних особа од 8. октобра 1977. године.

лидност спречава интеграцију особа у породични и друштвени живот, Парламентарна скупштина у *Препоруци 1185* из 1992. године позива државе да узму у обзир интересе и потребе особа са инвалидитетом и истинско остваривање грађанских, политичких, економских, социјалних и културних права како би се овим особама омогућило учешће у породичном и друштвеном животу.⁵⁰ У *Препоруци 1235* из 1994. године пажња се усмерава на обавезан пријем лица у установе за ментално здравље и третман у њима, онемогућавање злоупотреба приликом психијатријског лечења, као и психијатријско лечење лица лишених слободе.⁵¹

Комитет министара СЕ је усвојио две препоруке, од којих се једна односи на све особе са инвалидитетом, а друга само на особе са менталним поремећајем. *Препорука* из 1992. године апелује на државе да воде кохерентну и општу политику у корист особа са инвалидитетом или особа које су у опасности да то буду с циљем да: а) спрече или онемогуће инвалидност; б) гарантују њихово пуно и активно учешће у животу заједнице, и ц) пруже помоћ у вођењу самосталног живота.⁵² *Препорука* из 2004. године позива државе чланице да појачају заштиту достојанства, људских права и основних слобода особа са менталним поремећајем, нарочито оних које су изложене принудном смештају у установе за ментално здравље или лечењу противно својој вољи.⁵³

Комитет министара је 2006. године усвојио и *План акције Савета Европе за унапређење права и пуног учешћа особа са инвалидитетом: побољшање квалитета живота особа са инвалидитетом у Европи 2006–2015. године*⁵⁴ као стратешки документ организације у овој области. Према Плану, темељна обавеза друштва је да осигура особама да у најмање могућој мери осете последице свог инвалидитета. Ради остварења тог циља потребно је пружање квалитетних и иновираних услуга, као и јачање мера које се већ спроводе у складу са националним стратегијама и политикама с циљем побољшања квалитета живота особа са инвалидитетом. План акције нуди свеобухватни оквир, који је истовремено прилагодљив, како би могао задовољити специфичне услове појединих земаља.

⁵⁰ Препорука 1185 (1992) о рехабилитационој политици за инвалиде од 7. маја 1992. године.

⁵¹ Препорука 1235 (1994) о психијатрији и људским правима од 12. априла 1994. године.

⁵² Препорука Комитета министара *No. R (92) 6* државама чланицама о кохерентној политици према особама са инвалидитетом од 9. априла 1992. године.

⁵³ Препорука *No. Rec. (2004)10* о заштити људских права и достојанства особа са менталним поремећајем од 22. септембара 2004. године.

⁵⁴ Препорука Комитета министара *Rec. (2006)* од 5. априла 2006. године.

3.3. Документи Европске уније

Европска унија је проблем особа са инвалидитетом, углавном, сагледавала кроз акте који немају обавезну правну снагу.⁵⁵ До сада су Европски парламент⁵⁶ и Савет (министара)⁵⁷ усвојили већи број резолуција у којима се идентификују проблеми особа са инвалидитетом и позивају други органи ЕУ и државе чланице да предузму одговарајуће мере како би се ти проблеми отклонили или умањили.

Поред тога, Повеља о основним правима Европске уније из 2000. године,⁵⁸ као темељни документ у области људских права, на два места изричито помиње инвалидитет и права инвалидних лица. У одредби која забрањује дискриминацију по различитим основама, инвалидитет је наведен као посебан основ забране (чл. 21). С друге стране, посебном одредбом (чл. 26), предвиђено је право лица с инвалидитетом да користе бенефиције осмишљене да обезбеде њихову независност, друштвену и професионалну интеграцију и учешће у животу заједнице.

4. ЗАКЉУЧАК

Међународној заштити лица с инвалидитетом приступило се с извесним закашњењем у поређењу са другим угроженим групама.

⁵⁵ Једини изузетак представља *Директива 2000/78/ЕС*, која садржи одредбе о спречавању дискриминације приликом запошљавања по свим основима, укључујући и инвалидност; Директива Савета о успостављању општег оквира за једнаки третман у запошљавању и занимању од 27. новембра 2000. године; *Official Journal (OJ) L 303*, 02/12/2000, Р. 16.

⁵⁶ Европски парламент је до сада усвојио следеће документе: *Резолуцију о друштвеном положају хендикепираних жена и жена које брину о хендикепираним особама* од 26. маја 1989. године, *OJ C 0158*, 26/06/1989, Р. 383; *Резолуцију о правима ментално хендикепираних особа* од 16. септембра 1992. године, *OJ C 284*, 02/11/1992, Р. 49; *Резолуцију о људским правима инвалидних особа* од 14. децембра 1995. године, *OJ C 01*, 22/01/1996, Р. 196; *Резолуцију о угрожавању права на живот инвалидних особа* од 23. маја 1996. године, *OJ C 166*, 10/06/1996, Р. 205; *Резолуцију о правима инвалидних особа* од 13. децембра 1996. године, *OJ C 20*, 20/01/1997, Р. 389 и *Резолуцију о инвалидности и развоју* од 19. јануара 2006. године, *OJ C 287E*, 24/11/2006, Р. 336.

⁵⁷ Савет (министара) је усвојио 17. јуна 1999. године *Резолуцију о једнаким могућностима запошљавања особа са инвалидитетом*, *OJ C 186*, 02/07/1999, Р. 3 и *Резолуцију о подстицању запошљавања и социјалне интеграције особа са инвалидитетом* од 15. јула 2006. године, *OJ C 175*, 24/07/2003, Р. 2.

⁵⁸ По својој природи, Повеља је заједнички политички акт три главна органа ЕУ (Европског парламента, Комисије и Европског савета) и представља само свечану изјаву о схватању и тумачењу основних људских права. Када буде укључена у уставни акт Европске уније, њене одредбе постаће правно обавезне за државе чланице.

Међународно право дуго није препознавало потребу и значај посебне заштите ових лица. Сматрало се да су постојећи уговори о људским правима довољно широки да могу пружити одговарајућу заштиту свим појединцима без икаквог разликовања. Први важан пробој у правцу заштите ових лица остварен је на терену „меког“ права, када се почетком седамдесетих година усваја неколико значајних докумената о особама са инвалидитетом. Под снажним утицајем „меког“ права, у последњим деценијама прошлог века закључују се први међународни уговори који садрже изричите одредбе о правима и заштити лица са инвалидитетом. Највећи искорак у тој заштити свакако представља усвајање Конвенције УН о правима особа с инвалидитетом. Она не само да поставља минимални стандард права ових лица који државе уговорнице морају поштовати, већ предвиђа и систем надзора над њиховим понашањем. Како су до сада Конвенцију ратификовале само четири државе, неизвесно је када ће ступити на снагу и колико ће држава бити спремно да се њоме обавезе. У очекивању почетка примене Конвенције, документи „меког“ права остаће и даље на међународном плану главни регулатор посебне заштите лица са инвалидитетом.

Zoran Radivojević

Full Professor

University of Niš Faculty of Law

Nebojša Raičević

Assistant

University of Niš Faculty of Law

PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The protection of persons with disabilities in international law is regulated both by international treaties that comprise mandatory legal provisions, and by the „soft“ law which includes international documents that are not legally binding. Most of the human rights treaties do not explicitly deal with the status of persons with disabilities, but they guarantee the protection to all persons, without any distinction among them. Several treaties specifically pertaining to the protection of persons with disabilities have only recently been adopted. The most significant

treaty of this kind is the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted in 2006. At any rate, the „soft law“ enacted by the United Nations, the Council of Europe and the European Union regulates the protection of persons with disabilities in a more commendable and comprehensive way.

Key words: *Disability. – Human Rights. – International Protection. – International Treaty. – „Soft“ Law.*

Др Мирослав Милошевић,
ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМИ АГРАРНОГ ЗАКОНА ИЗ 111. ГОДИНЕ П. Х.*

Lex agraria из 111. године п. Х. је један од најстаријих римских правних споменика сачуваних у оригиналном облику. Иако је био предмет бројних истраживања, до данас су остали спорни многи аспекти његовог садржаја, као и његово место у развоју аграарних односа током римске републике. Аутор приказује досадашњи ток истраживања, основне спорне моменте у вези са законом и износи запажања о структури документа која могу да имају утицаја на његово тумачење.

Кључне речи: *Lex agraria*. – Аграрни закон. – *Ager privatus*. – *Dominium*. – Тиберије и Гај Грах.

Једна бронзана плоча, откривена у деловима вероватно још у средњем веку и већ у доба ренесансе сматрана значајним сведочанством о римском праву периода републике, до данас је остала предмет научног интересовања. На предњој страни плоче брижљиво је исписан закон о изнуђивању (*lex repetundarum*), а на другој, много немарније, текст закона посвећеног аграрним односима. Сачувани делови плоче представљају мање од половине оригиналне целине, а у оба текста недостају делови из којих би се могло утврдити ко су били предлагачи закона и када су изгласани. Ипак, остало је довољно података да се закони прецизно датирају: данас није спорно да закон о аграрним односима (*lex agraria*) потиче из 111. године пре Христа. У недостатку сагласности око могућег предлагача, обично се означава према години доношења, или као „епиграфски аграрни закон“ (*lex agraria epigraphica*).¹

* Рад је настао у оквиру научног пројекта Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ C. I. L. 12, 200, 585; Bruns, *Fontes I* (1909), 73.

Закон би имао изузетну документарну вредност већ и због чињенице да је најобимнији и најпотпунији аутентични извор података о правном уређењу земљишних односа у доба републике. Посебну пажњу истраживача је, међутим, привукла околност да он је повезан с једном од најважнијих епизода у њиховом развоју, реформама браће Грах. Ипак, непостојање већег дела текста закона ствара велике тешкоће у његовој интерпретацији и отвара бројне могућности за различита виђења закона у оба поменута смисла.

I

Подаци о аграрном покрету Граха у литерарним изворима су оскудни, нарочито када је реч о правној димензији реформе, а, поред тога, и њихова објективност је начелно сумњива: ниједан антички писац није покушао да непристрасно и целовито прикаже Тиберијев *lex Sempronia agraria* из 133. године п. Х., његову обнову од млађег брата и делатност комисије која је реформу спроводила у дело. Најпоузданији изгледа Апијанов навод да је Тиберије Грах „... обновио стари закон да нико не може поседовати више од петсто југера; старом закону додаје и то да синови породице могу имати и половину ове мере, а остало да сиромасима разделе изабрани тријумвири...“² Реформа је, поред снабдевања сиромашних грађана имањима, изгледа имала за циљ и ликвидацију до тада доминантног система окупације државне земље и правну стабилизацију поседа у дозвољеним границама. Још је мање података о аграрном закону Гаја Граха, који је – што се види из епиграфског закона – несумњиво постојао. Ипак, истраживачи су углавном сагласни да је он само обновио закон старијег брата и наставио реформу која је, због реакције нобилитета, била десетак година у застоју.

Покрет браће Грах је окончан насилном Гајевом смрћу 121. године, а подаци о судбини аграрне реформе у наредним годинама су фрагментарни као и они који им претходе. Епиграфски аграрни закон, донет десет година касније, има своје место у тим збивањима и по природи ствари би био најзначајнији документ о њима. Али, он је непотпун и подложен различитим тумачењима, која траже упориште у другим изворима и настоје да га сместе у оквире неког целовитог погледа на „постграхански период“.

Апијан даје сумаран синтетички преглед догађаја значајних за судбину аграрне реформе: „Тако се свршила буна млађег Граха. Немного касније, би потврђен закон да власници могу продати земљу

² Appian. b. c. 1. 9. „Стари закон“ је по традицији *lex Licinia Sextia* из 367. год. п. Х.

око које се водио спор... Сиромасима је било још теже него раније, све док народни трибун Спурије Борије није донео закон да се земља више не дели већ да остане поседницима, под условом да плаћају порез народу, и тај новац да се дели појединцима... други народни трибун, не много касније, укину и порез... народ би лишен и прихода са земље и дељења хране и доношења закона, и то једва петнаест година после Граховог законодавства.³

У области аграрних односа, према овом наводу, покрет Граха окончан је доношењем три закона: једним је укинута првобитна забрана отуђивања парцела које су додељене сиромашним грађанима, другим је, како се може закључити, забрањено даље одузимање земље велепоседницима ради поделе сиромашнима, а уместо тога су били обавезни да плаћају вектигал; најзад, трећим законом је укинута ова обавеза. Слика, међутим, постаје компликованија када се узму у обзир и два Цицеронова податка о извесном *lex Thoria*, за које велика већина истраживача сматра да се морају односити на неки од ова три закона. То је најпре једна анегдота, коју је Цицерон унео у расправу *О говорнику*: „Али ништа не засмејава као оно што је неочекивано; за то има безброј примера, као онај старијег Апија који у сенату – када се расправљало о државној земљи и о Торијевом закону, и када је Лукул био нападан од оних који су говорили да је његова стока попасла државну земљу – рече: ‘Она стока није Лукулова, грешите’ – чинило се да брани Лукула – ‘ја мислим да је слободна: пасе где хоће’.”⁴ Садржајнија је, и много чешће анализирана, кратка белешка о Спурију Торију из *Брута* (36, 136): *Sp. Thorius satis valuit in populari genere dicendi, is qui agrum publicum vitiosa et inutili lege vectigali levavit*. Утврђивање правога значења ове реченице постало је основ за критику Апијановог текста, и код неких аутора пресудно за оријентацију у тумачењу епиграфског аграрног закона.

II

Готово сви аналитичари закона из 111. године п. Х. сматрају да он мора бити један од три закона које помиње Апијан: отуда тумачење ових литерарних извора треба да допринесе осветљавању места епиграфског закона у контексту судбине аграрне реформе и, уопште, у развоју римског земљишног режима. За Апијанов списак, Цицеронову напомену из *Брута* и сачувани текст на бронзи заједничко је, осим епохе на коју се односе, помињање вектигала: Апијанов други закон га уводи, а трећи укида; Цицеронов Торије га је, зависно од

³ *Ibid.* 1. 27.

⁴ *Cic. de or.* 2. 70. 284.

тумачења, увео или укинуо; најзад, *lex agraria* у 19. и 20. реду садржи одредбу о вектигалу, али стање текста не дозвољава да се утврди како је ово питање уређено.

Најважније би, свакако, било утврдити како је гласила одредба о вектигалу у епиграфском закону: ако је он овде уведен или потврђен, онда је *lex agraria* други Апијанов закон и представља само прелазну фазу у изградњи класичног земљишног режима; уколико је њиме вектигал укинут, он је идентичан трећем Апијановом закону и, по свему судећи, камен темељац класичног правног уређења аграрних односа на тлу Италије. Тиме би он као извор података за данашња истраживања римског права био далеко важнији него у првој варијанти.⁵ Идентификација Цицероновог *lex Thoria* би, у том случају, решавала само проблем ауторства закона, што је од другостепеног значаја: али, будући да је сачувани епиграфски текст нејасан у погледу вектигала, од тумачења Цицеронових навода су се очекивале додатне индикације и на овом плану, нарочито због могућности да се иза Апијановог Спурија Борија крије погрешно именовани Цицеронов Спурије Торије.

Цицеронова белешка из *Брута* је у току ових анализа добила чак четири различите интерпретације. Према првој од њих, чији је аутор Момсен, реченица значи да је „Спурије Торије вектигалом ослободио *ager publicus* рђавог и некорисног закона.“ Иако граматички није идеално, ово тумачење, по мишљењу аутора, дозвољава да се (иначе непознати) Апијанов Борије идентификује као Торије: поред тога, за Цицерона је „рђав и некористан“ могао да буде само закон браће Грах, практично укинут другим (Боријевим) законом из Апијановог саопштења.⁶ Друго тумачење такође изједначава ова два закона, али Цицероновој реченици приписује другачији смисао: „Спурије Торије је ослободио *ager publicus* рђавим и бескорисним законом о вектигалу.“ У овој варијанти, дакле, сам *lex Thoria (Boria)* од Цицерона добија неповољну оцену, јер спасава државну земљу на правно неспретан начин.⁷ Али, аутори који прихватају једну од ових интерпретација, чак и независно од тога коју, нуде два различита „коначна

⁵ Ретка су мишљења да одредба о вектигалу нема одлучујући значај за стављање епиграфског закона у контекст Апијановог излагања: Гелцер, на пример, сматра да би за то било неопходно прецизно утврђивање природе вектигала који помињу један и други извор, као и на које категорије земљишта се примењивао (M. Gelzer, „J. Carcopino, Autour des Gracques“/rec./, *Gnomon* 5/1929, 658).

⁶ Th. Mommsen, „Lex agraria“, *Gesammelte Schriften* I, 70; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III², Napoli 1973, 29.

⁷ Тј. уводећи нову и нелогичну категорију земљишта, *ager privatus vectigalisque* (тако Каркопино, у G. Bloch et J. Carcopino, *Histoire romaine* II, sect. I, Paris 1929, 293; Упор. M. Gelzer, 659 и A. Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Torino 1952, 98).

решења“ – наведено Момсеново и друго, по којем је *lex agraria* други Апијанов закон, односно *lex Thoria*, док би трећи био неки непознати закон, вероватно из 109. год. п. Х.⁸

Друга два тумачења Цицероновог податка воде закључку да је *lex Thoria* трећи Апијанов закон и тиме имплицирају грешку у Апијановом навођењу ауторства (уколико се остане при уверењу да *Borius* није постојао и да треба уместо тога читати *Thorius*).⁹ Граматички прихватљивијим већина аутора сматра превод по којем је „Спурије Торије рђавим и бескорисним законом ослободио *ager publicus* од вектигала,“ али истим консеквенцама води и варијанта да је „ослободио *ager publicus* рђавог и бескорисног закона о вектигалу.“¹⁰ Али, ако се и усвоји да је *lex Thoria* трећи, а не други закон после Гаја Граха, тиме није решено питање ауторства епиграфског закона.¹¹

⁸ Момсена подржавају М. Weber, *Die römische Agrargeschichte*, Stuttgart 1891, 132 фн. 4; Е. Kornemann, *Zur Geschichte der Gracchenzeit*, Leipzig 1903, 52; Vančura, „Leges agrariae“, *Paulys Real-Encyclopädie d. klass. Wissenschaften (RE)*, XII, 1 (1924), 1177; F. Bozza, *La possessio dell'ager publicus*, I, Milano 1939, 33; A. Burdese, 97. За друго схватање в. Teruzzi, „Studi sulla legislazione agraria romana“, *Archivio giuridico „F. Serafini“*, 97/1927, 27 и даље; J. Carcopino, *Autour des Gracques*, Paris 1928, 229 (в. и G. Bloch et J. Carcopino, 292 и даље); Gelzer, 659; F. De Martino, 10 и 29. Последња три аутора у трећем Апијановом закону препознају *lex Mamilia etc.*, који често помињу списи агримензора и једном Цицерон (*de leg. 1. 21. 55*). Овај закон, раније редовно датиран у време Цицерона или чак Калигуле, Е. Fabricius („Limitatio“, *RE*, XII, 1, 679) је ставио у 109. год. п. Х., али не доводећи га у везу са Апијановим законима. Сачувани фрагменти *lex Mamilia* (Bruns, I, 95) имају сасвим технички карактер и тешко их је довести у везу са политичким законодавством из временас после Граха или са епиграфским текстом, било Фабрицијусово датирање тачно или не.

⁹ Д. А. Кирюшов („Аграрный закон 111 г. до н.э. и римская собственность на землю“, *Мнемон* 4/2005, 249 и даље) сматра прихватљивим да Апијан није погрешно и да је реч о различитим лицима...

¹⁰ O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1885, 434; E. Beaudouin, „La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de la propriété, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 17/1893, 671 фн. 1; R. Mashke, *Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze*, Tübingen 1906, 86; L. Zancan, *Ager publicus*, Padova 1935, 66; E. D'Arms, „The Date and Nature of the *lex Thoria*“, *American Journal of Philology (AJP)*, 56/1935, 237.

¹¹ Аутори наведени у претходној фусноти, међутим, сматрају да је тиме *lex agraria* коначно стекао право на име *lex Thoria*; то је, уосталом, било доминантно уверење пре Момсеновог коментара, а касније су га подржали и М. Kaser, „Die Typen der römischen Bodenrechte“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. rom. Abt. (ZSS)* 62/1942, 16, F. T. Hinrichs, „Die *lex agraria* des Jahres 111. v. Chr.“, *ZSS* 83/1966, 253 фн. 2 и др. Дармс, међутим, на основу анализе унутрашње хронологије Цицероновог *Брута*, долази до необичног закључка да ни епиграфски закон ни *lex Thoria* немају везе са Апијановим законима, нити један са другим (Е. D'Arms, 245; али А. E. Douglas, „The Legislation of Spurius Thorius“, *AJP* 77/1956, 376 и даље, користећи сличан поступак, изједначава *lex agraria*, *lex Thoria* и трећи Апијанов закон).

Значајну улогу у овим разматрањима поједини аутори су дали податку с краја Апијановог фрагмента, да је народ све изгубио „једва петнаест година после Граховог законодавства.“ Пре тога, он каже да је први закон донет „не много касније“ од смрти Гаја Граха, а други „не много касније“ од првог. Ако би се рачунало петнаест година од закона Гаја Граха, била би реч о 109–108. години пре Христа, што би био веома солидан аргумент за изједначење *lex agraria* с другим законом. Али, Апијан нигде не помиње било какав Гајев аграрни закон, па зато већина аутора петнаестогодишњи период рачуна од Тиберијевог закона из 133. године, и долази до закључка да је Апијан реформи сматрао окончаном после другог закона о којем говори, око 119–118. године. Али, сам Апијан констатацију да је народ све изгубио износи после навођења трећег закона, тако да је у целини овај хронолошки податак мало употребљив.¹²

Исцрпна дугогодишња расправа показала је, нажалост, да се филолошким анализама и логичким усаглашавањем литетарних података не може убедљиво реконструисати развој догађаја у „постграханском периоду:“ још мање се тиме решава питање ауторства епиграфског закона и његовог места у развоју римске аграрне организације.¹³ Одговоре на сва важна питања о овом документу треба, према томе, тражити у њему самом.

III

Као што је поменуто, закон је исписан неубичајено немарно: у тексту не постоје никакве ознаке целина или наслови одредби. Зато се наводе на једини могући начин – по редовима. Текст *lex agraria* се може поделити на три основне, по обиму неједнаке целине: од укупно сто пет редова, нешто више од четрдесет односи се на државну земљу у Италији, даљих педесет на земљишта у Африци, а остатак на земљиште добијено освајањем Коринта. Било да се закон посматра као документ о покрету Граха или као извор података о развоју аграрних установа, први део је неупоредиво значајнији него остатак текста; штавише, расправе су углавном концентрисане на првих двадесетак редова, у којима се уређују проблеми настали током спровођења аграрне реформе. Предмет овог дела закона одређен је опш-

¹² Неки аутори, на пример, сматрају да „петнаест година“ треба рачунати од престанка рада аграрне комисије, који стављају у 114. (E. Kornemann, 52) или у 112. год. п. Х. (M. O. D. Caspari, „On Some Problems of Roman Agrarian History“, *Klio* 13/1913, 192).

¹³ Ово констатују L. Zancan, 62 и F. De Martino, 12 и 16, али ипак не одустају од таквих анализа. Они су, поред тога, довели у питање и смисао наизглед једнос-тавних и јасних Апијанових навода о три закона (слично и J. Carcopino, 264).

том формулом која се понавља на почетку већег броја одредаба: „Земљиште које је у Италији било државно у време конзула Публија Муција и Луција Калпурнија, осим оног земљишта које је законом Гаја Граха изузето и сачувано од поделе.“ Реч је, дакле, о земљиштима на којима је вршена аграрна реформа, које је било *ager publicus* 133. године п. Х. и које не спада у ону категорију (или категорије) земљишта које је држава намеравала да настави непосредно да искоришћава у фискалне сврхе.¹⁴ Према реконструкцији Теодора Момсена, на коју се ослањају готово сви каснији истраживачи, овај део закона садржи следеће одредбе: готово сасвим уништеноу *praescriptio* (први ред), набрајање земљишта која имају (или добијају) статус приватних (2–7. ред), о правном режиму ових земљишта (8–10. ред), о неколико специјалних случајева (11–15. ред), о потврди државине за власнике приватних земљишта (15–17. ред), о враћању државине изгубљене *vi, clam* или *precario* (18. ред), о вектигалу за приватна земљишта (19–20. ред) и о парцелама које су дате у замену за имања одузета при спровођењу реформе (20–24. ред).

Према томе, за оцену односа *lex agraria* према аграрној реформи и њеним резултатима најважнији је сам почетак текста. У том делу Момсен препознаје следеће категорије земљишта: 1) поседе која је Грахова комисија оставила дотадашњим неформалним окупантима (*veteres possessores*) у оквиру допуштеног максимума од 500–1000 југера;¹⁵ 2) парцеле асигниране колонистима Гаја Граха;¹⁶ 3) земљу дату у замену за ону која је одузета при колонизацији;¹⁷ 4) парцеле асигниране *viritim*, тј. без оснивања колонија, што је и био главни потез Тиберијеве реформе.¹⁸ У даљем тексту, до десетог реда, изложени су елементи јединственог правног режима који се примењује на све наведене категорије. Почетак ове одредбе проглашава правни статус свих наведених категорија: „Свако горе наведено земљиште, парцела и зграда.... тако, како осталих приватних парцела, земљишта и зграда нека буде; и цензор који год буде нека учини да ово земљиште, парцела и зграда који по... и нека нико не учини да, чије оно земљиште, парцела и зграда по закону или плебисциту

¹⁴ У литератури углавном постоји сагласност да се овде мисли на *ager Campanus*.

¹⁵ Сачувани текст (2. ред), са неспорним допунама, гласи ... *quem quisque... vetus possessor sibi agrum locum sumpsit reliquit, quod non modus maior siet, quam quantum unum hominem ex lege plebeive sc. sibi sumere relinquere licuit*.

¹⁶ 3. ред: *quem agrum locum quoieique de eo agro loco ex lege plebeive sc. Illvir sortito ceivi Romano dedit adsignavit, quod nom in eo agro loco est, quod ultr...*

¹⁷ 4. ред, сачувано је само ...*redditus est*.

¹⁸ 5. ред: ... *quod eius quisque agrei loci publici in terra Italia, quod eius extra urbem Romam est, quod eius in urbe oppido vico est, quod eius Illvir dedit adsignavit, quod*.

треба или ће требати да буде... нека не доноси одлуку да неко од оних чије земљиште, парцела и зграда треба да буде по закону или плебисциту...“¹⁹

Ова одредба ствара извесне тешкоће за Момсенову реконструкцију. Он је сматрао да се њом земљишта која су додељивали Граси проглашавају приватним, јер су до тада била *ager publicus* (будући оптерећена вектигалом и забраном отуђења). Али, у 20. реду се помиње земља „приватна по закону или плебисциту, или по овом закону“ (*ex lege plebeive scito exve hac lege privatum factum est eritve*), што значи да су нека земљишта већ по *lex Sempronia* (Тиберијевом или Гајевом) добила приватни карактер, и то из ове групе, јер су сва каснија приватна *ex hac lege*.²⁰ С обзиром на то, намеће се закључак да треба изједначити *ager quei ex lege plebeive scito privatus factus est eritve* из 20. реда и *quoius eum agrum... ex lege plebeive scito esse oportet oportebitve* из 9–10. реда; из тога следи да су све наведене категорије биле приватне већ по *lex Sempronia*, и да у погледу њих *lex agraria* прописује (у 8–10. реду) само јединствени правни режим.²¹

Ово би било у складу са сугестијом литерарних извора, да је *lex Sempronia* имала за циљ стабилизацију свих поседа обухваћених аграрном реформом. Али, због тога се јавља друга тешкоћа за Момсенову реконструкцију. Немогуће је претпоставити да је до 111. године п. Х. реформа у целини спроведена, и да није више било старих поседа већих од законског максимума: томе се противе извори,²² а и општи ток борбе око реформе. Било да је једнак другом или трећем Апијановом закону, или различит од оба, *lex agraria* би морао да има неку одредбу о земљиштима која су остала *ager occupatorius*. Момсен их у закону не налази међу *agri privati*, а закон у 25. реду предвиђа да сва државна земља која преостане после његовог ступања на снагу (*post h. l. rog.*) добија својство јавних пашњака, које нико не може да заузме. У закону се, дакле, мора налазити одредба којом се стари поседи проглашавају приватним, јер су оба преостала решења – да их није ни било, или да су конфисковани и преворени у пашњаке – тешко замислива.

¹⁹ *Ager locus aedificium omnis quei supra scriptu[s] est... ita, ut ei ceterorum locorum agrorum aedificiorum privatorum est, esto; censorque queicomque erit fa[c]ito, ut ei is ager locus aedificium, quei e est; neve quis facito, quo, quoius eum agrum locum aedificium possessionem ex lege plebeive scit[fo] ess[se] oportet oportebitve, eum agrum ... eive quis de ea re ad senatum referto... sententiam deicito neve fert, quo quis eorum, quoium eum agrum locum aedificium posse[sio]nem ex lege plebeive scito esse oportet ...*

²⁰ В. 11–13, 13–14. и 20–23. ред.

²¹ До овог закључка дошао је L. Zancan, 80 и даље, а подржао га је M. Kaser, 151, који посебно наглашава сличност израза *quoius esse* и *meum esse* из цивилних формула.

²² По Апијану, други закон је забранио нове поделе земље, и тиме обуставио одузимање старих поседа.

Прихватљиво решење је да се овакви поседи препознају у првој нормативној одредби закона: изрази који су овде употребљени указују на то да су они настали једностраним фактичким актом (*quiet agrum locum vetus possessor sibi sumpsit reliquitve*), а и природно је да закон најпре уреди питања која су остала нерешена ранијим законом, на који се позива и чија решења потврђује.²³

Тиме, међутим, постаје неизвесно у којој одредби закона се помињу *possessiones* које су на основу *lex Sempronia* актом аграрне комисије сведене на максимум од 500–1000 југера и проглашене приватним. Казер и Бурдесе сматрају да су и оне имале своје место у оквиру одредби из 2–7. реда, али одустају од њиховог тачног лоцирања. Питање није од пресудног значаја, јер није спорно да су оваква имања постојала и да им је правни режим морао бити уједначен са осталим приватним земљиштима. Ипак, за боље разумевање структуре закона, а и за правну анализу његових ефеката, корисно је да се њихово место у тексту прецизно одреди. У том погледу индиције даје одредба о посебној заштити приватних земљишта, која заузима 15, 16. и 17. ред. Ту се најпре помињу парцеле асигниране коцком (*eius agri Illvir a. d. a. ex lege plebeive scito sortito quoi ceivi Roma...*), затим поседи асигнирани „старим поседницима“ (*quod eius agri Illvir a. d. a. veteri possessori prove vetere possessore dedit adsignavit reddidit*) и нека земљишта која се не могу идентификовати, али су свакако асигнирана (помиње се тријумвир). Распоред одредби у 3, 4. и 5. реду је сасвим сличан: најпре парцеле асигниране коцком, затим текст од којег је сачувано само (*red*)ditus est и најзад поново асигнирана земљишта. Ова правилност није промакла Момсену, јер је њу имао на уму када је допуњавао оштећене делове 15, 16. и 17. реда: трећи ред је усклађен са петнаестим, пети са 16–17, а једино у четвртном реду реконструише *a Illviro datus commutatus redditus*, док на одговарајућем месту у одредби о заштити стоји *veteri possessori datus adsignatus redditus*. При том и сам констатује да је такав четврти ред непотребна антиципација 20–23. реда.

Зато је вероватније да се у четвртном реду налазила одредба о поседима које је старим окупантима доделила аграрна комисија на основу закона браће Грах, пошто их је свела на дозвољени лимит од 500–1000 југера. На тај начин, трећи, четврти и пети ред епиграфског закона излажу целокупне ефекте аграрне реформе, а претходи им други ред који окончава „незавршени посао“. Од значајнијих питања, остаје неразјашњено само која одредба закона уређује положај сиромашних асигнатара, у чијем интересу је реформа и покренута. Момсен их је сместио у пети ред, уз редуковане *possessiones*, јер је сматрао да трећи, у којем се помиње додела парцела коцком, има у

²³ М. Kaser, 11 фн. 2 и А. Burdese, 88, који предлаже и убедљива објашњења изрази *prove vetere possessore* и *sumpsit reliquitve*.

виду само асигнације у колонијама. Али, ово решење је само последица његовог строгог разликовања колонијалних и „обичних“ асигнација, које није неспорно у науци: вероватније је да се у трећем реду – првом, када је реч о одредбама *lex agraria* које потврђују резултате реформе – говори о њеном најважнијем резултату.²⁴

IV

Уз наведене корекције долази се до следеће реконструкције садржаја оног дела епиграфског законкоји се односи на реформе браће Грах:

1. *Praescriptio* (први ред);

2. Окупирана земљишта не која је требало да се примени *lex Sempronia*, али која аграрна комисија (*Illviri*) није до 111. год. п. Х. узела у разматрање, постају *ager privatus* под истим условима као и велепоседи које је комисија ускладила са законом (2. ред);

3. Резултати рада аграрне комисије – парцеле асигниране сиромашним грађанима, на одузетим деловима велепоседа и у колонијама Гаја Граха (3. ред), велепоседи редуковани у оквиру дозвољеног максимума и враћени држаоцима као *ager privatus* (4. ред) и земљишта асигнирана изван Рима (?), чији карактер се не може утврдити (можда парцеле додељене или враћене ситним поседницима чија имања су стицајем околности укључена у активност комисије – 5. ред);

4. Одредбе којима се потврђује и прецизира правни режим свих наведених земљишта. Она су *ager privatus*, налаже се њихов упис у ценз, наводи се аналитичка формула садржине права које припада концесионару (*uti, frui, habere, possidere*) и забрањује се евентуална промена овог режима (6–10. ред; могуће је, како претпоставља Момсен, да је укључена и одредба о слободном промету ових земљишта;

5. Потврда дотадашњег режима парцела додељених лицима која одржавају путеве (*viasii vicani*, 11–13. ред); признање приватног карактера окупационим поседима до 30 југера који су формирани пре доношења овог закона (13–14. ред); одредба о пашњацима приступачним ограниченом кругу лица (*agri compascui*, 14–15. ред);

6. Посебна заштита поседа формираних делатношћу аграрне комисије (15–17– ред);

7. Одредба о враћању државине ималаца тих поседа (18. ред);

8. Одредба о вектигалу, нејасног садржаја (19–20. ред);

²⁴ В. F. T. Hinrichs, 260 и даље.

9. Уређење правног положаја земљишта замењених приликом оснивања колонија (20–24. ред);

10. Проглашење свих земљишта, која и после овог закона остану *ager publicus*, јавним пашњаком чија је окупација забрањена (24–25. ред).

Велики број детаља, па и таквих који би могли битно да утичу на разумевање текста закона, остаје и даље неизванстан. При томе није једини проблем физичко стање документа, већ и законска терминологија: често делови текста, око чије реконструкције је постигнута сагласност, изазивају спорове везане за интерпретацију. Закон није само основни извор података о судбини реформе браће Грах – он је најважније сведочанство о правним механизмима реформе, о променама које је донела римским схватањима аграрног уређења, о реакцији на реформу и, најзад, о земљишном праву свог времена у целини. Истраживачи који су се бавили једним од ових питања нису могли да избегну остала, и због тога се савремено стање изучавања закона своди на непрегледни низ испреплетаних суптилних хипотеза.

V

Најмање спорни могли би да буду закључци о односу закона према делатности браће Грах. У њему нема ни једне одредбе која укида или мења било који до тада постигнути резултат реформе. Проглашавајући поседе који не прелазе законску површину од 500–1000 југера приватним, он наставља, бар формално, политику коју су заступали Граси. Из његовог целокупног садржаја, међутим, несумњиво произлази намера да се стави тачка на радикалне промене које су му претходиле. Тиме што је, по свему судећи, ослободио ситне концесионаре ограничења у располагању стеченим парцелама, закон је ишао у сусрет потребама тржишне привреде која је постајала доминантно обележје епохе; али, истовремено је отварао врата накнадној, неосетној ликвидацији ситног поседа и формирању латифундија.

Да ли изложени садржај закона указује на његово место у низу закона који су уследили после смрти Гаја Граха? Основни утисак је да његова комплексност и свеобухватност превазилазе једноставна решења о којима нас обавештава Апијан. Свакако, у тренутку када је донет, могла је да привуче пажњу само једна одређена одредба: чињеница је да закон највећим делом потврђује и реализује раније мере. Посматран на тај начин могао би да одговара било којем од три поменута закона. Одобрење располагања асигнираним парцелама је вероватно, а одредбу о вектигалу сигурно садржао, али се њен смисао не може утврдити.

Неки аналитичари су, међутим, сматрали да је то могуће учинити посредно, анализом правног режима земљишта која закон уређује и његовим стављањем у контекст познатих особина римског права. Идеја оваквог приступа је да се закон посматра као документ који у једној специфичној материји примењује постојеће правне установе и правила: иако његова особена терминологија није непосредно компатибилна са оном која је позната из правничких текстова, иза ње би морали да се крију стандардни појмови римског права – или, уколико то није случај, неки други нормативни поредак, који се, по правилу, идентификује са фискалним и управним механизмима римске државе. Таква анализа обухвата целокупну проблематику за коју је *lex agraria* релевантан извор података – реформу браће Грах и њен епилог, технику аграрног законодавства и правно уређење аграрних односа у целини. Иако на први поглед обећава, овај метод до сада није дао убедљиве резултате. Примера ради, Де Мартино – полазећи од уверења да је (квиритска) својина крајем II века п. Х. била довршен концепт – сматра да би је закон, ако је додељује некој категорији држалаца, само именовао и тиме подразумевао све њене правне последице. Пошто закон не помиње својину, већ права концесионара *agri privati* означава аналитичком формулом,²⁵ Де Мартино закључује да они немају својину на парцелама; како нема неких других разлога да им се својина ускрати – неотуђивост парцела је укинута другим Апијановим законом, а могућност опозива концесије већ законом Тиберија Граха – једино остаје могућност да су парцеле оптерећене вектигалом и зато неподобне за својину. *Lex agraria* је, према томе, увео или потврдио обавезу плаћања вектигала, и тако је идентичан другом Апијановом закону.²⁶ Казер, напротив – остављајући по страни место аграрног закона у (пост)реформском процесу – сматра да термин *ager privatus* сам по себи имплицира својину и познати цивилни правни режим, без обзира на евентуална спољашња административна ограничења и терете.²⁷

У последње време је знатно обновљено интересовање за преиспитивање римских аграрних односа на основама које нуди епиграфски закон. Централно место у том оквиру припада обимној монографији о *lex agraria* италијанског романисте Сакија.²⁸ Аутор је уобичајену филолошку и догматску анализу подредио широком историјском погледу на развој низа појмова који чине основно ткиво закона – почевши од *terra Italia, publicus, privatus, ager* итд., до кон-

²⁵ *Uti frui habere possidere*, 7–10. ред.

²⁶ F. De Martino, 17 и сл.

²⁷ M. Kaser, 6 и даље.

²⁸ O. Sacchi, *Regime della terra e imposizione fondiaria nell'età dei Gracchi. Testo e commento storico della legge agraria del 111 a.C.*, Napoli 2006.

кретних правних квалификација појединих односа које закон уређује. Коначни резултат је закључак да се аграрно уређење, правно уобличено законом, не може посматрати кроз оптику класичних правних установа, јер обележава једну етапу у изградњи тих установа. Посебно, не може се рећи да је *ager privatus* земља у „квиритској својини“, нити да није – јер је у току процес изградње самог појма својине, бар када је реч о њеној примени на непокретне ствари.²⁹ Иако изазива извесне сумње радикалним померањем формирања цивилних својинских инструмената на сам крај републике, ово схватање несумњиво показује да документарна вредност *lex agraria* још ни издалека није исцрпена.

Miroslav Milošević

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

LEX AGRARIA OF 111 B. C.

Summary

Agrarian law of 111 B. C. is one of the earliest Roman legal documents that are available nowadays in their original form. Whereas the Law was the subject of numerous studies, many of its aspects remained obscure, and its place in the development of the agrarian relations in the Roman Republic is still arguable. In this article, the author explicates the current state of research, clarifies major divisive points of its meaning and puts forward some observations on the structure of the document that may possibly improve its interpretation.

Key words: *Lex agraria*. – *Agrarian law*. – *Ager privatus*. – *Dominium*. – *Tiberius and Gaius Gracchus*.

²⁹ *Ibid.*, нарочито 166 и даље; В. и О. Сакки, Т. Г. Мякин, *Аграрный закон 111 г. до н. э.*, http://www.nsu.ru/classics/makin/lex_torr_intro.htm – 12. новембра 2007). Слично већ Д.А. Кирюшов, 253 и даље.

Мр Чедомир Глигорић,

асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕДУЗЕЋА КОЈА ПОСЛУЈУ СА ГУБИЦИМА

Поступак процене вредности предузећа која послују са губицима има одређене специфичности у односу на процену профитних предузећа. Због тога је неопходно да се изврши прилагођавање овог поступка без обзира на то да ли је реч о пролазним проблемима предузећа или дугорочним проблемима стратешке и оперативне природе. Уколико је реч о краткорочним променама у факторима пословања, онда се нормализују резултати предузећа које је предмет процене, узимајући у обзир трошкове повезане са тим променама. Када говоримо о дугорочним проблемима, онда процена постаје компликованија, зато што проценитељ мора предвидети да ли ће предузеће у будућности моћи да их превазиђе и да, у складу са тиме, процени вредност капитала. Као дугорочни проблем може се јавити и превелико задуживање предузећа, изазивајући губитке, што проценитељ, такође, мора узети у обзир приликом процене вредности.

Кључне речи: *Процена вредности. – Губици. – Нормализација резултата.*

1. ГУБИЦИ И ПРОЦЕНА ВРЕДНОСТИ ПРЕДУЗЕЋА

Процена вредности капитала предузећа која у пословању остварују губитке за проценитеља ствара низ проблема у поступку евалуације. Проблеми произлазе из тога што није могуће извршити процену на класичан начин, јер се морају направити одређене модификације, пре него што се приступи примени одређеног метода процене.

Први и основни проблем је то што није могуће применити метод дисконтовања нето новчаних токова или резултата предузећа, јер није могуће применити стопу раста на негативне резултате. Другим речима, немогуће је применити очекивану стопу раста на губитке, јер би у поступку процене дошло до деформације, тј. односни резул-

тати би у поступку процене постали још нижи, без обзира на то да ли се као очекивана стопа раста користи историјска стопа, пројекција на основу анализа или фундаментална стопа раста. Такође, обрачун пореза постаје много компликованији зато што разрезивање пореза подразумева утврђивање пореских обавеза у текућем периоду, па проценитељ мора да узме у обзир поступке обрачуна пореза, имајући на уму тренд непрофитног пословања. Један од проблема настаје и због тога што предузећима која послују са губитком у дужем периоду прети могућност банкротирања, па је онда немогуће и хипотетички применити гоинг концерн (*going concern*) принцип.¹ „Постоји неколико разлога због чега фирме послују са губицима или јако ниским добицима. Неки од њих се могу посматрати као повремени, неки су дугорочни, а неки од њих су повезани са местом предузећа у свом животном циклусу.“²

Повремени или привремени проблеми у пословању предузећа могу бити везани искључиво за само предузеће, али се могу јавити и као последица егзогених фактора који делују на грану или област делатности предузећа, а некада и због промене фактора који се односе на привреду у целини. Специфични проблеми у вези са предузећем могу настати због изненадног прекида пословног процеса услед штрајка запослених, или због великих судских трошкова и скупих судских процеса у којима предузеће мора да плати неку велику казну. С обзиром на то да овакви проблеми нису редовни, већ се вероватно неће ни јављати у даљем пословању предузећа или ће се јављати веома ретко, они неће имати утицај на будуће резултате и пословање предузећа. Ризик делатности може утицати на улазак предузећа у зону губитка зато што је дошло, на пример, до наглог опадања цена производа. За нека предузећа, логично је очекивати да ће фаза пораста цена бити праћена етапом пада цена производа, што се узима у обзир приликом процене. У неким случајевима, до проблема може доћи због тога што је прекинута набавка неког материјала који учествује у производњи или је дошло до поскупљења тих сировина. На предузећа чије пословање у великој мери зависи од привредних циклуса, велики утицај на пословање има стање економије као целине. У овом случају негативан тренд привредних кретања имаће утицаја како на резултате предузећа, тако и на пословне приходе. Зато је логично очекивати да ће у фази рецесије привреде предузећа у аутомобилској индустрији бележити губитке. Без обзира на врсту повремених проблема, проценитељ ће очекивати да ће се резултати преду-

¹ Гоинг концерн принцип полази од претпоставке да су предузећа основана ради континуираног пословања, односно да је заступљен принцип сталности пословања, што значи да предузећа настављају са пословањем и у догледној будућности.

² A. Damodaran, *Investment valuation Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 2002, 609.

зећа пре или касније „опоравити“, чак и у случајевима цикличних фирми, пошто је свестан чињенице да фазу рецесије прати фаза експанзије у оквиру привредног циклуса.

Дугорочни проблеми који могу задесити предузеће имају много већи утицај на поступак процене вредности. Неки од ових проблема су у вези са погрешним избором стратегије пословања, неки су оперативне природе, док су трећи у вези са превеликим задуживањем предузећа. Стратешки проблеми обично произлазе из погрешног избора елемената производног и маркетинг микса. Таква предузећа обично мењају менаџмент уколико им то дозвољава финансијска ситуација. Оперативни проблеми могу настати због лоше обуке запослених и, самим тим, њиховог слабог сналажења у процесу производње, што је, како се наводи у литератури, карактеристично у предузећима која производе опрему и постројења. Некада се ови проблеми могу јавити због погрешних одлука руководиоца у прошлости, што повећава трошкове у садашњости. Финансијски проблеми могу настати због превеликог задуживања, јер је предузеће финансирало процес производње великим износом кредита, те због неповољног финансијског леверџа улазе у зону губитка. Животни циклус предузећа у великој мери може одредити неке од проблема који утичу на поступак евалуације. Неке компаније у којима се морају извршити велика инфраструктурна улагања подразумевају да у тим фазама послују са губицима, али ће ефекти инвестиција у будућности допринети стварању позитивних финансијских резултата. Фармацеутске компаније, с друге стране, троше велике износе средстава на истраживања, послујући у том периоду са губицима, чекајући да се нови лекови одобре и патентирају, како би, након тога, ушли у зону добитка. Проблеми се могу јавити и за нова, млада предузећа којима је потребан одређен временски период да профитабилне идеје спроведу у стварност и комерцијалну употребу.

2. ПРИВРЕМЕНИ ПРОБЛЕМИ И ПРОЦЕС ЕВАЛУАЦИЈЕ

Како ће проценитељ да узме у обзир негативне финансијске резултате приликом евалуације зависи од типа привременог проблема који утиче на предузеће. У сваком случају, проценитељ има на уму да је реч о тренутним проблемима који ће, када се превазиђу, опоравити финансијски резултат. Зато ће у свим случајевима текући негативни резултати бити замењени нормализованим резултатима (који ће бити позитивни, а поступак нормализације ће зависити од конкретне врсте привременог проблема).³

³ Претпоставка нормализације резултата је да су у текућој години деловали привремени фактори који су довели до остваривања негативног финансијског резул-

Уколико је реч о специфичним проблемима који се односе на само предузеће, аналитичар мора покушати да изолује тај проблем. Ако је у стању да га утврди, онда ће из рачуноводствених извештаја моћи и да утврди износ повезаних трошкова с одређеним изненадним случајем, који ће искључити из поступка процене будућих резултата. Другим речима, полазни резултати који су основа за пројекције неће садржати у себи ове трошкове, тако да ће бити увећани. Такође, ови трошкови неће бити узимани у обзир ни приликом пројекција стопе приноса на укупни капитал предузећа. Наравно, аналитичар ће морати да узме у обзир и нестанак бенефиција по основу опорезивања резултата предузећа, пошто ће доћи до увећања опорезивог добитка јер се ови трошкови неће одбијати од укупног прихода предузећа.

Међутим, уколико аналитичар није у стању да утврди тачан износ односних трошкова, тј. они се гранају на већи број различитих врста трошкова, неопходно је да проценитељ буде сигуран да је реч о привременим проблемима и да они нису предказатељи дугорочних промена фактора из окружења. Уколико је проблем привремен, онда је неопходно да аналитичар упореди све врсте трошкова у неколико претходних година у односу на приходе и да уочи код којих врста трошкова долази до енормних пораста, што му показује да је реч о трошковима изазваним одређеним проблемом. Те трошкове би требало нормализовати узимањем у обзир просечног износа претходних периода, што ће му омогућити њихово искључивање и самим тим квалитетну процену будућих резултата.

Када је реч о циклчним предузећима, варијабилност финансијских резултата зависи од стања економије као целине. У периодима просперитета очекиване су високе добитке предузећа, али у периодима рецесије веома велики губици. Исто важи и за предузећа код којих долази до раста и опадања цена робе у сукцесивним циклусима. Зато би узимање текућег резултата као основе за процену могло да доведе до погрешних закључака. Проценитељ има два решења за ове проблеме: прво је да прилагоди стопу раста која је важан фактор процене, а друго је да уместо текућег финансијског резултата као основу за евалуацију користи нормализован резултат.

Ниске или негативне финансијске резултате предузеће остварује при дну привредног циклуса. Пошто проценитељ очекује да ће доћи до опоравка привреде, а затим и до раста, требало би да прилагоди стопу раста очекиваним околностима. То значи да ће користити више очекиване стопе раста за неколико наредних година уколико је пре тога привреда била у рецесионој фази, очекујући њен брз опора-

тата и да ће резултат врло брзо бити враћен у нормалу (односно да ће постати позитиван). Зато се, представљеним методама, негативан текући финансијски резултат своди на позитиван.

вак. Обрнуто важи када је стопа профита услед експанзије привреде увећана, пошто се тада зарачунавају ниже очекиване стопе раста у складу са очекивањима пада економске активности. Најбоље је да се очекивана стопа раста израчунава на основу праћења кретања резултата предузећа у претходним годинама, пошто се могу уочити тренд и временски периоди у којима долази до сукцесивног смењивања рецесије и експанзије.

Друга наведена могућност је да се изврши нормализација резултата предузећа, када аналитичар одговара на питање шта би се догодило да није било хировитих и наглих промена у привредним циклусима. Уколико финансијски резултати показују велику варијабилност током времена, онда ће нормализација резултата бити најсигурније решење. Нормализација резултата се може остварити на више начина:

- аналитичар може нормализовати резултат коришћењем просечног износа у претходном периоду. Да би нормализација била успешна, неопходно је обухватити претходни период од пет до десет година, пошто он покрива целокупан привредни циклус. Овај начин нормализације је адекватан у предузећима у којима није долазило до великих промена у величини и асортиману и не даје добре резултате уколико је предузеће постајало мање или веће у смислу броја продатих јединица и укупног прихода;

- нормализација може бити успешна и уколико се користи просечна стопа приноса на уложени капитал или просечна профитна маргина. Овај приступ је сличан претходном, само што користи процентуалне износе односно рацио бројеве. Основна предност у односу на претходни приступ је то што је применљив без обзира на то да ли је предузеће мењало своју величину у смислу асортимана, количине продатих производа и прихода. На овај начин је омогућено да се изврши нормализација нето резултата, пошто су стопе релативни бројеви и узимају у обзир и уложени капитал, а не само износе добитака током времена.

Нормализација резултата у цикличним фирмама може довести до исправне процене само уколико се резултати који ће бити остварени заиста током већег броја периода приближавају нормализованом износу. У супротном, процењена вредност предузећа биће прецењена.

У великом броју предузећа цена производа који је предмет продаје процењиваног предузећа се мења из периода у период, час наниже, час навише. Врло често дуги периоди ниских цена прате дуге периоде високих цена дате робе. Ценовна цикличност у великој мери зависи и од врсте самих производа. Предузећа која послују у делатности везаној за природне ресурсе као што су производња угља

или шумарска индустрија морају бити процењивана тако што ће аналитичар морати да изврши одређена прилагођавања и корекције. Аналитичар мора бити у стању да предвиди будуће кретање цена ових врста производа и да то укључи у сам поступак пројекције будућих резултата, што ће бити тешко, имајући на уму да су ценовни циклуси врло непредвидиви. Друга могућност је то да се приликом пројекција узима у обзир нормализована цена робе током циклуса. На пример, просечна цена кафе у претходној декади се узима као нормализована и служи за пројектовање вредности плантаже. Проценитељ мора бити опрезан имајући на уму да је цена кафе прилично променљива величина.

3. ДУГОРОЧНИ ПРОБЛЕМИ И ПРОЦЕС ЕВАЛУАЦИЈЕ

Претходни део указао је на краткорочне проблеме у вези са остваривањем привремених губитака, који су решени на релативно лак начин путем прилагођавања и нормализације. Полазило се од претпоставке да ће предузеће врло брзо из зоне губитка ући у зону добитка, тако да то не утиче у великој мери на поступак саме евалуације. Међутим, често су узрок негативних финансијских резултата дугорочни проблеми које је тешко превазићи, што захтева од проценитеља да буде довољно интуитиван и аналитичан, како би могао да утврди да ли ће и кад ти проблеми уопште и нестати.

„Стратешки проблеми су дугорочног карактера и везују се за погрешну процену предузећа у вези са производњом, продајом и асортиманом, што значи за грешке у маркетинг концепцији дате компаније“.⁴ Због таквих одлука предузеће може сносити велике трошкове и услед тога у дужем периоду остваривати губитке. Као типичан пример погрешног стратешког понашања може се навести *IBM*, који је осамдесетих година прошлог века остварио прави бум на пољу персоналних рачунара и бележио огромне износе профита. Међутим, стратегија је била погрешна, јер је акценат био стављен на кућну, а не пословну употребу, уз стварање не толико доброг оперативног система, што је искористио *Microsoft*, а то је довело до тога да је прво предузеће изгубило почетком деведесетих више од половине тржишног учешћа, уз драстично умањење стопе приноса на уложени капитал.

Уколико проценитељ пође од претпоставке да оно што је изгубљено погрешним стратешким одлукама никада не може бити враћено, и да ће се предузеће тешко опоравити, онда се у поступку процене смањују очекивања у вези с стопом раста прихода и будућим

⁴ A. Damodaran, 621.

профитним маржама. Уколико проценитељ сматра да је могуће да се предузеће опорави изласком на нова тржишта, онда се приликом процене очекивања подижу, што се уграђује у будућу стопу раста, а самим тим и у поступку процене вредности, чиме процењена вредност постаје већа, имајући на уму да је реч о оптимистичкој варијанти.

Оперативни проблеми предузећа у великој мери могу утицати на пројекције и на процењену вредност капитала. На пример, предузећа која су мање ефикасна на пољу дистрибуције производа купцима, у односу на конкуренцију имају и мању вредност. До оперативних проблема обично долази услед слабе адаптације опреме јер предузећа заостају за новом технологијом, пошто не замењују застарела основна средства. Такве фабрике и предузећа услед тога имају увећане трошкове у односу на конкуренцију, што може довести до негативних финансијских резултата.

Оперативну ефикасност предузећа најбоље показује пословна односно оперативна маргина, тако да она предузећа која имају веће оперативне проблеме имају мање оперативне маргине од конкуренције. Таква предузећа би требало да теже да пословну маргину подигну на ниво индустријског просека, што зависи од самог типа проблема, а то, наравно, утиче и на потенцијалну вредност.

Што је веће предузеће које је предмет процене, то ће спорије решавати своје оперативне проблеме. Неке врсте неефикасности могу бити отклоњене много брже него неке друге. Лакше је заменити дотрајала фиксна средства или променити систем вредновања залиха, него извршити додатну обуку кадрова, што може успорити и покупети тај процес. Ови проблеми се могу решити и променом менаџмента предузећа. Некада је потребно променити и чланове највишег менаџмента у предузећу како би ови проблеми нестали.

Проценитељ, дакле, мора узети у обзир све наведене факторе који утичу на пословање предузећа и висину оперативне маргине, тако што ће их укалкулисати или у очекивану стопу раста или у очекиване резултате. Степен утицаја ових фактора на кључне аспекте процене зависиће од саме врсте оперативног проблема и процене аналитичара да ли ће менаџмент предузећа успети да се избори са њима.

Већ је напоменуто да је један од разлога пословања са губицима и превелико задуживање предузећа, што не мора да буде и није повезано са стратешким и оперативним проблемима. Предузеће може доћи у ситуацију да пословни резултат буде позитиван, али да нето резултат (по одбитку финансијских расхода) буде негативан. Уколико превелико задужење није у потпуности уздрмало процењивано предузеће, онда је лакше пронаћи начин за добијање полазних основа за

процену вредности. Међутим, уколико предузеће иде ка банкротству, онда се могућности за решење проблема умањују.

Подразумева се да сва предузећа која много позајмљују могу лако да оду у банкротство. Предузеће може позајмљивати велике износе новца уколико остварује високу оперативну маргину и позитивне новчане токове. Тиме предузећа користе ефекат финансијског левериџа,⁵ али и повећавају ризик пословања. Могуће је да дође до умањења или прекида продаје, до кашњења у плаћању од купаца, до захтева да се раније плати обавеза према добављачима, што смањује ликвидност предузећа и могућност плаћања дугова. Велико задуживање, у стварности, са друге стране, може да води порасту цене позајмљеног капитала, што умањује вредност предузећа.

Приликом процене, аналитичар може пројектовати нето новчане токове и вредност предузећа. Уколико предузеће остварује пословне добитке и има висок степен оперативне маргине, који су у нивоу компарабилних предузећа, онда је неопходно да у поступку процене аналитичар постепено смањује рацио дуга⁶ и да цену капитала рачуна имајући на уму промене у том рациу. Друга могућност је да проценитељ вреднује предузеће користећи кориговану приносну вредност тако што ће проценити вредност предузећа као да се није задуживало, а затим на ту вредност додати очекиване трошкове могућег банкротства и пореске олакшице на дугове.

Дисконтовање нето новчаних токова и процена приносне вредности се може, дакле, користити ако проценитељ претпоставља да ће предузеће наставити да послује трајно и да ће се по основу тога новчани токови наставити и у будућности. Међутим, уколико предузећу услед великог задуживања прати банкротство, немогуће је да се користи овај метод процене, већ се морају размотрити алтернативни методи процене. Једна могућност је да се у поступку процене користи ликвидациона вредност, а друга могућност да се и поред могућег банкротства претпоставља да предузеће наставља да послује, и тада се предузеће вреднује као опција.

⁵ Степен финансијског ризика је одређен променама у обиму фиксних финансијских расхода на име камате. То значи да је финансијски левериџ „полуга“ која се активира увек када предузеће један део средстава финансира из позајмљених извора. Цена позајмљених извора је одређена висином каматне стопе. Због тога је логично очекивати да ће стопа приноса на укупна пословна средства да се разликује од стопе приноса на сопствена средства. Јасно је да предузеће тежи да стопа приноса на укупна пословна средства буде већа од цене позајмљених извора средстава (каматне стопе). Стопа приноса на сопствена средства је у случају финансирања и из туђег капитала одређена рентабилитетом укупних пословних средстава, али и разликом између стопе приноса на укупна средства и каматне стопе.

⁶ Рацио дуга је релативни број који показује учешће позајмљеног капитала у укупном капиталу предузећа.

Ликвидациона вредност полази од претпоставке да предузеће престаје са пословањем и подразумева процену имовине по ликвидационом методу и по ценама које су, начелно посматрано, на nižем нивоу у односу на супстанцијалну вредност односно трошкове замене. Затим, аналитичар од укупног износа вредности имовине вредноване по ликвидационом методу одузима износ дуга, како би утврдио вредност нето имовине. Проблем се може јавити уколико није могуће на лак начин раздвојити имовинске позиције и вредновати их посебно. Књиговодствену вредност никада не би требало користити као замену за ликвидациону вредност имовине. Ликвидациона вредност показује пре зарађивачку способност, и самим тиме и вредност неког имовинског дела, него цену плаћену за неку имовину, што нам показује, управо, књиговодствена вредност. „Ликвидациона вредност предузећа је, у принципу, његова најнижа вредност. Ако нерентабилно предузеће због законских прописа или других разлога мора наставити са пословањем, његова најнижа вредност може да буде нижа од ликвидационе вредности односно представља дисконтовану вредност одложене ликвидације.“⁷ Метод ликвидационе вредности полази од тога да тржишна вредност имовине предузећа превазилази износ дуга.

Раније смо већ констатовали да је нормално да предузећа у неким фазама свог животног циклуса улазе у фазе остварења негативних резултата, тако да у тим случајевима није могуће применити нормализацију. Аналитичар ће пројектовати нето новчане токове имајући на уму да ће они постати позитивни у наредном стадијуму развоја предузећа.

Сва предузећа чије пословање захтева велика инвестициона улагања у почетним стадијумима животног циклуса, пословаће у тим стадијумима са губицима, очекујући приносе од тих инвестиција у неком будућем периоду. Додатни проблем може настати на основу тога да није увек могуће да предузеће финансира инвестиције искључиво сопственим капиталом, па се због тога често задужује и тиме ствара неповољну комбинацију фактора у свом пословању – негативне финансијске резултате уз „игру“ на висок финансијски леве-риџ. Као типичан пример можемо навести предузећа у области телекомуникација и кабловске компаније. Оваква предузећа стварају велике губитке у старту, када инвестирају у скупу имовину, али, с друге стране, свесна су да имају тржиште које ће врло брзо надокнадити све губитке, с обзиром на то да су овакве услуге обично скупе. Врло често оваква предузећа добијају карактер законског монопола, тако да се тиме јасно дефинише могућност великих износа профита по започињању комерцијалне употребе. У оваквим предузећима инвес-

⁷ С. Тушевљак, Ј. Родић, *Финансије предузећа*, Консеко Институт, Београд, 2003, 719.

тиције су врло честе и континуиране, али она у исто време рачунају и на амортизацију постојећих улагања, што генерише додатне пореске бенефиције.

Међутим, у неким ситуацијама велике почетне инвестиције не гарантују остварење будућих добитака, чак и када тржиште постоји. С друге стране, чак и када је предузеће заштићено од конкуренције, не значи да ће сигурно остваривати профит у будућности по основу постојеће технологије. Због тога аналитичар узима у обзир могућност банкротства ових предузећа приликом процене.

Пројектована вредност предузећа је под утицајем две врсте фактора:

- средстава које предузеће већ поседује и
- потенцијалног раста под утицајем повољних будућих шанси и околности.

Први фактор утиче на вредност предузећа преко текућих и пројектованих нето новчаних токова и резултата, док други фактор увећава вредност предузећа на основу пораста очекиване стопе раста. То значи да велики износ потенцијалне вредности капитала може проистећи из могућег стварања патената у самом предузећу. Не узимањем у обзир овог фактора, пројектована вредност предузећа може бити потцењена.

Постоје три начина како проценитељ може укључити у вредност предузећа износ патената:

- да износ патената вреднује на основу тржишне вредности и да ту вредност дода на већ добијену вредност на основу дисконтовања нето новчаних токова (који се стварају на основу давања лиценци);
- да се приликом процене вредности у обзир узимају више очекиване стопе раста које ће одсликавати потенцијалну вредност патената. То значи да ће пројектована вредност бити на вишем нивоу, јер ће потенцијални нето новчани токови бити генерисани на вишем нивоу;
- да се користи модел вредновања на основу опција и да се та вредност додаје на износ приносне вредности.

Оно што се често дешава је да вредност оваквих предузећа буде прецењена, јер аналитичари могу користити више стопе раста, али у исто време додавати и премију на приносну вредност на основу патената, што значи да долази до дуплог рачунања.

Проблем у процени може се јавити и код нових и младих предузећа, код којих је нормално да прође проток времена од момента када менаџери пуни ентузијазма смисле одређену иновацију или идеју, до тренутка када она постане реализована и комерцијализована.

на. Из тога произлази да је нормално да таква предузећа у том прелазном периоду остварују негативне финансијске резултате. То, наравно, не чини оваква предузећа мање вредним. Управо супротно, вредност таквих идеја обично утиче на повећање пројектоване вредности капитала, што аналитичар обавезно узима у обзир приликом пројекција.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Очигледно је да постоји велики број начина да се традиционална метода приносне вредности у процени модификује и прилагоди проблемима процене у условима негативног пословног тренда предузећа. Код цикличних фирми, јасно је да вредност предузећа у великој мери зависи од кретања саме привреде. Исто се може рећи и за предузећа код којих у циклусима – дужим или краћим – долази до промена у ценама производа. Уколико аналитичар не узима у обзир ове факторе, може доћи до високог степена потцењивања пројектоване вредности у фазама рецесије, односно великог прецењивања у фазама експанзије привреде.

Ако предузећа послују са губицима због дугорочних проблема изазваних погрешним стратешким и оперативним одлукама или финансијских проблема насталих услед превеликог задуживања, тада процес евалуације постаје много компликованији и тежи. Проценитељ мора бити у стању да оцени да ли ће оваква предузећа успети да стану на ноге и извуку се из проблема или ће отићи у банкротство. Уколико постоји велика вероватноћа да ће предузећа морати да престану са радом, онда се за процену мора користити већ поменута ликвидациона вредност. Такође, проценитељ велику пажњу мора обратити на процену вредности произашлу из генерисања нето новчаних токова по основу већ постојећих средстава, али и по основу будућих користи од увођења иновација и патената, што увећава пројектовану вредност капитала.

Јасно је да, без обзира на велики број проблема који могу настати по основу краткорочних и дугорочних пословних препрека у предузећу, проценитељ има широк дијапазон могућности да изврши многобројне наведене модификације у поступку процене, полазећи од принципа да је најбољи показатељ вредности предузећа приносна вредност добијена дисконтовањем нето новчаних токова и резултата предузећа. Прилагођавања може спровести како на пољу пројекција нето новчаних токова и резултата, тако и кориговањем очекиване стопе раста, што омогућава да пројектована вредност буде што тачнија и валиднија.

Čedomir Gligorić

Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

PROBLEMS IN VALUING BUSINESSES WITH NEGATIVE EARNINGS

Summary

The procedure of valuing businesses with negative earnings has some specificity in comparison to the evaluation of companies that are profitable. This is why it is necessary to adjust the process of evaluation not only to the provisional issues but also to the strategic and operational problems. When it comes to the short-term changes in business factors, the normalization of earnings of the enterprise which is subjected to valuation should include all the costs relating to these changes. In case of the long-term problems – namely, those of strategic and operational character – the valuation procedure gets more complicated, since the appraiser has to estimate the possibility of their successful solving and to evaluate the capital in the light of this estimation. One of the long-term problems could be overborrowing that leads to negative earnings, and this is one of the issues the appraiser should take into account.

Key words: *Evaluation. – Negative Earnings. – Earnings normalization*

Мр Марко Станковић,

асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

АУСТРАЛИЈСКИ ФЕДЕРАЛИЗАМ – ИЗАЗОВИ НА ПОЧЕТКУ ДРУГОГ ВЕКА ПРИМЕНЕ САВЕЗНОГ УСТАВА*

Од скоро две стотине држава које су данас чланице ОУН, свега десетак процената чине федерације. Иако њихов број није велики, територијална пространства која федерације заузимају, бројност становништва које их насељава и економска снага којом располажу, врло су респектабилни, па се слободно може рећи да је већина најмоћнијих држава света данас федерално устројена. Стога федерализам, као најраспрострањенији облик вертикалне поделе власти у свету, заслужује почасно место међу данас познатим моделима територијалне децентрализације, а управо Аустралија пружа један од најсветлијих упоредноправних примера успешне примене тог облика државног уређења. Ипак, и ова држава-континент је, након више од столећа живота под федералним уставом, у овом моменту суочена са извесним проблемима и дилемама, који су неминовно произашли из промена друштвених прилика и улоге државе током једног века. Основни проблеми с којима се аустралијска федерација тренутно сусреће су питања промене облика владавине, повећања броја федералних јединица и прерасподеле надлежности између савезне власти и држава-чланица.

Кључне речи: *Аустралија. – Федерализам. – Савезни (федерални) устав. – Облик владавине. – Расподела надлежности.*

1. Мада се за Аустралијски континент у старом и средњем веку у Европи није знало, постојале су поуздане претпоставке да у јужним морима постоји копно, које су средњовековни географи назвали Непозната јужна земља (*Terra australis incognita*). Слабо насељене аустралијске територије европски морепловци су почели да походе већ у шеснаестом веку, а прву европску насеобину – Порт Џексон, из које је касније израстао највећи аустралијски град Сиднеј – основали су 1788. године енглески осуђеници депортовани у Аустралију. Од

* Рад је настао у реализацији стратешког научно-истраживачког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду.

тада, па до 1864. године, на подручју најмањег светског континента су једно за другим устројавана колонијална подручја Британске империје, да би се „између 1850. и 1891. појавило шест одвојених самоуправних (*self-governing*) колонија, свака са сопственим уставом и институцијама власти“.¹ Аустралијске колоније су, на основу аката британског Парламента, временом стицале све значајнију унутрашњу аутономију, али су до 1885. године постојале и живеле као потпуно одвојене политичко-територијалне јединице. „Те године, међутим, британски Парламент је донео закон (*An Act to constitute Federal Council of Australia*), на основу кога су све те колоније формирале конфедерацију“,² да би процес агрегације био дефинитивно довршен деценију и по касније, када је првобитна конфедеративна веза уступила место чвршћој – федеративној. Стварање федерације је такође извршено законом Вестминстерског парламента (*An Act to constitute the Commonwealth of Australia*) из 1900. године, који је, измењен и допуњен, и данас на снази.³ Ипак, не би било исправно казати да је овом приликом британски законодавац једноставно „подарио“ конститутивни акт својим колонијалним поседима, као што је то учинио у неким другим случајевима. Наиме, „Устав који је произашао из овог процеса био је усвојен на референдуму у свакој од аустралијских колонија пре но што је ступио на снагу као закон британског Парламента“,⁴ из чега произлази да се Аустралија овим чином „отргла“ од потпуне суверености Велике Британије. Тако се на самој граници између два stoleћа, на необичан начин уобличио засад једина држава-континент у свету, поносно закорачивши у тада малобројну „породицу светских федерација“. Када се има на уму оваква хронологија настанка Аустралије, као и етничка хомогеност тамошњег становништва, може се рећи да су пресудну улогу приликом прихватања федералног уређења у овој држави одиграли историјски (традиционални) разлози, уз садејство економских и географских.⁵

2. Одлучујући утицај приликом моделирања аустралијског уставног система имала су два велика компаративна узора: британски

¹ C. Saunders, „Australia (Commonwealth of Australia)“, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths), Montreal & Kingston-London-Ithaca 2005, 32.

² Ј. Стефановић, *Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају*, Сарајево 1954, 26.

³ *An Act to constitute the Commonwealth of Australia*, који представља Устав Аустралије, доступан је на интернет адреси <http://www.aph.gov.au/senate/general/constitution/index.htm>, 1. 11. 2007.

⁴ C. Saunders, 32.

⁵ В. М. Јовичић, *Савремени федерализам – упоредноправна студија*, Београд 1973, 55 и 61. Разматрајући оправданост примене федерализма у уставном уређењу Аустралије, Јовичић закључује да оно представља адекватну форму за територијалну организацију ове државе, премда сматра да би и унитарно уређење било примењиво без већих потешкоћа.

парламентаризам, кад је реч о систему власти, и амерички федерализам, кад је реч о облику државног уређења.⁶ Наиме, после краће дебате је одлучено да се и на нивоу федерације прихвате начела и институције кабинетског система, који је раније уведен у свакој од постојећих колонија, иако се с правом постављало питање спојивости тог облика државне власти са федералним државним уређењем.⁷ Кључни разлог за такву дилему лежи у неегалитарности парламентарних домова узроковане чињеницом да влада политички одговара искључиво пред Доњим домом. То неминовно води фактичкој превласти општепредставничког над федералним домом, нарочито у вези са функцијом контроле над радом извршне власти, а понекад и поводом доношења закона.⁸ Као и већина британских колонија, Аустралија је с бившом метрополом остала повезана споном персоналне уније, с обзиром на то да је британски монарх уједно и шеф аустралијске државе, кога представља генерални гувернер (*Governor-General*).

Без обзира на то што федерални систем који функционише у Аустралији на први поглед делује као анахрона тема, поводом које је у доктрини одавно „све речено“, увек треба имати на уму да је динамичност једно од основних обележја федерализма, тј. да се свака савезна држава временом мења, прилагођавајући се новонасталим друштвеним приликама. Најупечатљивији доказ за то представља управо парадигма федералног устава, који је у осамнаестом веку (у време „коња и каруца“) креиран у САД, с циљем да уреди односе у тринаест држава-чланица, у којима је било једва око четири милиона житеља. Сада, на почетку двадесет првог века, исти тај устав представља „животно правило“ за педесет федералних јединица, настањених са преко 300 милиона људи!⁹ Иако трансформација аустралијског друштва под старим „уставним кровом“ није ни приближно велика као она која се одиграла у САД, социјалне промене су биле бројне и значајне. Данас, у моменту када је ова федерација тек закорачила у други век примене федерализма, појавиле су се извесне уставне дилеме чије ће солуције умногоме утицати на развој аустралијске савезне државе у будућности.

⁶ „Приликом стварања устава, састављачи су се водили уставним аранжманима Британије и Сједињених Држава“ С. Saunders, 32.

⁷ „Неко вријеме се тврдило да је тешко комбиновати федерални режим са парламентарном егзекутивом британског кабинетског типа. Таква комбинација постоји у Канади, Аустралији и Савезној Републици Њемачкој“, К. Ј. Фридрих, *Конституционална демократија – теорија и пракса у Европи и Америци*, (превели с енглеског Павле Јовановић и Светлана Милошевић), Подгорица 2005, 185.

⁸ М. Јовичић, 119–121.

⁹ Амерички аутори истичу да свака нова генерација даје ново тумачење текста Устава САД од 1787. године, па је „дух Устава увек дух одређеног доба“.

Аустралијска федерација (Комонвелт)¹⁰ је сачињена од шест федералних јединица, које носе назив држава (*states*): Западна Аустралија (*Western Australia*), Јужна Аустралија (*South Australia*), Квинсленд (*Queensland*), Нови Јужни Велс (*New South Wales*), Викторија (*Victoria*) и Тасманија (*Tasmania*), а поред тога садржи и по једну федералну територију (Северна Територија – *Northern Territory*) и федерални дистрикт (Канбера – *Canberra*), што је све заједно чини „школским примером“ федерације са тзв. мешовитим саставом. С обзиром на то да савезни устав дозвољава како пријем нових држава у састав федерације, тако и реорганизацију постојећег подручја (одељци 121. и 112. Устава), јасно произлази да је федерална структура аустралијске федерације промењива. Ипак, упркос наведеним уставним могућностима, структура аустралијске федерације је до данас остала иста као и приликом оснивања, премда се све озбиљније разматрају могућности њене промене у скорој будућности.¹¹

3. Правно посматрано, кључно питање које се поставља у вези са сваком федерацијом јесте расподела надлежности између централних, савезних органа и органа федералних јединица. Сликвито речено, „основни проблеми федерализма, и сваке федерације за себе, преламају се, као у фокусу, у проблему расподеле функција.“¹² При том, чини се да ниједно начело које се тиче организације федералне државе није у теорији тако једнодушно прихваћено као правило о подели надлежности.¹³ То је, логично, навело многе угледне ауторе да овај организациони принцип поставе на највише место, називајући га „златним правилом федерализма“ (Ф. Делпере), односно његовим „језгром“ (Х. Келзен).¹⁴ Иначе, централни проблем у вези с поделом надлежности између федерације и федералних јединица

¹⁰ С обзиром на то да уставни назив Аустралије гласи *Commonwealth of Australia*, реч „Комонвелт“ ће бити употребљавана као синоним за аустралијску федерацију.

¹¹ Иако је у преамбули Устава Аустралије прокламовано да је успостављена унија „недељива“, то није спречило Западну Аустралију да, незадовољна својим економским положајем у оквиру федерације, покуша да се осамостали. Због тога је парламент ове државе-чланице 1933. године донео одлуку у том смислу, коју су затим грађани великом већином потврдили на референдуму. Ипак, британски парламент је недвосмислено одбацио захтев за сецесијом, сматрајући да је то једностран акт једне од федералних јединица, а не захтев целог доминиона.

¹² М. Јовичић, *Велики уставни системи – елементи за једно упоредно уставно право*, Београд 1984, 362.

¹³ „Није реч о хоризонталној подели власти, која је спроведена свуда и постала класична (подела власти на законодавне, судске и управне органе), већ о вертикалној раздеоби, која претпоставља препуштање извесних послова и атрибуција државе нижим јединицама, спуштање делова власти одозго доле.“ Л. М. Костић, *Уставно право*, сабрана дела (први том), Београд 2000, 259.

¹⁴ F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris 2000, 584. и H. Kelsen, „La garantie juridictionnelle de la Constitution“, *Revue de droit public*, 1928, 253.

представља питање претпоставке надлежности. Највећи број федерација у свету нерасподељене функције ставља у делокруг федералних јединица, што је потпуно у складу са федералним начелом.¹⁵ Аустралија се у овом смислу сврстава уз већину савезних држава, јер „аустралијски устав набраја надлежности које додељује Комонвелту (одељак 51), препуштајући остатак државама“.¹⁶ Ипак, у надлежности централних органа се налазе есенцијалне државне функције, као што су одбрана, инострани послови, кључна питања из области трговине и најважније социјалне функције. Највећи број федералних надлежности је конкурентан, што значи да их у недостатку савезне регулативе могу уређивати и федералне јединице, али се прописи конститутивних ентитета морају „уклонити пред вишим правом“ чим централни органи донесу одговарајуће прописе (принцип *Bundesrecht bricht Landesrecht*). Међутим, за око сто година примене федералног устава у Аустралији, делокруг федерације је константно прошириван, јер је и ова држава подлегла општим трендовима у развоју федерализма у двадесетом веку, који су у нашој науци окарактерисани као „слабљење федералног начела по садржају“, односно као „јачање функција федерације“.¹⁷ У овој држави је процес ширења федералних надлежности спроведен без формалних измена уставног текста, а највише уставном праксом и судским тумачењем устава. Кључни догађај који је омогућио експанзију федералних надлежности у Аустралији одиграо се 1920. године, када је Врховни суд донео одлуку којом је створио темељ за задирање Комонвелта и у области које му нису изричито поверене. Од тог момента је у Аустралији нашла примену и теорија о имплицитним (прећутним) надлежностима федерације (*implied powers, implied jurisdiction*).¹⁸

4. Несумњиво најпоузданији критеријум разликовања федералне државе од других државних облика, као и од осталих видова федерализма, представља начело партиципације (*le principe de participation*) федералних јединица у обављању власти федерације. Постоји више начина на које се омогућава да федерални колективитети узму учешћа у обављању савезних надлежности, било вршећи те надлежности преко сопствених органа, било учествујући као такве у саставу савезних,¹⁹ али је наука готово једнодушна у ставу да је други

¹⁵ Супротне примере пружају Канада, Индија, Јужноафричка Република и Белгија, а до 1999. године је овој групи припадала и Венецуела.

¹⁶ C. Saunders, 33.

¹⁷ J. Стефановић, 43. и М. Јовичић, (1973), 201.

¹⁸ C. Saunders, 33.

¹⁹ Представљеност федералних јединица у оквиру савезних органа власти „омогућава њихово заједничко деловање и представља лепак који одржава федерацију на окуп“: R. Watts, „Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making“, adapted for the Seminar on Minorities by T. Fleiner, 2005, <http://www.federalism.ch/files/>

(„горњи“) дом федералног парламента састављен од представника федералних јединица *conditio sine qua non* федералног државног уређења и основни облик учешћа федералних јединица у обављању савезних функција. Управо је таква улога поверена аустралијском сенату, федералном дому сачињеном од по 12 непосредно изабраних представника држава-чланица. Иначе, приликом оснивања федерације, свака држава је „слала“ по шест представника у федерални дом, али се тај број током првог века њеног живота удвостручио. Мандат сенатора траје шест година, с тим што се половина састава тога дома обнавља сваке три године. Поред федералних јединица, у сенату су представљени и федерална територија и федерални дистрикт, сваки са по два представника, који се бирају на дупло краће време од репрезентативна држава-чланица (три године).

Почев од 1949. године, сенатори се бирају по систему сразмерног представништва, при чему је свака држава-чланица једна изборна јединица. Пропорционални систем, међутим, није у духу британске парламентарне традиције, јер не води ка формирању стабилне већине у законодавном телу, па је у аустралијској уставној пракси дошло до великих потешкоћа, због чега поједини аутори сматрају да је овакав начин избора произвео „неизбежне последице у примени традиционалног модела одговорне владе“.²⁰ Због тога је током 2003. године влада чак предложила могућност да се у случајевима кад сенат одбије да ратификује одлуку општепредставничког дома, сукоб домова одмах реши на заједничкој седници оба дома. Међутим, у таквом случају би дом представника имао фактичку надмоћ, с обзиром на готово двоструко већи број чланова који улазе у његов састав (150 према 76). Ипак, овакав предлог владе је глатко одбијен и вероватно се у скорије време неће понављати, како због врло негативне реакције јавног мњења коју је изазвао, тако и због врло прецизно уређеног поступка за решавање сукоба домова предвиђеног у Уставу (одељак 57), о којем се доктрина врло похвално изразила, а пракса углавном потврдила позитивне теоријске оцене. Према том поступку, парламент се обавезује да прво у два претреса покуша да отклони несагласност домова. Након тога, у случају да до решења на овај начин не дође, предвиђено је распуштање домова (тзв. „апел на бирачко тело“). Тек на крају, ако сагласност домова изостане и након спроведених парламентарних избора, генерални гувернер сазива заједничку седницу домова, на којој се доноси дефинитивна одлука.²¹ Начин за решавање сукоба домова у Аустралији, који комбинује чак

categories/Summer%20University/participation%20of%20federated%20entities%20in%20policy%20making.pdf, 4. 8. 2006, 1.

²⁰ C. Saunders, 34.

²¹ Детаљније в. В. Петров, *Сукоб домова у дводомном систему*, Београд 2004, 144–145.

три метода за постизање сагласности, у веома малој мери одступа од начела равноправности домова, јер тек после два покушаја проналажења решења у којима ниједан од домова у сукобу нема привилегију да сâм донесе коначну одлуку (два претреса и апел на бирачко тело), уводи неегалитарност, која се огледа у бројчаној надмоћности доњег дома на заједничкој седници. Разуме се, овим и сличним уставним механизмима никако се не може отклонити превласт општепредставничког дома у домену контроле оперативне егzekутиве, која неминуно проистиче из парламентарног система власти.²²

Сумарно, примена федералног начела се у случају другог дома у федерацијама углавном процењује анализом два питања: примене принципа паритета у саставу горњег дома и његовог односа са општепредставничким домом приликом одлучивања. Аустралија у оба аспекта задовољава општеприхваћена упоредноправна правила, с обзиром на то да је сенат сачињен у складу са начелом једнаке представљености држава-чланица и равноправан са домом представника приликом вршења уставотворне и законодавне функције.²³

Поред представништва федералних јединица у централном парламенту, аустралијски уставни систем познаје још неке облике федералне партиципације. То је, пре свега, уставна гаранција (одељак 24) свакој држави-чланици да ће, независно од бројности популације, имати најмање пет представника и у оквиру општепредставничког дома (тзв. „позитивна дискриминација“). Такође, савезни кабинет укључује најмање по једног министра из сваке државе, иако то није изречан уставни захтев, већ је услед дуготрајне примене ово правило добило снагу уставне конвенције. Поменуто решење помало изненађује, с обзиром на то да Аустралија спада у групу федерација са етнички хомогеним становништвом, у којима се, по правилу, не води рачуна о географској припадности, већ о стручности чланова владе (*merit system*). Поред тога, Комонвелт је дужан да консултује конститутивне ентитете и приликом избора судија Врховног суда, који је једини федерални суд у овој савезној држави.²⁴ На крају, и процедура за амандирање устава, о којој ће у наставку текста бити више говора,

²² То је разлог због којег у свим државама у којима се федерализам „преплиће“ са парламентаризмом (од познатијих, то су још Немачка, Аустрија, Белгија, Канада и Индија), општепредставнички дом, највише због „монопола“ контроле над радом владе, односи превагу над федералним, како по овлашћењима тако и по утицају.

²³ Кад је реч о законодавној функцији, Устав Аустралије ипак познаје слушајеве у којима домови немају једнаку надлежност, с обзиром на то да су закони који се односе на приходе, новац и порезе у искључивој надлежности Дома представника (одељак 53. Устава).

²⁴ C. Saunders, 34. Супротно сматра М. Јовичић, 259, који каже да „у Канади, Аустралији и Индији чланове врховног суда именује шеф егzekутиве, тако да федерале јединице немају могућност утицаја на састав суда (...)“.

укључује федералне јединице као такве, што је један од есенцијалних захтева у свакој федерално уређеној држави.²⁵

5. Битан аспект сваког федералног уређења представља и степен самосталности његових конститутивних јединица, који се утврђује и јамчи федералним уставом, а који се обично назива начелом аутономије федералних јединица (*le principe de autonomie*). Ово начело садржи различите гаранције посебног положаја федералних јединица, које представљају јаку замену за њихову претходно одузету сувереност. Најважнија јемства самосталности федералних јединица су: савезним уставом утврђена надлежност (расподела надлежности), постојање њихових сопствених законодавних, извршних и судских система органа, као и право на самоорганизовање, које се реализује доношењем сопствених устава. Као што је и уобичајено у федералним државама насталим методом агрегације, аустралијске државе-чланице уживају висок степен самосталности, с обзиром на то да савезни устав „не поставља практично никакве услове за организацију федералних јединица“.²⁶ Без обзира на то што су у реализацији свог права самоорганизовања скоро потпуно слободне, у уставним системима аустралијских конститутивних ентитета се јављају велике сличности, а једино веће одступање од симетрије у њиховој организацији представља једнодомни парламент Квинсленда, пошто у свим осталим државама-чланицама парламенти имају бикармералну структуру.

6. И питање начина измене и допуне устава има посебну важност у федерално уређеним државама, „због тога што се њиме, као основним конститутивним актом федерације, утврђује статус федералних јединица и расподела функција између савеза и федералних јединица“.²⁷ Једно од основних питања која се с тим у вези постављају јесте у којој је мери федералним ентитетима као таквим омогућено да утичу на поступак ревизије савезног устава. Устав Аустралије у одељку 128. предвиђа ревизиони поступак у којем се кумулативно примењују одлучивање у парламенту и прихватање тих измена од грађана на референдуму. „Овај механизам одражава како федерални карактер устава, тако и поступак путем којег је он првобитно ступио на снагу.“²⁸ Наиме, након прихватања амандмана апсолутном већином у оба дома савезног парламента, захтева се да га

²⁵ „Најважнији облик партиципације федералних јединица у власти федерације је њихово учешће у вршењу уставотворне власти.“ Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2003, 487.

²⁶ М. Јовичић, 99.

²⁷ М. Јовичић, 361. „Сваки федерални систем владавине који смо испитали предвиђа партиципацију локалних јединица у ревизионој власти.“ К. Ј. Фридрих, 181.

²⁸ С. Saunders, 36.

прихвати и већина бирача у целој Аустралији, као и већина бирача у већини федералних јединица.²⁹ На овај начин се гарантује не само да се за измену устава мора изјаснити већина бирача, него и да њихов територијални распоред буде такав да изражава вољу већине држава-чланица, што обезбеђује широку примену федералног начела.

Међутим, Устав Аустралије се, за нешто више од једног века примене, показао врло резистентним на покушаје за његову измену, јер је усвојено свега осам од укупно 44 предлога који су стављени на народно гласање, од чега су најмање два амандмана усвојена веома тесном већином на референдуму. Разлог такве праксе се не може наћи у претераној чврстости устава, јер се у другој класичној федерацији, Швајцарској, од које је Аустралија и „позајмила“ ревизиону процедуру, савезни устав без већих потешкоћа често мења и допуњује. Због тога можемо констатовати да су друштвени и политички услови, као и менталитет грађана у Аустралији, потпуно друкчији него у Швајцарској (конзервативизам аустралијског становништва је много јаче изражен). Поред тога, јасно је и да се чланови аустралијског сената нису у пракси показали верним репрезентима својих федералних јединица, пошто су се између њихових ставова и ставова њихових бирача појављивале значајне разлике. Отпор који је бирачко тело перманентно изражавало јачању влашћења центра, нагнао је идеологе проширивања надлежности федерације да прибегну фактичким изменама устава, путем његовог судског тумачења, као и развоју кооперативног федерализма, поспешивањем сарадње између федерације и држава-чланица.³⁰

Стога се у најблиској вези са променама савезног устава у Аустралији налази институт контроле уставности закона. Иначе, у доктрини постоји став да постојање судске контроле уставности, поред другог дома савезног парламента, представља најважнију карику у ланцу федералног државног уређења. Разлог за то је што је њеним установљавањем „у виду једног судског органа, стављена извесна брана неконтролисаном ширењу таласа централизма“,³¹ на једној, као и претераном дејству центрифугалних сила, на другој страни, па није претерано рећи да је систем судске контроле уставности „најпоузданија санкција за очување федералне структуре“ (Џ. Сојер).³² Судски орган који испитује уставност закона представља својеврсног „чуvara федерације“, обављајући на првом месту надзор над пошто-

²⁹ Интересантно је да је проста већина федералних јединица у овој држави (четири од шест) уједно и њихова двотрећинска већина.

³⁰ С циљем остваривања што боље сарадње на свим нивоима, формирани су и неки веома значајни органи, као што су Конференција премијера (*Premiers' Conference*) и Веће за зајмове (*Loan Council*).

³¹ М. Јовичић, 254.

³² G. Sawyer, *Modern Federalism*, London 1969, 155.

вањем одредаба о расподели надлежности, које представљају срж највишег федералног општег правног акта. Поред тога, он најчешће добија задатак и да решава евентуалне сукобе компетенција између федерације и федералних јединица, па се поверавањем конфликтне надлежности овом органу „остварује права политичка идеја федерализма да такве спорове не решава неки савезни орган као политичко питање, већ неутрални судски орган као правно питање“.³³ О значају уставносудске функције у савезним државама најбоље сведочи податак да су и систем децитарлизоване контроле (од редовних судова) и систем централизоване контроле уставности (од посебних уставних судова) креирани управо у федерацијама (САД 1803. и Аустрији 1920. године), па се, по државама у којима су стилизовани, називају и амерички, односно аустријски модел. Пошто је целокупно аустралијско државно уређење створено под снажним утицајем Устава САД из 1787, логично је што су њени уставни архитекти и у домену оцене уставности прихватили један од најгенијалнијих изума америчког федерализма. Велика сличност између два система се запажа „како у односу између појединих категорија општих аката, организационим решењима, надлежности судова и сл., тако и у ефектима које је оцена уставности имала на регулисање односа федерације и федералних јединица“.³⁴ Управо је тај утицај судске оцене уставности имао главну ролу у еволуцији федералног система, јер је, суочен са неслагањем грађана са предлозима за формалне промене устава, аустралијски савезни парламент почео да прибегава доношењу закона који су у ствари значили мењање устава (закони *contra constitutionem*).³⁵ Но, парламент не би био у стању да самостално мења правни акт највеће снаге хијерархијски нижим актом без „асистенције“ врховног суда, који је већину таквих закона проглашавао уставним. Међутим, таква ситуација у погледу промене устава путем редовног законодавства наводи многе ауторе на постављање питања да ли је улога врховног суда који доноси одлуке које су у јасној супротности са изричито израженом вољом грађана у складу са демократским принципима.

7. Из кратког прегледа уставних решења у Аустралији се јасно види да се ова земља у погледу федералног државног уређења углавном уклапа у давно постављене „доктринарне калупе“ и задовољава

³³ Р. Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд 1973, 47. „Судско тијело за решавање спорова између централних и локалних власти, као и између саставних јединица, затиче се у већини федералних система“, К. Ј. Фридрих, 186.

³⁴ М. Јовичић, 266. Генерално посматрано, бивше британске колоније „су установиле ексклузивну надлежност својих врховних судова у уставним питањима, што води ка централизованом систему контроле уставности“ (А. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989, 180).

³⁵ „До највећих промена у погледу овлашћења Комонвелта од 1901. је дошло путем судског тумачења, а не формалним изменама устава“, W. Livingston, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford 1956, 147.

углавном све критеријуме који се захтевају да би једна држава теоријски могла да се оквалификује као федерација. Дакле, институционални индикатори недвосмислено показују да је реч о савезној држави у којој је примена федералног начела доследно спроведена у свим сферама државне организације, што и не треба да изненађује, јер је реч о једној од сложених држава, на основу чијих су уставних решења теоријске апстракције и формулисане. Међутим, познато је да политичке институције федералних држава ни у једном моменту не мирују, већ непрестано одражавају „унутрашњу игру“ и равнотежу центрипеталних и центрифугалних сила, што је најчешће узроковано извесним променама у друштвеним односима, које се затим непосредно одражавају и на саму државну организацију. Другим речима, „федерализам никако не спада у јасне и једноставне институције које, једном установљене, могу дуго да трају, без потребе да се у њима било шта мења“.³⁶ Најбољи пример за материју у којој су константно нужне интервенције и о којој је у Аустралији са подједнаким жаром дискутовано пре пола века и данас представљају пореска питања, где је федерација постепено ширила своје надлежности, које су и приликом оснивања државе биле велике.³⁷ Међутим, две тренутно „најврелије“ уставне теме у овој савезној држави, која је недавно закорачила у други век примене федерализма, су питања промене федералне структуре и облика владавине. Уз то, велика пажња се посвећује и прецизирању и унапређењу норми о расподели функција и прилагођавању постојеће федералне надлежности у међународним односима трендовима глобализације и интернационализације.

Мада од оснивања аустралијске федерације ниједанпут није дошло до реализације уставних могућности за промену федералне структуре, било пријемом нове државе-чланице, било стварањем нове федералне јединице на постојећој територији, почев од деведесетих година прошлог века се веома актуелизовало питање статуса Северне Територије. Та федерална територија је дуго била подручје које се налазило под непосредном и искључивом влашћу савезних органа, али је постепено добијала све ширу самоуправу, па се данас може казати да одговара теоријском облику јединице територијалне аутономије. У овом моменту, Северна Територија има сопствени (једнодомни) парламент, владу и администратора, којег поставља аустралијски генерални гувернер, на предлог првог министра Северне Територије. Сигурно је да ће ово слабо насељено подручје, за које аустралијски писци обично кажу да има статус самоуправне територије (*self-governing territory*), у будућности добити статус државе-чланице, али је питање да ли је ова јединица у овом тренутку „сазрела“ да постане конститутивни ентитет аустралијске федерације. Ина-

³⁶ М. Јовичић, (1984), 365.

³⁷ С. Saunders, 34–35. и М. Јовичић, 193 и даље.

че, овај проблем је изазвао велика спорења у јавности пре једне деценије, али је покрет који се залагао за промену федералне структуре поражен, а „контроверзни процес стварања устава нове државе је кулминирао гласањем ‘против’ од стране самих житеља Северне Територије“.³⁸ Ипак, питање није дефинитивно стављено *ad acta*, јер је влада ове самоуправне јединице, изабрана 2001. године, предузела подухват за благовремено оживљавање идеје њеног промовисања у нову државу-чланицу.³⁹

Друго стојерно уставно питање, које се нарочито актуелизовало током последње деценије двадесетог века, јесте промена облика владавине, односно претварање Аустралије у републику и дефинитивно пресецање формалних веза са Британском круном. С тим циљем је 1999. године спроведен и референдум, на којем је бирачко тело имало прилику да се изјасни о увођењу републике. Иако је референдум завршен негативним исходом, укидање монархије је и даље једна од најважнијих тема у политичком животу аустралијске федерације. Облик владавине је, иначе, врло релевантан чинилац за федерално државно уређење, јер у науци постоји став да он на свим нивоима власти у савезној држави мора бити исти.⁴⁰ Тако је у Аустралији британска краљица представљена не само на националном нивоу, већ и на нивоу свих држава-чланица, и то од генералних гувернера које и даље именује на предлог првих министара. Због тога би прелазак на републикански облик владавине произвео ефекте и на уставна уређења шест федералних јединица, које би онда, свака за себе, морале да пронађу решење у погледу организације шефа државе. Другим речима, „у случају да постане република, неопходно би било да Аустралија пронађе алтернативне аранжмане како на нивоу федералних јединица, тако и на нивоу Комонвелта“.⁴¹ Међутим, с обзиром на то да монарх у Аустралији, као уосталом и у већини парламентарних монархија у свету, није носилац ефективне власти, изгледа да би трансфер са монархијског на републикански облик владавине довео до великих проблема у проналажењу институционалних аранжмана, али не и до суштинских промена у функционисању постојећих уставних система у Аустралији. Влада би, наиме, сигурно и

³⁸ C. Saunders, 39.

³⁹ Поред тога, у вези с променом федералне структуре аустралијске федерације, треба поменути извесне наговештаје могућег ступања Аустралије у неки вид савеза са Новим Зеландом, о којем се говори у последње време, а формирана је и комисија с циљем да изврши усклађивање правних система двеју држава у области трговине.

⁴⁰ М. Јовичић, 96, сматра да је „неопходно да облик политичког режима односно облик владавине примењени у федералним јединицама које сачињавају једну федерацију буду истоветни“.

⁴¹ C. Saunders, 39.

даље остала „активна власт“, која би наставила да у својим рукама држи оперативна извршна овлашћења, како у федерацији тако и у државама-чланицама.

Потреба да се с времена на време, било формалном ревизијом или фактички, интервенише у уставне одредбе о подели надлежности је уобичајена појава у савременим федерацијама. Искуство је показало да се од свих елемената федералног устава еволуција друштвених односа најпре рефлектује на поделу надлежности, како због појаве нових државних функција (пре свега, услед технолошког развоја), тако и због повремених потреба за „пребацавањем“ извесних функција из једне надлежности у другу, односно за њиховом прерасподелом. До стављања послова из делокруга федералних јединица у надлежност савезних органа најчешће долази када извесно подручје друштвених односа добије тзв. „савезни значај“, тј. када се створи потреба за једнообразним регулисањем у том домену. У аустралијској федерацији кључну улогу у овом процесу игра врховни суд, који својим тумачењем проналази одговарајућа решења за расподелу функција. Последњи случај из ове области који је привукао пажњу аустралијске политичке и научне јавности тичао се доношења правних прописа који се односе на компаније, а на основу тог конкретног случаја је креирана и тзв. „техника упућених надлежности“ (*reference powers*). Наиме, иако је федерација одувек у основи била надлежна за доношење прописа везаних за компаније (одељак 51, тачка XX Устава), та надлежност није била свеобухватна. Због тога је аустралијско компанијско право деценијама функционисало на основу „комплексне схеме“, која је захтевала блиску сарадњу између различитих нивоа власти, што је често узроковало непотребна успоравања и потешкоће у пракси. Међутим, током 1999. и 2000. године врховни суд је донео одлуке које су разјасниле многе недоумице у овој области, али и неке дилеме начелног карактера, „укључујући додељивање јурисдикције држава-чланица федералном суду и надлежности држава-чланица савезним органима“.⁴² Затим су у области компанијског права створени нови правни аранжмани, које је савезни парламент усвојио на основу надлежности које су му делегирале („упутиле“) федералне јединице. Описана техника упућивања надлежности је након тога употребљена у још неким областима (на пример, приликом доношења антитерористичких закона), где се такође показала као врло ефикасан инструмент, па постоји велика вероватноћа да ће у будућности имати ширу примену.

Конечно, интернационализација и глобализација на многим подручјима правног регулисања су произвеле значајне последице на функционисање аустралијске федерације, јер се поставило питање надлежности за извршење међународних уговора закључених од са-

⁴² *Ibid.*, 38.

везних органа. У вези с тим, врховни суд је заузео став да федерална надлежност за вођење спољне политике (одељак 51, тачка XXIX Устава), подразумева и могућност савезног законодавца да донесе норме неопходне за примену свих међународних обавеза које Аустралија преузме. То значи да Комонвелт може да уређује чак и оне материје за које уопште није надлежан на унутрашњим плану и на тај начин задире у делокруг држава-чланица. Оваква надлежност федералних власти, разуме се, неминовно може да доведе до много веће централизације аустралијске федерације, а при томе представља и плодно тле за разне злоупотребе овлашћења. Ипак, да до таквих последица не би дошло, вођење спољне политике је уређено читавом серијом споразума између федерације и конститутивних ентитета, којима су прецизно прописане процедуре за консултације и механизми заштите интереса федералних јединица. Иако је Комонвелт задржао примат у области иностраних послова, државе-чланице имају могућност да утичу на обављање те државне функције, јер је у ту сврху чак установљен и посебан међувладин орган – Уговорни савет (*Treaties Council*), који је додатно ојачао положај федералних јединица, а прописани су и нови правни поступци који омогућавају већи уплив парламента у процес међународног уговарања.

8. На крају, иако питање хоће ли се шесточлана федерална монархија трансформисати у седмочлану савезну републику вероватно делује веома интригантном, сматрамо да таква трансформација не би изазвала велике промене у функционисању аустралијског федералног аранжмана, који је током више од једног века показао изузетну стабилност. Формирање седме федералне јединице не би изазвало велике потресе у функционисању система, јер су аустралијске политичке институције изграђене имајући у виду потребе њеног друштва и налазе се у потпуном складу са тамошњим политичким менталитетом, па би биле у стању да без већих проблема апсорбују и крупније промене федералне структуре. Облик владавине, с друге стране, није од пресудног значаја за функционисање извршне власти у парламентарном режиму, пошто у том систему влада представља „гравитациони центар“ политичке власти. Ако се, поред тога, има на уму да аустралијски генерални гувернер већ одавно има положај и овлашћења која одговарају онима које имају председници парламентарних република, јасно је да би раскид Аустралије са Британском круном изазвао промену једино у начину његовог доласка на функцију – избор у оквиру парламента уместо именовања од стране монарха. Ипак, ако би избор шефа државе вршили непосредно бирачи (што није искључено, имајући у виду јак утицај уставног модела САД), чиме би он стекао демократски легитимитет једнак парламенту, могуће је да би се и његова овлашћења повећала, што би аустралијски облик државне власти „померило“ према мешовитом (полупредседничком) систему.

Marko Stanković

Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

AUSTRALIAN FEDERALISM – CHALLENGES AT THE BEGINNING OF ITS SECOND CENTURY

Summary

The federal system combined with parliamentary regime, predominantly inspired by the constitutional arrangements of the Great Britain and the USA, turned out to be the optimal solution for constitutionalization of the Australian political community. One century after promulgation of its federal constitution, Australia has built the stable and democratic political institutions, which correspond to the federal principles defined in its constitutional doctrine (the principles of supremacy, autonomy and participation). The greatest anomaly of the Australian federal arrangement is in its specific technique of *de facto* constitutional changes. These changes occur by means of adopting the laws which are opposing to the constitution, and their confirmation by the Supreme Court through the exercise of power of judicial review. Australia has faced some new challenges at the end of the 20th century, and amongst those challenges one should stress out the transfer from monarchy to the republic and the creation of the new federal entity (Northern Territory). The Australians voted against these two changes, but the way those issues were resolved shows that any similar questions in the future should not disturb the coherence of the Australian constitutional system.

Key words: *Australia. – Federalism. – Federal constitution. – System of government. – Division of powers.*

Угљеша Грушић,

сарадник у настави Правног факултета
Универзитета у Београду

ДЕЈСТВО ПРОРОГАЦИОНИХ СПОРАЗУМА У ЕВРОПСКОМ, ЕНГЛЕСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

Страна и домаћа лица се могу договорити да ће судови одређене државе имати надлежност да реше спорове који настају из или поводом њихових уговорних односа. Већина странаца који послују у Србији долази из неке од земаља ЕУ и изабрани судови су или судови неке државе ЕУ или српски судови. Такви споразуми о избору суда (пророгациони споразуми) производе одређено дејство по одредбама европског и по одредбама српског права. Сврха овог рада јесте да истражи дејство које овакви споразуми имају под ова два правна режима. Међутим, нису сви такви споразуми покривени европским законодавством, пре свега Брисел I регулативом, и у таквим случајевима национална права су примењива. Стога, решења енглеског права, као типичног представника Common Law приступа, биће упоређена са решењима европског и српског права, који одражавају Civil Law приступ.

Први део овог рада се бави дејством пророгационих споразума по одредбама европског права. Други део истражује њихово дејство по енглеском праву. Трећи део излаже решења српског права. Четврти део садржи закључак, указујући на неке потенцијалне проблеме.

Кључне речи: *Пророгациони споразуми. – Дејство пророгационих споразума. – Брисел I регулатива. – Енглеско право. – Српско право.*

Страна лица која послују у Србији често инсистирају на томе да уговори које закључују са српским лицима садрже или одредбу којом се уговара надлежност међународне арбитраже или одредбу којом се уговара надлежност страног суда у случају спора. Насупрот томе, домаћа лица понекад настоје да се спорови из или поводом уговора са страним лицима повере на решавање српском суду. Велики број ових страних лица долази из Европске уније (ЕУ). Споразуми о надлежности суда (пророгациони споразуми), закључени са таквим лицима производе одговарајуће дејство како по одредбама европског, тако и по одредбама српског права. Имајући то на уму, сврха

овога рада јесте да покаже какво се дејство даје пророгационим споразумима у европском и српском праву.

У праву ЕУ ова материја је великим делом уређена Бриселском регулативом о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (у даљем тексту „Брисел I регулатива“ или „Регулатива“).¹ Уопштено посматрано, одредбе Брисел I регулативе се примењују у оквирима који су утврђени чл. 1. регулативе.² У тим оквирима, Регулатива даље сужава домен своје примене само на споразуме којима се уговара надлежност суда неке од држава чланице ЕУ.³ Регулатива се не примењује на споразуме којима се уговара надлежност суда државе која није чланица ЕУ. На питања која не потпадају у оквир Регулативе, примењују се национални прописи држава-чланица, које на различите начине уређују ово питање. Дакле, пророгациони споразуми којима лице из ЕУ и српско лице уговоре надлежност суда државе-чланице ЕУ производе одговарајуће дејство по одредбама Регулативе и по одредбама српског права. Споразуми којима би иста та лица уговорила надлежност српског суда производе дејство по одредбама националних прописа држава-чланица ЕУ и по одредбама српског права. Специфична ситуација настаје у погледу споразума које закључе страно лице које није домицилирано у ЕУ и српско лице, а којим се уговара надлежност суда државе-чланице ЕУ. Такви споразуми могу произвести одговарајуће дејство по одредбама националног права државе-чланице чији је суд изабран, по одредбама Регулативе и по одредбама српског права.

Национални прописи држава-чланица ЕУ се разликују у погледу уређивања дејства које се даје пророгационим споразумима. Анализа националних прописа свих држава-чланица превазилази оквире овога рада. Међутим, уопштено посматрано, државе-чланице се могу поделити на две врло широке групе, у зависности од правне традиције којој припадају: на земље *Civil Law* система, с једне стране, и на земље *Common Law* система, с друге стране. Брисел I регулатива се заснива на Бриселској конвенцији о надлежности и извршењу судских пресуда у грађанским и трговачким стварима из 1968. године (у даљем тексту „Бриселска конвенција“ или „Конвенција“).⁴ Ову конвенцију су усвојиле шест првобитних чланица ЕЕЗ (Белгија, Италија,

¹ Регулатива Савета бр. 44/2001 од 22. децембра 2000, *OJ* 2001 L 12/1.

² Чл. 1. ст. 1. Регулативе на уопштен начин прописује: „Ова регулатива ће се примењивати у грађанским и трговачким стварима без обзира на природу суда или трибунала. Неће се примењивати, нарочито, на питања које се тичу јавних прихода, царина или управних ствари.“ (ауторов превод). Чл. 1. ст. 2. прописује изузетке од примене Регулативе.

³ Чл. 23. Регулативе.

⁴ *OJ* 1978 C 221/2.

Луксембург, Немачка, Француска и Холандија), које све припадају првој групи *Civil Law* земаља. Из тог разлога Конвенција, а и Регулатива која је на њој заснована, одражавају правну традицију присутну у тим земљама. Тек након ступања на снагу Конвенције 1973. године, њој су приступиле земље *Common Law* система, у првом реду Велика Британија 1978. године. Стога се Регулатива може узети као представник *Civil Law* групе земаља, а енглеско право као представник *Common Law* групе земаља.

Из тих разлога пажњу усмеравамо на поређење дејства које се даје пророгационим споразумима по одредбама Брисел I регулативе и енглеског права, које одражавају два приступа присутна у ЕУ, и српског права. Поред разумевања потпуног дејства које се даје пророгационим споразумима, поређење између европског и српског права је нарочито оправдано имајући на уму да је опредељење Републике Србије улазак у ЕУ. Када се то деси, одредбе Регулative ће се примењивати директно и на њеној територији. Домаћа правила у овој области биће примењивана само у ограниченом броју случајева који не потпадају под окриље Регулative.

1. ДЕЈСТВО ПРОРОГАЦИОНИХ СПОРАЗУМА ПО БРИСЕЛ I РЕГУЛАТИВИ

Брисел I регулатива уређује дејство пророгационих споразума само у погледу одређивања међународне надлежности судова држава-чланица ЕУ, а не и у погледу признања и извршења судских одлука. Наиме, правила Регулative о признању и извршењу се примењују само на судске одлуке донете од суда државе-чланице.⁵ Основни циљ Регулative јесте остварење слободног промета судских одлука у оквиру ЕУ, а то се постиже полуаутоматским признањем и извршењем судских одлука донетих у ЕУ и ограничавањем броја приговора који се могу уложити против признања и извршења таквих одлука. Ово се нарочито огледа у правилима да суд државе признања не може да преиспитује међународну надлежност суда који је донео одлуку и да тест јавног поретка не може да се примени на правила о надлежности.⁶

Главне одредбе Регулative које уређују општи режим пророгације су садржане у чл. 23. Ове одредбе се примењују на пророгацио-

⁵ Чл. 32. Регулative.

⁶ Чл. 35. ст. 3. Регулative. Међутим, чл. 35. ст. 1. садржи изузетак од општег правила и дозвољава да се одбије признање судске одлуке коју је донео суд државе-чланице уколико је она у супротности са одредбама којима се уређује надлежност у стварима које се тичу осигурања и потрошачких уговора (али не и уговора о раду), укључујући ту и одредбе о пророгационим споразумима.

не споразуме који улазе у оквир Регулативе, утврђен чл. 1, којима је уговорена надлежност суда или судова државе-чланице ЕУ. Дејство таквих пророгационих споразума зависи од домицила лица које их закључују. Уколико је бар једна од страна⁷ домицилирана⁸ у некој од држава-чланица ЕУ, такви споразуми представљају основ за заснивање надлежности изабраног суда или судова државе-чланице. Ако ниједна од страна није домицилирана у ЕУ, такви споразуми уопште-но гледано спречавају судове других држава-чланица да заснују надлежност.

1.1. Дејство пророгационих споразума код којих је бар једна од страна домицилирана у ЕУ

Пророгациони споразуми код којих је бар једна од страна домицилирана у ЕУ су уређени чл. 23. ст. 1. Регулативе. Такав споразум даје надлежност изабраном суду или судовима, која може бити искључива или конкурентна. Уколико се стране не договоре о дејству пророгационог споразума, претпоставља се да такав споразум даје искључиву надлежност.⁹ Да ли споразум даје искључиву или конкурентну надлежност утврђује се тумачењем споразума, без обзира на то да ли је реч „искључив“ употребљена.¹⁰ Тумачење се обавља у складу са правом које је меродавно за конкретни пророгациони споразум.¹¹

Дејство споразума којим се стране договоре да ће изабрати суд имати конкурентну надлежност је позитивно, у том смислу што се даје надлежност изабраном суду, не искључујући надлежност суда или судова одређених осталим одредбама Регулативе. Изабрани суд је у обавези да прихвати надлежност – он није у могућности да је одбије.¹² У таквом случају могу постојати два или више судова са

⁷ Није значајно да ли је страна која је домицилирана у ЕУ тужилац или тужени.

⁸ Домицил физичких лица се утврђује у складу са националним прописима држава-чланица ЕУ (чл. 59. Регулативе), а домицил правних лица се утврђује у складу са униформним правилима садржаним у чл. 60. Регулативе.

⁹ Чл. 23. ст. 1. Регулативе.

¹⁰ L. Colins (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London 1993¹², I, 422, потврђено од енглеског *Court of Appeal* у *S&W Berisford plc v. New Hampshire Insurance Co Ltd* [1990] 1 Lloyd's Rep 454, 457, где се суд позвао на ранију одлуку Апелационог суда у *Sohio Supply Co Ltd v Gatoil (USA) Inc* [1989] 1 Lloyd's Rep 588, 591.

¹¹ P. North, J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, Oxford 1999¹³, 239. За истоветно схватање енглеских судова в. *Evans Marshall & Co Ltd v Bertola SA (No.1)* [1973] 1 WLR 349, 361.

¹² Традиционална *common law* правила енглеског права се у овом погледу битно разликују. Изабрани суд је овлашћен да одбије надлежност, одбијајући да да дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције или застајући са поступком.

конкурентном надлежношћу. Тужилац тада има право избора. Он може покренути поступак било пред судом који је уговорен били пред судом или судовима који су одређени осталим одредбама Регулative. Када тужилац начини избор, правила Регулative о литиспенденцији решавају позитиван сукоб надлежности.¹³ Суд који је раније отпочео поступак¹⁴ има предност у односу на остале судове. Сви други судови су дужни да *ex officio* застану са поступком и да сачекају док првопоступајући суд не одлучи о својој надлежности.¹⁵ Уколико тај суд утврди да је надлежан, сви други судови су дужни да одбаце тужбу и да се огласе ненадлежним.¹⁶ Сви судови осим првопоступајућег суда морају да застану или обуставе поступак и немају дискреционо право да друкчије поступе.¹⁷

Споразуми којима се стране договоре да ће изабрани суд имати искључиву надлежност имају двоструко дејство. Као прво, такви споразуми имају позитивно дејство, које се огледа у томе што је уговореном суду дата надлежност да реши спор. Тај споразум такође обавезује суд који нема дискреционо право да одбије надлежност. Као друго, такви споразуми имају негативно дејство, које се огледа у томе што је уговореном суду дато *искључиво* право и дужност да реши спор. Судовима осталих држава-чланица, који би иначе били надлежни по осталим одредбама Регулative, одузима се надлежност и они морају да застану или обуставе поступак.¹⁸ Другим речима, такви споразуми истовремено и пророгирају и дерогирају надлежност.

Да би се утврдило потпуно дејство пророгационих споразума, неопходно је упоредити дејство чл. 23. Регулative са дејством осталих њених чланова, пре свега чл. 22, који регулише искључиву надлежност, чл. 24, који регулише прећутну пророгацију и чл. 27, који регулише литиспенденцију. Чл. 23. нема првенство у односу на чл. 22. Не може се одступити од искључиве надлежности путем пророгационог споразума.¹⁹ Чл. 23. такође уступа првенство чл. 24. Уколико тужилац, упркос постојању споразума који даје искључиву над-

¹³ Традиционална *common law* правила се и у овде битно разликују. Проблем сукоба надлежности је решен тако што енглески суд може одбити да да дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције, може застати са поступком или може наложити уговорној страни да не отпочиње са поступком пред страним судом или да обустави такав већ започети поступак.

¹⁴ Чл. 30. Регулative на униформан начин одређује када се сматра да је суд отпочео поступак.

¹⁵ Чл. 27. ст. 1. Регулative.

¹⁶ Чл. 27. ст. 2. Регулative.

¹⁷ Одлука Европског суда правде у случају C-116/02 *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl*. [2003] ECR I-14693.

¹⁸ Чл. 27. Регулative.

¹⁹ Чл. 23. ст. 5. Регулative.

лежност суду једне државе-чланице, покрене поступак пред судом неке друге државе-чланице, тужени се може упустити у спор без истицања приговора ненадлежности. У том случају ће се сматрати да су странке прећутно пророгирале надлежност суда друге државе-чланице.²⁰ У прошлости су постојале недоумице у погледу односа између чл. 23. и 27. Регулative. Енглески судови су, на пример, најпре заузели став да чл. 23. треба дати предност. Тако је енглески *Court of Appeal* у случају *Continental Bank NA v. Aeokos Cia Naviera SA*²¹ одбио да застане са поступком, сматрајући да би било супротно „структури и логици“ Бриселске конвенције (која је претходила Брисел I регулативи) и противно принципу процесне аутономије странака уколико би се једној страни пророгационог споразума дозволило да га заобиђе тако што би покренула поступак пред судом неке друге државе-чланице.²² Међутим, ово питање је коначно решио Европски суд правде у случају *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*.²³ У овом случају, суд је стао на становиште да тадашњи чл. 21. Бриселске конвенције (данашњи чл. 27. Регулative) треба тумачити тако да је другопоступајући суд, који је изабран пророгационим споразумом, у обавези да застане са поступком док првоступајући суд одбаци тужбу и огласи се ненадлежним.²⁴ Разлог за овакву одлуку суда је тај што је чл. 21. Бриселске конвенције (данас чл. 27. Регулative) садржао јасно процедурално правило засновано искључиво на хронолошком реду отпочињања поступака пред судовима о којима је реч и тај што другопоступајући суд није био у бољем положају од првоступајућег суда да утврди да ли овај има надлежност, будући да је надлежност била директно одређена одредбама Бриселске конвенције (данас Регулative). С обзиром на то да су одредбе овог правног инструмента примењивала оба суда приликом заснивања надлежности, оба су га могла тумачити и примењивати са подједнаким ауторитетом.²⁵ Међутим, ово правило је могуће критиковати зато што оно погодује странци која жели да одуговлачи са поступком. Таква странка може одложити доношење мериторне одлуке изабраног суда тиме што ће покренути поступак пред судом неке од држава-чланица које

²⁰ Одлука Европског суда правде у случају 150/80 *Elefanten Schuh GmbH v. Jacqmain* [1981] ECR 1671.

²¹ [1994] 2 All ER 540.

²² *Ibid.*, 549 и 550.

²³ В. напомену бр. 17.

²⁴ Интересантно је то што је А. Г. П. Лежер (*P. Léger*) у свом мишљењу у параграфима 43. до 83. стао на становиште да би требало дозволити другопоступајућем суду да не застаје са поступком у случају када нема сумње у погледу примене пророгационог споразума који њему даје искључиву надлежност. Такође R. Fentiman (2005) 42 CML Rev 241; *Mance*, „Exclusive jurisdiction agreements and European Ideals“, *Law Quarterly Review* 120/2004, 357.

²⁵ *Ibid.*, параграфи 47. и 48.

су познате по претераној дужини судских поступака који се пред њима воде.

1.2. Дејство пророгационих споразума код којих ниједна од страна није домицилирана у ЕУ

Члан 23. ст. 3. се примењује у ситуацијама у којима стране које нису домицилиране у ЕУ закључе пророгациони споразум којим уговарају надлежност суда или судова државе-чланице ЕУ. Он прописује да судови других држава-чланица немају надлежност да реше спор, осим уколико се изабрани суд или судови не огласе ненадлежним. Регулатива не одређује услове под којима судови држава-чланица морају да прихвате надлежност у таквим ситуацијама – питање пуноважности пророгационог споразума је остављено националним прописима државе-чланице чији је суд изабран као надлежан (*lex fori prorogati*). Уколико изабрани суд заснује надлежност на основу пророгационог споразума, дејство таквог споразума је негативно. Судови других држава-чланица немају надлежност да реше спор и морају да се огласе ненадлежним.

1.3. Дејство пророгационих споразума у случајевима који се тичу осигурања, потрошачких уговора и уговора о раду

Посебне одредбе Регулативе се баве пророгационим споразумима у стварима које се тичу осигурања, потрошачким уговорима и уговорима о раду.²⁶ Ове одредбе предвиђају строже услове за пуноважност пророгационих споразума од услова прописаних чл. 23. Регулативе, с тим што истовремено и услови из чл. 23. морају бити задовољени.²⁷ Сврха ових одредаба јесте заштита слабије стране – осигураника, потрошача, запослених. Заштита се остварује тако што се ограничава дејство пророгационих споразума у случајевима у којима слабија страна није домицилирана у држави изабраног суда. Дејство пророгационих споразума који испуњавају прописане услове јесте да они могу дерогирати одредбе о надлежности којима се штите слабије стране.

1.4. Дејство пророгационих споразума којима се уговара надлежност суда државе која није чланица ЕУ

Посебан проблем у режиму успостављеним Брисел I регулативом представљају пророгациони споразуми који потпадају под окриље Регулативе и којима се уговара надлежност суда државе која

²⁶ Чл. 13, 14 (уговори о осигурању), 17 (потрошачки уговори) и 21 (уговори о раду).

²⁷ P. North, J. Fawcett, 227–228; L. Colins, 357.

није чланица ЕУ у случајевима када постоји неки од основа надлежности предвиђених Регулативом. Уколико у таквом случају тужилац покрене поступак пред судом државе-чланице позивајући се на један од основа надлежности предвиђених Регулативом, поставља се питање да ли тај суд може да застане са поступком или да се огласи ненадлежним у корист изабраног суда треће државе. Наиме, надлежност суда државе-чланице се заснива на изричитој одредби Регулативе, а која признаје дејство само пророгационим споразумима којима је уговорена надлежност суда државе-чланице. Регулатива ни на који начин не регулише дејство пророгационих споразума којима се уговара надлежност судова трећих држава. Стога, судови државе-чланице нису овлашћени самом Регулативом да застану или обуставе поступак у случају постојања таквих пророгационих споразума.

Енглески *Court of Appeal* је донео одлуку која само посредно дотиче ово питање у случају *In re Harrods (Buenos Aires) Ltd.*²⁸ Суд овде није био суочен с питањем пророгационог споразума у корист суда треће државе, већ са сличним питањем истовременог постојања основа за застајање са поступком по енглеским правилима о *forum non-conveniens* и основа за заснивање надлежности енглеског суда по правилима Бриселске конвенције (која је претходила Брисел I регулативи). Суд је стао на становиште да је могуће застати са поступком примењујући правила о *forum non-conveniens*. Суд је истакао да се правила Бриселске конвенције примењују само у односима између држава-чланица и да није противно одредбама и духу Конвенције да енглески суд примени своја национална правила, конкретно правила о *forum non-conveniens*, у случају који се тиче сукоба надлежности између енглеског суда и суда државе која није чланица Конвенције. Аналогно томе, уколико би се ова одлука прихватила као исправна, могао би се на основу ње извући закључак да би суд државе-чланице надлежан по основу неког од правила Регулативе, суочен са пророгационом клаузулом у корист суда треће државе, могао застати са поступком у корист изабраног суда, а на основу традиционалних правила на снази у тој држави чланици.

Међутим, Европски суд правде је заузео друкчије становиште у случају *Owusu v. Jackson*.²⁹ Овај случај се такође није директно тичао дејства пророгационих споразума којима се уговара надлежност суда треће државе, већ грађанскоправног деликта почињеног на територији државе која није била уговорница Бриселске конвенције, у случају у коме је тужени био домицилиран у држави уговорници. Дакле, постојао је један од основа за заснивање надлежности суда државе-чланице који био је изричито предвиђен Конвенцијом (домицил туженога). Међутим, енглески суд, пред којим се водио посту-

²⁸ [1992] Ch 72.

²⁹ Случај C–281/02 [2005] ECR I–1383.

пак, се нашао пред питањем да ли је у складу са одредбама Конвенције да, у случају у коме се тужилац позива на чл. 2. Конвенције,³⁰ суд државе уговорнице примени дискреционо право које му дају национална правила да одбије надлежност у корист суда треће државе (*forum non-conveniens*). Суочен с овим питањем, енглески *Court of Appeal* је затражио мишљење од Европског суда правде. Овај суд је одлучио да је чл. 2. Конвенције по својој природи мандаторан и да нема одступања од њега, осим у случајевима који су искључиво предвиђени Конвенцијом. Конвенција није предвидела изузетак на основу правила о *forum non-conveniens*. Такође, имајући на уму потребу за постизањем и очувањем правне сигурности, као и чињеницу да је *forum non-conveniens* доктрина призната само у неким државама чланицама, суд је стао на становиште да енглески суд нема овлашћење да одбије надлежност и да обустави поступак.

Европски суд правде се није изричито бавио питањем дејства пророгационе клаузуле којом је уговорена искључива надлежност суда треће државе. Мишљења у доктрини се разилазе о овом питању, али постоји схватање по коме би суд био овлашћен да застане са поступком.³¹ Постоје јаки разлози у прилог давања оваквим клаузулама истог дејства које Регулатива изричито признаје пророгационим споразумима којима се уговара искључива надлежност суда државе-чланице. У том погледу веома је значајна одлука енглеског *Court of Appeal* у случају *Konkola Copper Mines plc v. Coromin*.³² У овом случају је суд стао на становиште да је *Owusu* случај могуће разликовати од случајева који се тичу пророгационих споразума којима се уговара надлежност суда трећих држава, зато што такве уговорне одредбе стварају висок ниво извесности који недостаје у обичним *forum non-conveniens* случајевима као што је *Owusu*. Стога се судови држава-чланица могу огласити ненадлежним и обуставити поступак у случајевима у којима применом својих колизионих норми утврде да су такви пророгациони споразуми пуноважни и да им треба дати дејство у конкретним случајевима.³³ Међутим, енглески суд је такође додао да је био упознат са одлуком француског *Cour D'Appel* у Версају, који је у случају *Bruno v. Société Citibank* из 1991. године стао на становиште да, у случајевима у којима је тужени домицилиран у држави уговорници, пророгациона клаузула којом се уговара над-

³⁰ Данас такође чл. 2. Регулативе, који прописује опште правило да ће особе домицилиране у држави уговорници, без обзира на њихову националност, бити тужене пред судом те државе уговорнице.

³¹ L. Collins, 357, параграф 12–022; A. Briggs, P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Oxford 2005⁴, 261; C. Clarkson, J. Hill, *The Conflict of Laws*, Oxford 2006³, 114–117.

³² [2005] EWHC 898.

³³ *Ibid*, параграфи 86 до 101. Приликом доношења одлуке суд се ослонио на параграф 176. Шлосер извештаја (*Schlosser Report*), OJ 1979 C59/71.

лежност суда треће државе нема дејства и примењује се правило из чл. 2.³⁴ Енглески суд је одбио да прихвати резонување француског суда. Дакле, ово питање остаје нерешено и биће потребна одлука Европског суда правде да га коначно реши.

2. ДЕЈСТВО ПРОРОГАЦИОНИХ СПОРАЗУМА ПО ТРАДИЦИОНАЛНИМ ЕНГЛЕСКИМ ПРАВИЛИМА

Општи приступ традиционалних енглеских правила питању међународне надлежности се значајно разликује од приступа који је усвојен у Брисел I регулативи. Последица овога је разлика у дејству које се признаје пророгационим споразумима. Пророгациони споразуми у корист енглеских судова *могу* да представљају основ за заснивање надлежности било у случају када се пророгациони споразум сматра подвргавањем надлежности енглеског суда било када служи као основ за достављање тужбе ван јурисдикције. Традиционална енглеска правила проблем паралелних поступака решавају на концептуално другачији начин у односу на правила Регулative. Суочен са пророгационом клаузулом у корист страног суда, енглески суд може, најпре, да одбије да да дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције. Затим, енглески суд може застати са поступком уколико је тужба достављена туженоме који је присутан у оквиру јурисдикције. Најзад, енглески суд може наложити уговорној страни да не отпочиње са поступком пред страним судом или да обустави такав већ започети поступак. Основна карактеристика традиционалних енглеских правила о међународној надлежности јесте њихова дискрециона природа. Такође, значајне разлике у погледу дејства пророгационих споразума се испољавају и у области признања и извршења страних судских одлука.

И традиционална енглеска правила, као и Регулатива, познају како пророгационе споразуме који дају искључиву надлежност изабраном суду, тако и оне који дају конкурентну надлежност изабраном суду. Пророгациони споразуми који дају искључиву надлежност имају позитивно дејство, које се огледа у томе што се стране договарају да свој спор реше пред изабраним судом, као и негативно дејство, које се огледа у томе што се стране договарају да се њихов спор неће решити пред судом који није изабран. Пророгациони споразуми који дају конкурентну надлежност имају само позитивно дејство.³⁵

³⁴ Цитиран у L. Collins, 12–090, фн. 66.

³⁵ О разлици између ове две врсте пророгационих споразума в. разматрања енглеских судова у одлукама у случајевима *Berisford v. New Hampshire Insurance Co* [1990] 1 Lloyd's Rep 454 и *British Aerospace Plc v. Dee Howard Co* [1993] Lloyd's Rep 368.

Ствар је тумачења да ли споразум даје искључиву или конкурентну надлежност, која се обавља у складу са правом које је меродавно за конкретни пророгациони споразум.³⁶

2.1. Пророгациони споразуми и подвргавање надлежности енглеског суда

По традиционалним енглеским правилима, пророгациони споразуми се могу сматрати подвргавањем туженог надлежности енглеског суда, што представља основ за успостављање надлежности енглеског суда. По одредбама правила 6.15 енглеских Грађанских процесних правила (*Civil Procedure Rules*),³⁷ стране уговорнице пророгационог споразума се могу договорити о начину на који ће тужба бити достављена туженоме. Уколико се стране споразумеју о надлежности енглеског суда, уобичајено је да лице које се налази ван енглеске јурисдикције истовремено овласти заступника у Енглеској (на пример, адвоката) који ће примити тужбу у његово име.³⁸ У том случају, уколико тужилац испоштује услове споразума, сматраће се да се тужени који се налази ван јурисдикције подвргао надлежности енглеског суда.³⁹ То представља основ за заснивање надлежности енглеског суда. Ово правило се примењује само уколико је тужба достављена заступнику који је присутан у оквиру јурисдикције. Уколико се стране нису договориле о достављању тужбе заступнику који је присутан у оквиру јурисдикције, такав пророгациони споразум у корист енглеског суда не води аутоматски до успостављања надлежности енглеског суда. Да би засновао надлежност у том случају, енглески суд мора најпре дати дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције.

Пророгациони споразуми немају овакво дејство по одредбама Регулативе. Пророгациони споразуми у корист суда или судова државе-чланице ЕУ су основ за успостављање надлежности изабраног суда или судова државе-чланице. Регулатива не прави никакву разлику у зависности од тога да ли је истовремено уговорено достављање тужбе заступнику туженог које се налази у оквиру јурисдикције или не.

2.2. Пророгациони споразуми и достављање тужбе ван јурисдикције

У одређеним случајевима када, на пример, постоји пророгациона клаузула којом је уговорена надлежност енглеског суда, потпуно

³⁶ Напомене бр. 10 и 11 *supra* и текст који их прати.

³⁷ *Civil Procedure Rules*, SI 1998/3132.

³⁸ Правило 6.4(2) Грађанских процесних правила.

³⁹ *B. Tharsis Sulphur and Copper Co Ltd v Société Industrielle et Commerciale de Métaux* (1889) 58 LJQB 435; *Montgomery, Jones & Co v Libenthal Co* [1989] 1 QB 487.

је оправдано да се поступак води пред енглеским судом, без обзира на чињеницу да се надлежност не може засновати на основу присуства туженог у оквиру јурисдикције или на основу његовог подвргавања надлежности енглеског суда. Тада се надлежност енглеског суда може успоставити по одредбама правила 6.20 Грађанских процесних правила. Ове одредбе дају енглеском суду дискреционо право да одлучи о заснивању надлежности и он то може учинити тако што ће дати дозволу тужиоцу да достави тужбу туженоме ван јурисдикције. Уколико пророгациони споразум потпада под оквир Регулативе, оваква дозвола се не тражи, пошто суд по њеним одредбама нема дискреционо право да одбије надлежност.

Водећи случајеви у погледу достављање тужбе ван јурисдикције су *Seaconsar Far East Ltd v. Bank Markazi Jomhouri Islami Iran*⁴⁰ и *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*⁴¹ Опште је правило да суд може дати дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције ако су испуњена три кумулативна услова: 1. тужбени захтев мора потпасти под оквир правила 6.20 Грађанских процесних правила;⁴² 2. мора постојати озбиљно питање које треба мериторно одлучити;⁴³ 3. Енглеска мора бити *forum conveniens*.⁴⁴ Пророгациони споразуми играју одговарајућу улогу при оцени да ли су поменути услови испуњени.

2.2.1. Тужбени захтев у оквиру правила 6.20 Грађанских процесних правила: Тужилац најпре мора да докаже да се његов тужбени захтев може подвести под један од параграфа правила 6.20 Грађанских процесних правила, који набраја случајеве у којима суд може дати дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције. Правилем 6.20(5) су предвиђене четири категорије случаја у којима се тужбени захтев односи на уговор и у којима суд може засновати надлежност.⁴⁵ Пророгациони споразуми потпадају под одредбу 6.20(5)(д), која прописује да се „тужба може доставити ван јурисдикције са дозволом суда уколико је тужбени захтев постављен у вези с уговором који садржи одредбу о надлежности суда да одлучи о тужбеним захтевима у вези са уговором.“;⁴⁶

2.2.2. Озбиљно питање које треба одлучити: у случају *Seaconsar*⁴⁷ *House of Lords* је заузео став да тужилац мора доказати

⁴⁰ [1994] 1 AC 438.

⁴¹ [1987] AC 460.

⁴² *B. Seaconsar Far East Ltd v Bank Markazi Jomhouri Islami Iran* [1994] 1 AC 438.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *B. Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987] AC 460.

⁴⁵ Уговор о коме је реч мора бити закључен између тужиоца и туженог: *Finnish Marine Insurance Co Ltd v Protective National Insurance Co* [1990] QB 1078.

⁴⁶ Правило 6.20(5)(д) Грађанских процесних правила (ауторов превод).

⁴⁷ Напомена бр. 40 *supra*.

постојање озбиљног питања које треба расправити. Суд је дефинисао озбиљно питање као значајно правно или чињенично питање, или оба, која произлазе из чињеничног стања које је наведено у писменим поднесцима, а које тужилац *bona fide* жели да буду одлучени.⁴⁸ Уколико се дозвола за достављање тужбе ван јурисдикције тражи на основу пророгационог споразума, потребно је најпре доказати постојање тог споразума. Када се то учини, поставља се одвојено питање које се тиче основаности тужиоцевог тужбеног захтева, то јест да ли постоји озбиљно питање које треба одлучити.⁴⁹ Уколико чињенице које наводи тужилац не указују на постојање озбиљног питања, суд ће одбити да да дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције;

2.2.3. *Пророгациони споразуми и forum conveniens*: Чак и уколико су прва два услова испуњена, суд може али и не мора да дозволи тужиоцу да достави тужбу туженоме ван јурисдикције. Суд има дискреционо право при одлучивању да ли ће дозволити такво достављање. Постојање дискреционог права је једна од главних одлика традиционалних енглеских правила.

Право у овој области се заснива на одлуци Лорда Гофа (*Goff*) донетој у случају *Spiliada*.⁵⁰ Да би дозволио достављање тужбе ван јурисдикције, суд мора да закључи да је Енглеска *forum conveniens*, то јест да је то форум у коме је најпогодније да се одлучи о случају, имајући на уму интересе свих странака и захтеве правде.⁵¹

Уопштено посматрано, суд ће дозволити достављање тужбе ван јурисдикције уколико тужилац докаже суду да је Енглеска очигледно погодан форум за одлучивање, имајући на уму све околности случаја. Приликом одлучивања о овоме, суд нарочито треба да узме у обзир то на који се параграф правила 6.20 Грађанских процесних правила тужилац позвао. Постојање пророгационог споразума у корист енглеског суда, без обзира на то да ли даје искључиву или конкурентну надлежност, ствара снажну *prima facie* претпоставку да је Енглеска погодан форум⁵² и ниједна страна не може приговорити да

⁴⁸ *Ibid.*, 452.

⁴⁹ *Ibid.*, 455–456.

⁵⁰ [1987] AC 460.

⁵¹ *Ibid.*, 480.

⁵² *B. Berisford v New Hampshire Insurance Co* [1990] 1 Lloyd's Rep 454; *Standard Steamship Owners Protection and Indemnity Association Ltd v Gann* [1992] Lloyd's Rep 582. Међутим, треба имати на уму да постоји разлика између пророгационих споразума који дају искључиву надлежност и оних који дају конкурентну надлежност у том погледу што пророгациони споразум који даје конкурентну надлежност енглеском суду представља прећутни договор да је изабрани суд погодан да одлучи о спору, али оставља могућност да постоји други суд или судови који такође могу бити погодни за доношење одлуке. С друге стране, пророгациони споразум који даје искључиву надлежност представља прећутни договор да је изабрани суд

није погодан форум.⁵³ Другим речима, претпоставља се да је Енглеска погодан форум, и на туженоме је да докаже другачије.⁵⁴ У таквим случајевима енглески судови дозвољавају достављање тужбе ван јурисдикције⁵⁵ и био би потребан јак разлог да енглески суд одбије да да дозволу.⁵⁶

Пророгациони споразуми којима се уговара надлежност страног суда стварају исту *prima facie* претпоставку о надлежности страног суда.⁵⁷ Тада енглески судови најчешће одбијају да дају дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције.⁵⁸ Међутим, постоје случајеви у којима је суд одступио од одредби таквог пророгационог споразума. На пример, у случају *Evans Marshall & Co Ltd v. Bertola SA*,⁵⁹ суд је стао на становиште да треба дозволити достављање тужбе ван јурисдикције, без обзира на то што је била уговорена искључива надлежност шпанског суда, јер су постојале посебне околности које су повезивале случај са Енглеском.⁶⁰

2.3. Пророгациони споразуми и застајање са поступком

По традиционалним енглеским правилима надлежност енглеских судова зависи од тога да ли је тужени присутан у Енглеској. Присуство туженог је довољан основ за заснивање надлежности енглеског суда.⁶¹ Међутим, у одређеним случајевима, када постоји одредба

једини погодан за доношење одлуке. В. Ј. Fawcett, „Non-exclusive jurisdiction agreements in private international law“, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2001, 234–245.

⁵³ В. *Berisford (S & W) plc v New Hampshire Insurance Co* [1990] 1 Lloyd's Rep 454, 463.

⁵⁴ В. *Standard (P&I) v Gann* [1992] 2 Lloyd's Rep 528, 533.

⁵⁵ Ј. Hill истиче, у *International Commercial Disputes in English Courts*, Oxford 2005³, 217 и 298, да нема објављеног енглеског случаја у коме је суд одбио да да дозволу за достављање тужбе ван јурисдикције у случајевима у којима је уговорена надлежност енглеског суда.

⁵⁶ В. *The Chaparral* [1968] 2 Lloyd's Rep 158, 163; *Berisford v New Hampshire Insurance Co* [1990] 1 Lloyd's Rep 454, 458; *Standard (P&I) v Gann* [1992] 2 Lloyd's Rep 528, 533.

⁵⁷ В. напомену бр. 67 *infra*.

⁵⁸ В. *Mackender v Feldia AG* [1967] 2 QB 590; *Ingosstrakh Insurance v Latvian Shipping Company* [2000] ILPr 164.

⁵⁹ [1973] 1 All ER 992.

⁶⁰ В. такође *Citi-March Ltd v Neptune Orient Lines Ltd* [1996] 2 All ER 545; *Mackender v Feldia* [1967] 2 QB 590.

⁶¹ В. *Carrick v Hancock* (1895) 12 TLR 59; *Colt Industries Inc v Sarlie* [1966] 1 All ER 673; *HRH Maharane Seethaderi Gaekwar of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 All ER 689.

којом је уговорена искључива надлежност страног суда, није оправдано да се поступак води у Енглеској, без обзира на то што би енглески суд могао засновати надлежност на основу присуства туженога. Због специфичности случајева у којима постоји пророгациона клаузула која даје надлежност страном суду не примењују се општа правила о *forum non-conveniens* у погледу застајања са поступком која је поставио случај *Spiliada*,⁶² већ нешто измењена посебна правила.⁶³ Главна разлика између традиционалних енглеских правила у овој области и правила из Регулативе је у томе што према првим суд није у обавези да застане са поступком, док је по одредбама о литиспенденцији из Регулативе другопоступајући суд је у обавези да застане или обустави поступак.

Водећи случај у области застајања са поступком због постојања пророгационе клаузуле која даје надлежност страном суду јесте *The Eleftheria*⁶⁴ где је судија Брендон (*Brandon*) рекао да „установљена начела се могу... сумарно изрећи на следећи начин: (1) Уколико тужилац подигне тужбу у Енглеској упркос постојању споразума којим се даје надлежност страном суду и тужени захтева од суда да овај застане са поступком, енглески суд... није у обавези да застане са поступком, већ има дискреционо право да то учини или не; (2) Дискреционо право би суд требао остварити на тај начин што би застао са поступком осим уколико постоји јак разлог за супротно; (3) Терет доказивања да постоји такав јак разлог је на тужиоцу; (4) Приликом остваривања свог дискреционог права суд би требао да узме у обзир све околности појединачног случаја.“⁶⁵ Суд је потом навео пет разлога које би суд нарочито требао да узме у обзир приликом одлучивања о застајању са поступком. Ти разлози су суштински исти као они који се узимају у обзир по класичној доктрини *forum non-conveniens*.⁶⁶ Дакле, споразуми којим је уговорена надлежност страног суда, било она искључива или конкурентна, стварају снажну *prima facie* претпоставку да је страни суд *forum conveniens*⁶⁷ и *prima facie* правило да ће се застати са поступком уколико је достављање тужбе извршено у Енглеској.⁶⁸ Ипак, суд задржава дискреционо право да одбије да за-

⁶² [1987] AC 460.

⁶³ L. Colins, 358; J. Hill, 298; A. Briggs, *The Conflict of Laws*, Oxford 2002, 97; P. North, J. Fawcett, 350; A. Briggs, P. Rees, 328.

⁶⁴ [1970] P 94.

⁶⁵ *Ibid.*, 99 и 100 (ауторов превод).

⁶⁶ За критичку анализу сваког од ових фактора в. E. Peel, „Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws“, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1998, 182, 190–200.

⁶⁷ B. *The Rothnie* [1996] 2 *Lloyd's Rep* 206, 211; *Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107, параграф 25.

⁶⁸ B. *The Sindh* [1975] 1 *Lloyd's Rep* 372; *The Makejell* [1976] 2 *Lloyd's Rep* 29; *The Nile Rhapsody* [1994] 1 *Lloyd's Rep* 382; *The Pioneer Container* [1994] 2 AC 324.

стане са поступком и само би снажан разлог овластио енглески суд да одступи од воље странака која је изражена у пророгационом споразуму.⁶⁹ На пример, у случају *El Amria*,⁷⁰ суд је засновао надлежност, без обзира на постојање пророгационог споразума у корист страног суда, у случају у коме је постојао паралелни поступак у Енглеској и сведоци и вештаци су били Енглези и присутни у Енглеској.⁷¹

Чак и уколико је пророгационим споразумом уговорена надлежност енглеског суда, тужени може захтевати од суда да застане са поступком. Међутим, мало је вероватно да ће енглески судови застати са поступком, осим уколико не постоји „неко изванредно оправдање“.⁷² Нема објављеног случаја у коме је енглески суд застао са поступком на захтев туженог у оваквим ситуацијама.⁷³

2.4. Пророгациони споразуми и налагање уговорној страни да не отпочиње са поступком пред страним судом или да обустави такав већ започети поступак (*anti-suit injunction*)

По традиционалним правилима, енглески судови имају право да наложе уговорној страни да не отпочиње са поступком пред страним судом или да обустави такав већ започети поступак. Уопштено посматрано, судови могу донети овакву меру, познату као *anti-suit injunction* у три ситуације: уколико би покретање или настављање са поступком у иностранству било: 1) с циљем да се наљути или стави у тежак положај друга страна (*vexatious or oppressive*), 2) несавесно (*unconscionable*), 3) противно пророгационом споразуму.⁷⁴ Уколико постоји пророгациони споразум који даје искључиву надлежност енглеском суду, тужени има уговорно право да не буде тужен у иностранству.⁷⁵ У случају повреде таквог уговора, судови су налагали дру-

⁶⁹ B. Mackender v Feldia AG [1967] 2 QB 590, 604; *The Chaparral* [1968] 2 Lloyd's Rep 158, 163–164; *The Eleftheria* [1970] P 94, 99–100; *Standard Steamship Owners Protection and Indemnity Association Ltd v Gann* [1992] Lloyd's Rep 582, 533; *Citi-March Ltd v Neptune Orient Lines Ltd* [1996] 2 All ER 545, 549.

⁷⁰ [1981] 2 Lloyd's Rep 119.

⁷¹ В. такође *Citi-March Ltd v Neptune Orient Lines Ltd* [1996] 2 All ER 545. У случају *The Hollandia* [1983] 1 AC 565 суд је застао са поступком у случају у коме је пророгациони споразум био у супротности са нормом непосредне примене енглеског права. У случају *Carvalho v Hull Blyth (Angola) Ltd* [1979] 3 All ER 280 чињеница да тужилац није могао добити правично суђење у иностранству из политичких, расних или других разлога је била довољна да енглески суд допусти да се настави са енглеским поступком упркос постојању пророгационог споразума.

⁷² B. *OT Africa Line Ltd v Magic Sportswear Corporation* [2005] 1 Lloyd's Rep 252, 258.

⁷³ C. Clarkson, J. Hill, 113; J. Hill, 298; J. Fawcett, 249.

⁷⁴ B. *Airbus Industrie GIE v Patel* [1998] 1 Lloyd's Rep 631.

⁷⁵ B. *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] AC 58, 81; *The Angelic Grace* [1995] Lloyd's Rep 87, 96.

гој страни да не отпочиње са поступком пред страним судом или да обустави такав већ започети поступак, осим уколико не постоје посебни разлози против тога.⁷⁶ У случају повреде пророгационог споразума који даје конкурентну надлежност енглеском суду, такво правило не постоји и суд би донео ову меру само уколико је испуњен један од преостала два наведена разлога.⁷⁷

У случајевима који потпадају под окриље Регулative, енглески судови немају овлашћење да доносе овакве мере. У случају *Turner v. Grovit*⁷⁸ Европски суд правде је стао на становиште да је несагласно са одредбама Регулative дозволити енглеским судовима да изричу овакве мере, којима се једној странци у поступку забрањује да отпочне или настави поступак у другој држави чланици.

2.5. Пророгациони споразуми и признање и извршење страних судских одлука

По традиционалним енглеским правилима, пророгациони споразуми имају одговарајуће дејство и у фази признања и извршења стране судске одлуке. Један од услова за признање и извршење стране судске одлуке јесте да је суд који је донео одлуку био међународно надлежан да такву одлуку донесе. Одлука страног суда ће *prima facie* бити призната и извршена у Енглеској уколико се странка против које је одлука донета подвргла надлежности страног суда, а постојање пророгационог споразума у корист суда који је донео одлуку се сматра таквим подвргавањем.⁷⁹ Насупрот томе, одредбе Главе 32. Закона о грађанској надлежности и судским одлукама (*Civil Jurisdiction and Judgments Act*) из 1982. године прописују да страна судска одлука, која је донета упркос постојању пророгационог споразума који даје искључиву надлежност, неће бити призната и извршена у Енглеској. По одредбама Регулative, признање и извршење судских одлука донетих од суда државе-чланице ЕУ може бити одбијено само у ограниченом броју случајева. По одредби чл. 35. ст. 3. енглеским судовима није дозвољено да преиспитују међународну надлеж-

⁷⁶ B. *Continental Bank NA v. Aekos Compania Naviera SA* [1994] 2 All ER 540, 551; *British Airways Board v Laker Airways Ltd* [1985] AC 58; *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, 96. На пример, суд је одбио да донесе *anti-suit injunction* у случају *Donohue v. Armco Inc* [2002] 1 All ER 749. Овај случај је обухватао мноштво страна, а поступак пред страним судом је пружао најбољу могућност да се реши цео спор пред једним судом који би донео одлуку о свим питањима, обавезујућу за све стране.

⁷⁷ B. *Royal Bank of Canada v Cooperative Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA* [2004] 1 Lloyd's Rep 471; J. Fawcett, 256.

⁷⁸ C-159/02 [2004] I-3565.

⁷⁹ B. *Feerick v Hubbard* (1902) 71 LJB 509.

ност суда који је донео одлуку и тест јавног поретка не може да се примени на правила о надлежности.⁸⁰

3. ДЕЈСТВО ПРОРОГАЦИОНИХ СПОРАЗУМА У СРПСКОМ ПРАВУ

У српском праву пророгациони споразуми су уређени одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља из 1982. године.⁸¹ Уопштено посматрано, српско право спада у породицу *Civil Law* групе права, те су стога његове одредбе концептуално блиске одредбама Брисел I регулативе, иако постоје и значајне разлике. За разлику од Регулative, која уређује дејство пророгационих споразума само у области одређивања међународне надлежности, у српском праву пророгациони споразуми могу произвести одговарајуће дејство како приликом одређивања међународне надлежности, тако и приликом признања и извршења страних судских одлука.

3.1. Пророгациони споразуми и међународна надлежност

У српском праву постоје одредбе о пророгационим споразумима којима се уговара надлежност страног суда и дерогира надлежност домаћег суда, као и о пророгационим споразумима којима се уговара надлежност српског суда и дерогира надлежност страног суда. То је значајна разлика у односу на Регулative, пошто ова регулише само пророгационе споразуме којима се уговара надлежност суда једне од држава-чланица, а оставља правну празнину у погледу пророгационих споразума у корист судова трећих држава.

Споразум о надлежности српског суда производи дејство само уколико је бар једна од страна српски држављанин или правно лице са седиштем у Србији⁸² и уколико није реч о правној ствари која се тиче брачних, породичних и статусних односа.⁸³ С друге стране, споразум о надлежности страног суда је пуноважан уколико је бар једна од страна страни држављанин или правно лице са седиштем у иностранству, уколико није реч о споровима за које, по одредбама нашег права, постоји искључива надлежност српског суда⁸⁴ и уколико није

⁸⁰ В. напомену бр. 6 *supra*.

⁸¹ *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82; *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96; *Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/2006.

⁸² Чл. 49. ст. 2. ЗМПП.

⁸³ Чл. 49. ст. 3. ЗМПП.

⁸⁴ Чл. 49. ст. 1. ЗМПП.

реч о правној ствари која се тиче брачних, породичних и статусних односа.⁸⁵ Дакле, по одредбама српског права, услов за пуноважност пророгационог споразума јесте постојање мешовитог спора, таквог у коме је једна страна домаће лице, а друга страном. Не допушта се да два страна лица уговоре надлежност српског суда, као што се не дозвољава да два домаћа лица уговоре надлежност страног суда. Да ли је овакво решење српског права оправдано? Наиме, тешко је наћи разлог због чега се страним лицима онемогућава избор српског правосуђа уколико то они желе. Српски судови могу бити привлачни нарочито лицима која долазе из држава у региону и приходи који би судови убирали пружајући такве услуге потенцијално могу бити значајни. Треба се угледати на развијена правосуђа, која омогућују странцима да решавају спорове пред њима и на тај начин поспешују економију својих земаља.

Српско право не помиње да ли пророгациони споразуми дају искључиву или конкурентну надлежност изабраном суду. Уколико је у самом споразуму одређено какво ће дејство имати, суд би требао да уважи процесну аутономију странака и да њиховом споразуму да оно дејство које оне желе. Ако се странке не договоре о дејству њиховог пророгационог споразума, питање је тумачења да ли споразум даје искључиву или конкурентну надлежност. За разлику од Регулативе, која садржи претпоставку у корист искључиве надлежности, српско право такво правило не садржи. Ипак, треба уважити чињеницу да странке углавном бирају суд или судове једне државе који ће бити надлежни да реше њихов спор због тога што сматрају да су изабрани суд или судови за њих погоднији од суда или судова који су надлежни по закону. Бирајући надлежност, странке пристају да туже или да буду тужене пред изабраним судом или судовима. Да би се дало пуно дејство вољи странака, треба стати на становиште да такви споразуми дају искључиву надлежност, осим уколико уговорне одредбе или околности случаја не указују на другачије решење. Поред тога, оваквим решењем могућност истовремених поступака у различитим државама, и тиме потенцијално различитих пресуда, смањује се.

Позитиван сукоб надлежности решавају правила о литиспенденцији. По одредбама Закона српски суд ће прекинути поступак на захтев странке ако је у току спор пред страним судом у истој правној ствари између истих странака уколико су испуњене одређене претпоставке.⁸⁶ Једна од претпоставки јесте да није реч о спору за чије суђење постоји искључива надлежност српског суда. Да ли „искључива надлежност“ поменута у овој одредби обухвата само законску искључиву надлежност или обухвата, поред законске, и уговорену

⁸⁵ Чл. 49. ст. 3. ЗМПП.

⁸⁶ Чл. 80. ЗМПП.

искључиву надлежност? Одговор на ово питање даје чл. 47. Закона, који каже да искључива надлежност српског суда постоји када је то *законом изричито одређено*. Дакле, из чињенице да овај члан помиње само искључиву надлежност одређену законом, може се закључити да термин „искључива надлежност“ обухвата само законску искључиву надлежност. Такође, ако се сагледају одредбе Закона којима се изричито предвиђа искључива надлежност српских судова или других органа, које све садрже реч „искључив“, ⁸⁷ оне нигде изричито не помињу да ће пророгирани суд имати искључиву надлежност. Из овога произлази да уговарање искључиве надлежности српског суда није препрека да суд прекине поступак и сачека одлуку првоступајућег страног суда. Уколико се српски суд нађе у положају другоступајућег суда, он је обавезан да прекине поступак и сачека док првоступајући страни суд донесе одлуку. Уколико страни суд одбаци тужбу због тога што је ненадлежан и обустави поступак (на пример, услед постојања споразума којим је дата искључива надлежност српском суду), српски суд ће наставити са поступком. Ако се страни суд огласи надлежним (рецимо услед постојања неког од страним законом предвиђених основа надлежности, уз постојања споразума који даје конкурентну надлежност српском суду) и донесе одлуку о меритуму која је призната у Србији, српски суд ће тужбу одбаци и обуставити поступак. Такође, чак и уколико се страни суд огласи надлежним и одлучи о меритуму (на пример, услед постојања неког од страним законом предвиђених основа надлежности), при том занемарујући пророгациони споразум којим је дата искључива надлежност српском суду, српски суд је дужан да прекине поступак и сачека исход поступка за признање стране судске одлуке. Уколико се одбије признање такве стране судске одлуке (услед повреде пророгационог споразума), српски суд ће наставити са раније прекинутим поступком.

Не може се дерогирати надлежност српског суда уколико је њему дата законска искључива надлежност.⁸⁸ Међутим, Закон не предвиђа као услов пуноважности споразума којим се пророгира надлежност српског суда одсуство искључиве надлежности страног суда. Иако српско право то не предвиђа изричито као услов за пуноважност таквог пророгационог споразума, суд би требао да води рачуна о постојању или непостојању такве искључиве надлежности, због постојања опасности да одлука српског суда у случају у коме би постојала искључива надлежност страног суда не буде призната и извршена у иностранству. Такође, прећутна пророгација је старија од изричите пророгације. Уколико се тужени упусти у расправљање пред ненадлежним судом и поред постојања пророгационог споразу-

⁸⁷ В. чл. 56, 61, 64, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 75. и 78.

⁸⁸ Чл. 49. ст. 1. ЗМПП.

ма, без истицања приговора ненадлежности, сматраће се да је суд изабран у пророгационом споразуму дерогиран каснијом прећутном пророгацијом.⁸⁹

3.2. Пророгациони споразуми и признање и извршење страних судских одлука

У српском праву, пророгациони споразуми могу произвести одговарајуће дејство и у фази признања и извршења страних судских одлука. Неприхватљиво је да се дозволи признање и извршење стране судске одлуке која је донета када су се стране договориле о искључивој надлежности неког другог суда, а нарочито о искључивој надлежности српског суда. Једна од претпоставки за признање и извршење јесте да српски суд нема искључиву међународну надлежност у правној ствари о којој је страни суд донео одлуку.⁹⁰ Искључива надлежност подразумева пре свега законску искључиву надлежност. Међутим, треба стати на становиште да српски суд може одбити признање стране судске одлуке донете противно споразуму којим се даје искључива надлежност српском суду, широко тумачећи одредбу чл. 89. ст. 1. Закона и прихватајући да формулација „искључива надлежност“ обухвата поред законске и уговорену искључиву надлежност. Алтернативно, суд би се могао позвати на јавни поредак као основ за одбијање признања одлуке која је донета повређујући споразум о искључивој надлежности српског суда. Иако је јавни поредак уско постављен у нашем праву, подразумевајући само Уставом утврђене основе друштвеног уређења,⁹¹ постоје одлуке српских судова којима је та установа проширена на правила која се налазе у закону, а не у Уставу.⁹² Сличним приступом, може се тврдити да су и правила ЗМПП-а, којима се даје дејство пророгационим споразумима којима се уговара искључива надлежност српског суда, израз јавног поретка. На тај начин би се могло одбити признање и извршење стране судске одлуке која је донета противно одредбама таквог споразума. Међутим, чини се да српски суд нема могућност да одбије признање стране одлуке која је донета противно споразуму којим је одређен као искључиво надлежан суд неке треће државе. Наиме, у том случају српски суд није искључиво надлежан, те се не може при-

⁸⁹ Чл. 50. ЗМПП.

⁹⁰ Чл. 89. ст. 1. ЗМПП каже: „судска одлука неће се признати ако у односној ствари постоји искључива надлежност суда или другог органа...“.

⁹¹ Чл. 91. ЗМПП.

⁹² В. пресуду Врховног суда Србије Гж. 34/05 од 23. 3. 2005. године који је одбио признање и извршење стране пресуде примењујући установу јавног поретка, а наводећи као разлог повреду чл. 374. ст. 2. Закона о браку и породичним односима (забрана доношења контумационе пресуде у споровима из породичних односа између родитеља и малолетне деце) као израз јавног поретка Републике Србије.

менити широко тумачење одредбе чл. 89 ст. 1. Закона. Такође, таква пресуда не би задржала у српски јавни поредак, те се ни правило из чл. 91. не би могло применити.

4. ЗАКЉУЧАК

Страна и домаћа лица имају право да под одређеним условима закључују споразуме којима уговарају надлежност суда или судова одређене земље да одлучују о њиховој правној ствари. Ови споразуми производе одговарајуће дејство по српском праву, с једне стране, и по праву државе чији је суд одређен као надлежан, с друге. Због тога је потребно познавати како одредбе права оне државе чији је суд пророгиран, тако и одредбе права оне државе или држава чији су судови надлежни по одредбама закона.

Овде су се фокусирали дејства која могу имати пророгациони споразуми закључени између српских лица и лица из ЕУ, било да се уговара надлежност српског суда или суда неке од држава-чланица ЕУ. Уопштено посматрано, споразуми којима се изабраном суду даје искључива надлежност истовремено дају надлежност изабраном суду и дерогирају надлежност судова који би били надлежни по закону. Споразуми који изабраном суду дају конкурентну надлежност имају само позитивно дејство, у смислу да се њима само даје надлежност изабраном суду, а не дерогира се надлежност иначе надлежног суда или судов. Правила о литиспенденцији служе да реше позитиван сукоб надлежности.

Међутим, одредбе анализираних правних система нису у потпуности усклађене, услед чега се могу јавити проблематичне ситуације у пракси. Проблеми се нарочито могу јавити уколико се као страном лице јави лице српског држављанства са домицилом у ЕУ. Због тога лица која закључују овакве споразуме морају да буду на опрезу нарочито у неколико случајева. Први је случај у коме споразум о надлежности српског суда закључују једно страном и једно српско лице, од којих једно или оба имају домицил у ЕУ. Тада страна која је домицилирана у ЕУ може бити тужена пред судом свог домицила, независно од одредби пророгационог споразума. Наиме, одредбе Регулативе не садрже правила на основу којих би суд државе-чланице застао са поступком у корист суда треће државе (српског суда), чија је надлежност уговорена. Иако постоје мишљења, поткрепљена једном одлуком енглеског суда, да судови држава-чланица треба да застану са поступком у оваквим случајевима, потребно је да Европски суд правде донесе одлуку да би ово питање било коначно решено. Други је случај у коме споразум о надлежности суда државе-чланице

ЕУ закључују физичко лице које има српско држављанство, а домицил у ЕУ, и друго домаће лице. Овакви споразуми се не сматрају пуноважним по одредбама српског права, али су ваљани по одредбама Регулативе, јер ова не предвиђа мешовит спор као услов пуноважности пророгационог споразума. Уколико би неки суд државе-чланице ЕУ прихватио надлежност и донео одлуку у таквој ствари, тешкоће могу настати уколико би се тражило признање и извршење одлуке донете од тог суда у Републици Србији. Коначно, наши судови неће признати споразуме којима два страна лица уговарају надлежност српског суда.

Због свега наведеног и због других проблема који се могу јавити у пракси, препоручљиво је да се стране уговорнице и њихови саветници упознају са дејством пророгационих споразума у заинтересованим правима и на тај начин избегну потенцијалне спорне ситуације које могу настати.

Uglješa Grušić

Teaching Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

EFFECTS OF PROROGATION AGREEMENTS IN EUROPEAN, ENGLISH AND SERBIAN LAW

Summary

Foreign persons concluding agreements with domestic persons may agree that courts of a certain state shall have jurisdiction to settle disputes arising out of or in relation to their agreements. Most of the foreigners doing business in Serbia come from a European Union country and the chosen courts are either courts of an EU country or Serbian courts. Such choice of court (prorogation) agreements may have certain effects under both the European and Serbian law. The purpose of this article is to examine the effect given to these agreements under these two legal regimes. However, not all such prorogation agreements are regulated by the European legislation, namely Brussels I Regulation, and national laws remain applicable in those cases. Therefore, solutions of the English law, as a typical representative of the common law approach, shall be compared with those of the European and Serbian law, reflecting the civil law approach.

The first part of this Article deals with the effect of prorogation agreements under the European Law, primarily Brussels I Regulation. The second part examines their effect under the English law. The third part sets out the solutions of the Serbian law. The fourth part contains a conclusion, pinpointing some potentially troublesome issues.

Key words: *Prorogation agreements. – Effect of prorogation agreements. – Brussels I Regulation. – English law. – Serbian law.*

Zoran Stojanović,

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

INTRODUCTION TO THE DEVELOPMENT OF MODERN CRIMINAL LAW*

As it is widely known, the first school of modern Criminal Law appeared in the late 18th century. The most representative authors of this school of thought are two distinguished scholars, Anselm Feuerbach from Germany and Francesco Carrara from Italy. Even before, Cesare Beccaria wrote his famous book *Dei Delitti e delle Pene* (1764), enclosing the most powerful criticism of European criminal justice systems of his time. In his essay, Beccaria expressed new ideas of the Age of Enlightenment and applied them to Criminal Law. This school is known as the Classical School of Criminal Law. The essential idea of this school is based on the presumption that every human being has a free will and is by nature given the freedom of choice between good and evil, and therefore has to be punished without exception for his wrong choices. This idea was based on the philosophical concept known as „indeterminism“. More generally, regarding the Classical School of Criminal Law we should mention that its founders were inspired by Kant who in turn found his inspiration in Greek philosophy, most of all, in the works of Plato. One of the fundamental theses of the Classical School is the principle of legality, whose roots can be found in the platonic thought. For example, Plato's dialogue *Laws* tells us that the punishment must be based on the law, *dike... genomene kata nomon* („δίκη... γενομένη κατά νόμον“ 854d). This concept, many years later in the end of the 19th century, was formulated in the famous Latin saying *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

In the nineteen century, as a reaction to the Classical School, there appear new schools which were quite opposite to it, as it is the „Modern

* This text is a lecture given on November 17, 2007 in the lecture hall of the Municipal Museum of Modern Greek Art of the City of Rhodes, Greece, to the lawyers and a general audience.

School“, represented mostly by Franz von Liszt in Germany and by Adolf Prins in Belgium. The other two schools are the „Anthropological School“, represented by Cesare Lombroso from Italy, and the Italian Positivistic School, represented by Enrico Ferri and Raffaele Garofalo. These three schools, contrary to the Classical School, accept that the human being is not free but determined in his behavior by different factors, internal or external to his nature, as is for instance society. This idea was based on the philosophical concept known as „determinism“.

The early 20th century developed the so-called Eclectic School representing a compromise between the traditional classical and the new schools. This eclectic school influenced the majority of criminal codes promulgated in the first half of the 20th century, including the Greek Criminal Code of 1950. The second part of the 20th century brought new tendencies and orientations whose contribution to the development of Criminal law as a science, as well as a branch of statutory law was immense.

From today's perspective, discussing a clearly identified school of criminal law appears to be very hard. There is nothing spectacularly new. On the contrary, it rather seems that some ideas have been overtaken from each previous school, forming a compilation that could be defined as the common heritage of Criminal Law Science. The extreme standpoints are abandoned today and a new eclectic approach has been adopted. In the frame of this approach we can notice the reflections of certain schools and trends, from the second half of the last century, such as: 1) Orientation toward treatments and rehabilitation. 2) Neo-classicism (or the theory of „just deserts“) and 3) Abolitionism.

1) The orientation toward treatments and rehabilitation, even nowadays strongly supported by certain scholars, in some way introduced the medical approach in the criminal law. According to this approach, the offender is considered an ill person in need for treatment and cure instead of punishment (which, even if applied should include treatment). The offender is supposed to be treated as a patient who needs special treatment, which would enable him to become a better individual who is not going to commit crimes any more. To this position, however, have been raised two main objections. Firstly, treatment has never resulted in any success, due to the fact that psychology, psychiatry and medicine have never managed to develop efficient treatments and procedures suitable to prevent or „cure“ somebody from committing crimes. Pharmaceutical treatments as well as brain surgery (known as „lobotomy“) were actually being applied in several countries, efficiently preventing the treated person from committing crimes in future. However, the consequences of such methods involved the destruction of the entire personality of the offender, who would subsequently become disabled (remember the film „One flew over the Cuckoo's Nest“). Secondly, the offender has a right to his own

personality, including the right to be punished (as Hegel already said in his time). An offender has to suffer a proportional punishment for the crime that he committed. In other words, he has the right to be considered as a subject, or as a human being capable of being guilty and responsible and to receive the punishment for his own wrongdoing, and not to be considered as an object of treatments, which are applied against his own will.

In spite of these two main and other numerous objections, the orientation on treatments and rehabilitation, was adopted and implemented in more or less many countries. In the U.S. and the Scandinavian countries, where this orientation was mostly implemented, it has failed, and hence caused a great disappointment among scholars and practicing lawyers. In this regard, the words of the American criminologist Robert Martinson „nothing works“ (1974) became famous. This happened in spite of the fact that in those countries a lot of money and effort have been spent for this task. It is well known that during the seventies the prisons in the Scandinavian Countries looked like hotels, where convicts were given the opportunity to study, learn foreign languages, take part in sports activities, etc. Unfortunately, all these efforts resulted in creating educated criminals who were even more capable of committing crimes.

2) As a reaction against the orientation on treatments and rehabilitation in the seventies of the last century a new school emerged. The core postulates of this school were not that innovative at all – they were primarily based on the essential ideas of the Classical School of Criminal Law. This is the reason why it has been given the name of „neo-classicism“. The basic idea is that the offender ought to be given a punishment that he deserves: meaning a punishment, which is proportional to the offence he has committed. Like in the time of the classical school punishment becomes the key notion of Criminal Law. The entire Criminal Law relied again on punishment, but not only in order to inflict pain and suffering on the offender, as it was suggested by the classical School, but to deter potential offenders from committing crimes. Proportionality of punishment became the crucial question. The main contribution of the School is that in Criminal Law of some countries there are notable efforts to set precise criteria for prescribing in the law and measuring the punishment by the judge. The „Sentencing Guidelines“ in the USA, which apply on the federal level from 1987, could serve as a good example here. The Guidelines Manual, containing very detailed rules that a federal sentencing judge should follow in order to determine what sentence to impose on an individual or an organization, is 655 pages long. These Guidelines provide for almost all conceivable aggravating and mitigating circumstances. A certain number of points correspond to each of these circumstances, which are added or reduced, forming a sum of points easily convertible to an exact number of months of imprisonment.

Regardless of its practical use, doubts are raised whether this method can lead to a proportional and just punishment. Measuring of punishment is not merely an abstract mathematical process, but a creative one in which the judge, though bound by the law, must have the possibility to evaluate every single case individually. At this point it is worth to evoke the words of the Italian professor of Criminal Law Enrico Ferri that „it is not possible to measure punishment in kilograms or meters“.

3) The third trend, which appeared in Europe, especially in Holland and Norway is known as abolitionism. In accordance with this tendency, Criminal Law as a whole should be abolished, because it does not suppress crime, but on the contrary it itself generates some serious forms of crime. The alternatives to Criminal Law, offered by abolitionism, though, could be useful in some cases, as in mediation between the offender and victim, but cannot replace the system of Criminal Law as a whole. In the case of the abolishment of Criminal Law, the society would probably be faced with spontaneous private reactions, as for instance revenge, lynching, etc. Anyhow, there is no contemporary legislator who would take the idea of the abolishment of Criminal Law seriously into account.

What has remained from these three schools? Do they have any influence on Criminal Law today?

Firstly, regarding the orientation on treatments and rehabilitation we can notice today a much more realistic attitude towards this matter, in the sense that it is not in fact the fundamental orientation in Criminal Law nor is it thought of as compulsory any longer. Only for juvenile and insane offenders does this orientation have a justification. Special therapies today are an offer to the convicted person to participate in his own rehabilitation.

Secondly, regarding neo-classicism we can observe that it contributed to the re-establishment of Criminal Law, which is based on criminal offence and responsibility of the offender, and not on his dangerousness. It led to the renaissance of the principle of justice and proportionality.

Thirdly, regarding abolitionism, which today is a utopia, nevertheless has contributed indirectly to the decriminalization of certain behaviors and to the introduction of new alternatives to punishment. For the first case we could mention gambling or pornography, while the latter is depicted in mediation between the offender and victim.

Regardless of all the above, today we can notice a negative trend in the legislation of almost all countries that was not influenced by the science of Criminal Law. On the contrary, the science of Criminal Law fiercely criticizes the deviation from the basic principles and standards of the modern Criminal Law. These deviations are the results of the wishes of the legislator to combat organized crime and terrorism. Although these

forms of crime are of great danger for the society, we cannot combat crime at any price. Such a state, which, with the aim of suppressing organized crime and terrorism, uses means contrary to the principles of Criminal Law, does not differ much from the perpetrators of organized crime and terrorism. We cannot combat crime by state behavior substantially equal to crime. This is the case, for instance, in the unlimited time of arrest and deprivation of the procedural rights of the arrested person. Let us hope this is only a short episode in the development of Criminal Law and that Criminal Law in the future will adhere firmly to its basic principles and standards.

In conclusion, we could say that the science of Criminal Law and criminal legislation are permanently undergoing evolution. They develop in accordance with the progress of the society. However, for the achievement of the goals of Criminal Law beyond the science and good legislation it is indispensable to have a proper enforcement of criminal laws. This is a principle that we inherited from Plato as well. As maintained by the Greek philosopher in the *Laws* (751 c), „it is a fact clear to any one that, the work of legislation being a great one, the placing of unfit officers in charge of well-framed laws in a well-equipped State not only robs those laws of all their value and gives rise to widespread ridicule, but is likely also to prove the most fertile source of damage and danger in such States“.

These thoughts of Plato comprise an unchangeable truth. Indeed, we can notice today that there are many countries, which have good criminal laws but bad if not disastrous application of these laws in practice. That is one of the most important obstacles, which is existent in contemporary Criminal Law. Legislators and appliers of Criminal Law in their effort to face this problem should always be guided by the platonic teaching.

Др Виолета Беширевић*

Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights (ed. András Sajó),
Eleven International Publishing, Utrecht 2006, стр. 327.

Шта је заједничко у новинарским извештајима о боравку неког Палестинца шест година у израелском затвору без подигнуте оптужнице и суђења, „куповини“ избора у Мексику, увођењу обавезе плаћања школарине у свим средњим школама у Великој Британији, суђењу неком Кенијцу због тога што је претукао своју супругу и инциденту у турском парламенту изазваном белом марамом госпође Кавакци коју је имала на глави кад је као нови члан парламента приступила полагању заклетве? Не морате бити правник па да врло брзо закључите да је реч о проблемима који се у свету у коме живимо повезују са институцијом људских права.

На чињеницу да се правна традиција углавном своди на говор о основним правима, а да се највећи део судске праксе односи на одлуке поводом жалби због кршења индивидуалних права, први је, не без изненађења, указао Алексис де Токвил (*Alexis de Tocqueville*) још 1830-тих, након својих краћих боравака у САД.¹ Оно што је Токвил тада забележио као својеврстан куриозитет, данас је постала уобичајена пракса карактеристична не само за понеку правну традицију, него за савремене уставне демократије као и за, у међувремену у великој мери профилисан, међународни правни поредак. Речју, како је то већ примећено, људска права постала су *lingua franca* савременог доба.

Ако се изузму критике које долазе од диктатора, верских вођа, таблоидне штампе као и свих оних који у правима виде главног кривца за ерозију морала, породице и културе, императив „говора права“ суштински је ретко довођен у питање. Изузеци, наравно, постоје. Феминисткиње, на пример, истичу да је право на слободу изража-

* Аутор је доцент и продекан за науку Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

¹ V. A. Tocqueville, *Democracy in America*, (енгл. превод G. Lawrence), Doubleday Anchor, New York 1969.

вања довело до понижавања и злоупотребе жена у порнографске сврхе. Модел друштва у коме су права императив оштро су критиковали следбеници некада постојећих школа у САД – Критичке правне студије (*Critical Legal Studies*) и Критичке теорије расе (*Critical Race Theory*). Приговори ових школа, које су имале исте полазне основе, о томе да су права неодређена, затворена за контрааргументе, искључива у односу на друге вредности, сувише индивидуалистичка, неосетљива на социјалне и моралне проблеме, амбивалентна у односу на питање одговорности, могу се свести на један: права су, тврдили су присталице ових школа, у суштини недемократска. Међу теоретичарима, свакако је најпознатија критика „говора права“ у политичком животу САД харвардске професорке Мери Ен Глендон (*Mary Ann Glendon*). Глендонова, позната као конзервативна и критички настројена промотерка права, оптужила је доминатни дискурс грађанских и политичких права за атрофирање политичког живота у САД, потискивање јавне дискусије о друштвеним вредностима и интересима у други план и спречавање постизања компромиса око најважнијих питања у друштву.²

Иако се „империјалистички“ концепт основних људских и мањинских права ретко доводи у питање, то не значи да права, нарочито њихова примена, нису предмет многобројних расправа. О питањима садржине права са аспекта универзалности односно културне различитости, „сукоба“ права гарантованих у истом правном тексту, граница судског тумачења, позитивне дискриминације, карактера социјалних, економских и културних права, групе као уживаоца права, воде се константне полемике не само међу противницима, већ и међу поборницима људских и мањинских права.

Таман кад смо помислили да су сва контроверзна питања одавно исцрпљена, професор Андраш Шајо (*András Sajó*), конституционалиста светског угледа, шеф Катедре за компаративно уставно право на Централноевропском универзитету у Будимпешти и недавно именовани судија Европског суда за људска права, испровоцирао је још једну расправу, тврдећи да је установа приватног права – злоупотреба права – примењива и у јавном праву, циљајући ту, пре свега, на уставно право. Оно на шта Шајо циља није уврежено схватање да злоупотреба људских права представља случајеве у којима државни органи крше основна права простим порицањем постојања права, нити коришћење права у сврху напада на идеје демократије. Оно што

² M. A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York 1991. Након ове књиге, Глендонова је написала књигу о Универзалној декларацији о људским правима у којој је пружила недвосмислену подршку концепту и циљевима ове декларације, в. M. A. Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York 2001.

је предмет његовог поимања злоупотребе основних права је чињеница да се, чак и у демократским државама, они који врше власт или имају јавна овлашћења као и уживаоци основних грађанских права и слобода, позивају на та права и на начело владавине права на начине који крше основна права других. Другим речима, позајмљујући концепт грађанског права, Шајо покушава да се „обрачуна“ с „тамном“ страном основних, уставом загарантованих права и слобода,³ која по његовом мишљењу проистиче из чињенице да уставно право све више задира у приватне односе, у којима су основна права углавном остављена без заштите.

Питање о томе да ли је установа злоупотребе права примењива у уставном праву било је предмет расправе на тринестој по реду конференцији „Појединац против државе“, одржаној 2005. године у Будимпешти, која се иначе, са различитом тематиком, одржава сваке године на Правним студијама Централноевропског универзитета. Зборник радова о којем је реч резултат је те расправе. У наставку овог приказа, укратко ћемо сагледати аргументе Андраша Шаје изнете у прилогу овог зборника (који има 70 страна), као и одговоре других аутора на питање о томе да ли су компатибилни јавно право, пре свега уставно право и злоупотреба права, као установа приватног права.

Шта, у ствари, Шајо тврди? Иако наводи да постоје различити историјскоправни и упоредно правни концепти злоупотребе права и различита мишљења савремених аутора у односу на дефинисање овог концепта,⁴ корене данашње идеје злоупотребе права он везује за другу половину 19. века и реакцију континенталног приватног права на апсолутистичку природу либералног индивидуализма оличеног, на пример, у Наполеоновом грађанском законнику.⁵ Након кратке шетње кроз упоредно право, Шајо сумира општеприхваћене услове који морају бити испуњени да би се нека појава могла окарактерисати као злоупотреба права: прво, вршење права мора да има за последицу неку врсту штете (често имовинске), и друго, многа национална законодавства траже и постојање намере шкођења.

Полазећи од чувених Волтерових речи „да се право које се пружа предалеко претвара у неправду“, Шајо потом истиче да је апсолутистичка природа субјективних права постала друштвено иритирајућа и занимљива за правну науку тек када се схватило да је концентрација (економске) власти главни друштвени проблем. На моћ

³ Предмет расправе су права тзв. прве генерације односно грађанска и политичка права.

⁴ За свеобухватну расправу о историјским и савременим схватањима концепта злоупотребе права, укључујући и расправу о улози и карактеру овог института у нашем правном систему, в. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Номос, Београд 1997.

⁵ В. чл. 544 наведеног Законика.

титулара грађанских права почело се гледати као на привилегију подложну злоупотреби. Да би се ограничила та моћ, правна наука је у тренутку класичног либерализма утврдила критеријуме за индентификовање ситуација злоупотребе права и правно их санкционисала. Управо због тога што уставно право има за предмет монопол власти *par excellence*, очигледно је, тврди Шајо, да је, и поред оправданих критика изречених на рачун доктрине о злоупотреби права, таква доктрина потребна и у уставном праву. Прво, истиче он, модерни уставни системи у великој мери су реакција на злоупотребу власти од државе, а на штету појединца. Као и у историјском тренутку индивидуалног либерализма, и у тренутку рађања савремених уставних демократија, било је још једном потребно прогласити да је индивидуална слобода сама по себи циљ. Друго, по мишљењу овог конституционалисте, време у којем живимо умногоме подсећа на период класичног либерализма и апсолутних права, с обзиром на то да се проблеми у друштву углавном решавају уз помоћ институције основних права. Овога пута су основна, уставом загарантована права та којима се може приписати апсолутистички карактер, у смислу да представљају предуслов за достизање слободе у односу на државну власт. И треће, сама неодређеност права, као и основних начела која су такође неодређени концепти, а који играју велику улогу у уставном праву, захтевају увођење овакве доктрине у уставно право. Треба, међутим, нагласити да се овај аутор противи употреби оног концепта злоупотребе права у грађанском праву који се ослања на право и његову функцију у друштву. Директна примена таквог концепта злоупотребе у уставном праву је незамислива – уставом гарантована основу грађанска и политичка права не темеље се на друштвеним разлозима већ су изнад њих: на пример, слобода говора односи се на право говорника а не на право публике да буде информисана.⁶

Који су онда сценарији злоупотребе права у уставном праву на које Шајо алудира? Простор за злоупотребу он, пре свега, види у могућности коришћења једног права или слободе на штету права или слобода других или на штету неког уставом гарантованог интереса. Реч је, у суштини, о „хоризонталним“ ефектима уставних норми односно примени тзв. *state action* доктрине, која има циљ да заштити приватне странке од одговорности за радњу за коју иначе може бити одговорна само држава.⁷ У прилог својој тврдњи наводи примере

⁶ С тим у вези је и став овог аутора да је пракса Европског суда за људска права сузила заштиту слободе изражавања у мери у којој овај суд подржава ограничења која се односе на рад средстава за масовно комуницирање а за која је овај суд нашао да су неопходна у демократском друштву.

⁷ Према овој доктрини, послодавац, на пример, неће бити одговоран зато што је свом запосленом ограничио права на слободу говора или слободу удживања, нити ће одговарати родитељ који је ограничио свом детету слободу кретања, као ни купац који своје подстанаре бира на основу расе. Да би се за овакве радње одгова-

проблематичног уживања слободе религије, говора (изван контекста милитантне демократије), удруживања, као и права на једнакост. Осим у случају тзв „хоризанталних“ ефеката у коришћењу неког права који могу довести до злоупотребе, овај аутор указује и на институционалну злоупотребу, којој су пре свега склони судови у поступку оцењивања уставности законодавних аката. Шта је, пита се Шајо, ако не злоупотреба права – одлука Уставног суда Мађарске у којој је овај суд заузео став да повраћај црквене имовине верским заједницама није недозвољена дискриминација на штету других правних лица која нису имала право на повраћај конфисковане имовине у натури, с објашњењем да је повраћај у интересу уживања уставом гарантоване слободе вероисповести.⁸

У одговору на Шајове тврдње многи би подсетили на то да се, традиционално, проблеми у вези са чињеницом да је већина основних права неодређена, решавају кроз стандардне категорије сукоба права, сукоба права и јавног поретка, позивањем на дозвољена ограничења основних права кроз процес тумачења ограничавајућих клаузула (тзв. балансирање и „мерење“ пропорционалности) или алтернативно позивањем на уграђена (инхерентна) ограничења самог концепта неког права (ограничења *per definitionem*). Мишљења других аутора зборника о којем је реч такође се разикују.

Већина аутора сложила се са тврдњама Андраша Шаје да је позивање на основна права у одређеним ситуацијама неправилно и неприхватљиво, да изазива забрињавајуће последице, као и да је суочавање с том чињеницом неопходно за ефикасно и праведно функционисање уставног система. Мишљења су, међутим, подељена о томе да ли се у таквим ситуацијама може говорити о: (а) злоупотреби права у смислу доктрине приватног права (као што то заговарају Шајо и *Gianluigi Palombella*); (б) погрешној примени а не злоупотреби права (*Alexander Somek*); (ц) класичном „сукобу“ између фундаменталних права (*Matthias Mahlmann* и *Alexander Somek*); или (д) злоупотреби чији је извор судар политичких идеја односно противречности у политичком поретку (*Lester Mazor*, *Sanford Levinson*, *Patrick Macklem* и донекле *José, E. Alvarez*). По неким, извор неправилне и неприхватљиве употребе права је сама неодређена природа основних права (*Lester Mazor* и *Wiktor Osiatynski*), што је аргумент који нас враћа на већ поменућу школу Критичких правних студија и

рало у смислу повреда уставних права, потребна је директна или ближа веза са државним органом тј. његовом радњом. Опширније о томе в. N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajó, S. Baer, *Comparative Constitutionalism*, West Group, St. Paul, MN 2003, 836–839.

⁸ Одлука Уставног суда Р. Мађарске, 4/1993 (II.12) АБ хат. Треба знати да је одлука директно погодила родитеље и децу која су похађала оне државне школе којима су враћени верски елементи.

њено учење. Додаћу овде да неки сматрају да је општи концепт злоупотребе права немогућ, а поготово да је немогуће говорити о таквом концепту који би био својствен уставном праву (*Lidija Basta-Fleiner*), док су према примени ове доктрине у уставном праву нарочито критички настројени аутори прилога у овом зборнику који долазе из земаља обичајног правног система (*Walter J. Walsh* и *Lester Mazor*).

С друге стране, *Martin Kryger* с правом подсећа на то да је питање које је предмет расправе тесно повезано са принципом владавине права, а да је због чињенице да се друштва у којима живимо умногоме разликују, немогуће дати универзалну дефиницију тог принципа. Због тога се, по његовом мишљењу, питања злоупотребе основних права и злоупотребе принципа владавине права мора разматрати у контексту, што у овом зборнику чини *Zdeněk Kühn* анализирајући одлуке пољских судова донете на почетку комунистичке диктатуре, као и *Gianluigi Palombella*, који очигледну чињеницу чини још очигледнијом у делу свог текста у којем анализира злоупотребу принципа владавине права од судова САД у вези са догађајима у Гвантанамо Беју (*Guantanamo Bay*). И кад је већ поменут Гвантанамо Беј, два одлична прилога у овом зборнику, прилог Хозе Алвареза и прилог Сенфорда Левинсона, говоре о злоупотреби основних права у контексту безбедности. Алварез своју дискусију смешта у оквире међународног права, откривајући нам другу (тамну) страну борбе Уједињених нација против тероризма. О истом проблему, а по мом схватању лажној дилеми – основна права или безбедност – говори и Левинсон али у оквирима права САД: осврћући се на контраверзна овлашћења председника Буша у време ванредног стања, он алудира на чињеницу да устав више није оно што судије кажу да јесте, него је устав оно што каже председник као врховни командант. Али, као што сам већ истакла, Левинсон ову чињеницу не назива злоупотребом права нити је третира у оквиру било ког другог правног стандарда, већ је посматра у контексту „високе“ политике и назива је злоупотребом у сврху партијских интереса.

Постоје ли неки преседани који ипак указују на постојање института забране злоупотребе права у јавном праву? Када говоримо о забрани злоупотребе права треба имати на уму да је, изван приватног права, ово начело дубоко утемељено у међународном праву, почевши од Универзалне декларације о људским правима па до Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, с тим што се његова улога и значење разликују у односу на значење и улогу коју овај институт има у приватном праву. Из Шајиног прилога у овом зборнику сазнаћете и то да је забрана злоупотреба права у Јапану уставно начело које нема одлике концепта милитантне демокра-

тије, већ одлике начела приватног права, с тим што се за постојање злоупотребе не тражи намера да се дугоме нанесе штета – довољно је да само уживање права неоправдано повређује права других. Ипак, треба имати на уму да се у Јапану основна права не штите зато што чине централни део живота сваког појединца, већ зато што имају друштвену функцију: чл. 12. Устава Јапана прописује да се основна права користе у сврху јавне добробити тј. благостања. Коначно, ту је пример из много ближе правне културе. Наиме, читаоцима у Србији, као и онима којима је блиска правна традиција бивше Југославије, уставно начело злоупотребе основних слобода и права свакако је познато, мада је цео концепт који је стајао иза овог начела у најмању руку био недоречен, а као такав је и отишао у правну историју.⁹ У недостатку озбиљне уставне праксе, тешко је рећи да ли је ово, сада већ бивше уставно начело, представљало концепт који се могао активирати у случајевима укидања права или је био једна од мера милитантне демократије чија је сврха била спречавања напада на демократске принципе или је имао циљ да забрани уживање права на штету права других. Како је приликом усвајања новог устава Републике Србије изостала јавна расправа, мало знамо о разлозима за изостављање овог начела у важећем уставном тексту. Један од могућих разлога је чињеница да се у условима крхе демократије као што је наша ово начело и само могло злоупотребити и то баш у сврху негирања, укидања или снижавања нивоа у заштити основних слобода и права.

На крају, постоје два основна разлога зашто читати ову књигу. Прво, питање контрадикторности у гарантовању и остваривању основних права и слобода недовољно је расветљено у нашој правној доктрини, док је у пракси готово потпуно занемарено. Разлог је свакако чињеница што смо или потпуно били лишени права или смо живели у друштву утемљеном на квазиправима, па су се због тога поборници људских права (с правом) више бавили њиховом афирмацијом него комплексностима које се јављају у њиховој имплементацији. У овом смислу, зборник радова под називом *Злоупотреба: тамна страна људских права*, који је уредио Андраш Шајо, добар је водич кроз проблеме у вези са применом и остваривањем основних слобода и права. Друго, без обзира на то какав став неко има према кохерентности основне тезе понуђене у овој књизи, књига нуди занимљиву правну расправу о питању да ли се одређене комплексности основних права и слобода могу избећи и отклонити применом стандардних института и мера уставног права или је ипак у ту свр-

⁹ В. чл. 67. ст. 3. Устава СРЈ (*Службени лист СРЈ*, бр. 1/92), чл. 12. ст. 3. Устава Републике Србије из 1990. године (*Службени гласник РС*, бр. 1/90) и чл. 16. ст. 3. Устава Републике Црне Горе из 1992. године (*Службени лист РЦГ*, бр. 48/92).

ху непоходно „завирити“ у приватно право. Сигурно је да ће читаоци препознати многе спорне ситуације представљене у прилозима аутора који потичу из различитих правних традиција, а како ћемо их назвати – о томе можемо водити нове расправе.

Милош Здравковић*

Данило Н. Баста,

Самопоштовање и пузавост – текстови с поводом (2002–2007), Центар за публикације Правног факултета – Досије, Београд 2007, стр. 306.

У оквиру библиотеке „Политика и друштво“, као 72. свеска по реду појавила се књига проф. Данила Басте под називом *Самопоштовање и пузавост* и то је друга књига овог аутора која се појављује у овој библиотеци. Прва, *Неодољива привлачност историје* (свеска број 65) изашла је 1999. године. Чињеница да су се две књиге истог аутора нашле у овој библиотеци великог угледа и, за наше услове, веома дуге и богате традиције, аутору може да чини изузетну част.

Сви текстови који се налазе у књизи настали су током последњих неколико година, тачније од 2002. до 2007. године. Књига је подељена на три дела. У првом се налазе чланци, у другом краћи записи, а у трећем рецензије појединих књига. Из овога је јасно да су текстови међу собом разнородни и да разлоге зашто су се појавили у оквиру једне књиге треба потражити у њеном наслову, односно поднаслову. Наиме, сви текстови су настали одређеним поводом, а тај повод је увек био толико значајан да су, како то сам аутор каже, ови текстови једноставно морали да буду написани. Други и значајнији разлог који разнородне делове књиге држи на окупу се огледа у томе да су сви текстови прожети духом самопоштовања и достојанства, управо оним духом којем учи Кантова етика.

Књига, као и први чланак који отвара књигу, деле исти наслов и то није нимало случајно. Заправо, чини се да је аутор на самом почетку хтео да читаоцу скрене пажњу на ону основну идеју садржану у књизи, идеју која говори о самопоштовању као моралној дужности, потреби испуњења те дужности и погубности оглушења о ту дужност.

* Аутор је асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

У Кантовој *Метафизици морала* из 1797. године, налазе се два краћа параграфа (11 и 12) и то је једино место у његовим главним списима где чувени немачки филозоф говори о пузавости. То, како примећује проф. Баста, ипак није било довољно да том месту придају довољну пажњу бројни истраживачи Кантове моралне филозофије. Кант одређује пузавост као један од порока којим се негира апсолутна човекова унутрашња вредност: људско достојанство. С друге стране, самопоштовање је дужност сваког човека, дужност да се живи и дела у складу са сопственим достојанством. Дакле, човек који не поштује самог себе, који се одрекне сопственог достојанства, постаје пузавац, и Кант снажно упозорава на то да „ко од себе начини црва, не може се после тога жалити што га газе ногама“. Овде се стиже до кључног места у овом чланку. Наиме, проф. Баста сматра да је могуће да се суштина и резултати Кантовог расуђивања о пузавости прошире и на шири хоризонт, да не остану искључиво на индивидуално-етичкој равни. Следећи Канта који сматра да је сваки појединац субјект обавезе да штити и сачува своје достојанство, писац ову дужност проширује на народ и каже „народ, било у етничком или политичком смислу, има дужност према самом себи да се у поређењу и опхођењу с другим народима не срoза до морално негативне понизности и да не постане народ-пузавац“. Одмах потом, у убедљивој реченици којом се и завршава овај чланак, писац проширује ову моралну обавезу до самог краја, тј. до државе, где каже да управо челни људи у држави треба да буду чувари и заштитници њеног самопоштовања и достојанства, јер ће у супротном држава проћи као и појединац који „од себе начини црва“.

Управо овако, у проширеном смислу схваћена морална обавеза да се штити сопствено достојанство, представља идеју која је обојила текстове садржане у овој књизи. Истине ради, треба рећи то да аутор сразмерно више пажње посвећује појединцима, истакнутим домаћим и страним правним теоретичарима и филозофима и њиховим животним делима него питањима од непосредне и велике важности за нашу државу, која се сада налази у преломном тренутку. Тако ће читалац приметити да се дужност самопоштовања углавном користи у оном значењу какво је, још пре више од 200 година, утемељио Кант, али и да се на одређеним местима користи у проширеном значењу, какво је у свом првом чланку поставио писац. Остаје очекивање да ће се проф. Баста у неком будућем делу детаљно позабавити идејом самопоштовања схваћеном у оном смислу у каквом је и представљена у овом уводном чланку.

Требало би рећи и неколико речи о осталим текстовима, нагостити будућим заинтересованим читаоцима шта могу пронаћи у овој књизи. Прво, као што је познато, проф. Баста доста пажње у

својим радовима поклања нашем филозофскоправном наслеђу, тако да у оквиру ове књиге има речи о животима и делима Јована Стерије Поповића, Томе Живановића, Михаила Ђурића, Љубомира Тадића. Поред правних филозофа, аутор се осврће и на наше друге значајне личности и њихов рад, као што су Вук Караџић, Драгољуб Јовановић, Зоран Ђинђић, Миодраг Јовичић, Војислав Становчић. Нарочито би ваљало истаћи да се аутор позабавио и једним нашим социологом права. Реч је о Новици Краљевићу, личности о којој се код нас скоро уопште није говорило и преко чијег је дела, бар доскора, сасвим неоправдано лежао вео заборава. Такође, сам аутор признаје да га снажно привлаче лик и дело Слободана Јовановића, вероватно нашег најзначајнијег научника у друштвеним наукама. У тој чињеници треба потражити разлог зашто је Слободану Јовановићу посвећено највише простора.

Нису сви текстови посвећени делима наших великана. У књизи, између осталог, има доста речи и о главним државним проблемима (питање територијалне целовитости Србије), неким питањима из скорашње историје (пропаст СФРЈ), такође и о питањима која непосредно дотичу нашу универзитетску јавност (реформа универзитета).

Већина текстова је раније већ објављена, углавном у разним часописима. Четири текста су у оквиру ове књиге први пут угледали светлост дана. Између њих би можда требало издвојити чланак под насловом „Ханс Келзен пред сопственим огледалом“, иначе представљен на Општем семинару Правног факултета Универзитета у Београду, пред, нажалост, што је чест случај, невеликим аудиторијумом. У том чланку аутор упознаје нашу јавност с аутобиографијом једног од највећих правних теоретичара XX века. Та је аутобиографија, написана 1947. године, за коју се дуго сматрало да је изгубљена, објављена прошле године заједно с Келзеновом аутобиографијом из 1927. године.

Интересовања проф. Басте свакако превазилазе оквире филозофије права као његове матичне области и крећу се у оквиру широког духовног хоризонта. Напоследку, сам избор текстова у књизи лепо рефлектује ауторове преокупације. Требало би нагласити и то да је значај објављивања ове књиге најмање двострук. Прво, свака научна средина је у обавези да негује и унапређује своје наслеђе, а друго, научни посленици не би требало да остану неми на оне велике изазове и искушења која потресају друштво у којем живе и стварају. Наравно да постоје и многи други разлози који потврђују да књига проф. Данила Басте није случајно сврстана у чувену библиотеку „Политика и друштво“ и та чињеница представља још једну препоруку за ову књигу.

Сања Глигић*

Michael Gagarin

Antiphon the Athenian: Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists, University of Texas Press, Austin 2002, стр. 222.

Мајкл Гагарин (*Michael Gagarin*) је професор класичних наука на Универзитету Тексас у Остину и један од водећих светских стручњака за античко грчко право.¹ Мада по основном образовању није правник, током своје каријере највише се бавио баш грчким правом, али и грчком литературом и филозофијом. Антифонт му је привукао пажњу још на докторским студијама на Станфорду, где је писао дисертацију о Протагори. Други важан стимуланс био је 1977. године, када је радио на атинском праву о убиству у оквиру курса „Атинско беседништво“, који је држао на Берклију. Након тога је написао десетине чланака и неколико књига посвећених појединим областима Антифонтовог рада. Књига која се приказује је круна Гагариновог интересовања за овог грчког беседника. Први пут је покушао да комплетира слику, која се као *puzzle* састоји из много делова различитих димензија, а када се сложе – представљају целовит опус интелектуалца Антифонта из Атине.

Антифонт је као један од најистакнутијих грчких беседника ушао у тзв. „александријски канон“ десеторице. Говорништво је у Грчкој постојало вероватно и пре Хомера, али, како истиче Тукидид (*Thucydides* 8.68), Антифонт је био први „логограф“ – писац судских говора. Живео је у другој половини V века пре н.е., који је у Атини обележен радом софиста.

* Аутор је асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ Гагарин је аутор неколико незаобилазних студија о античком грчком праву, од којих помињемо само његове прве радове, попут M. Gagarin, *Drakon and Early Athenian Homicide Law*, Yale University Press 1981; M. Gagarin, *Early Greek Law*, University of California Press, Berkeley 1989, као и најновију књигу M. Gagarin – D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.

Сачувано је само шест Антифонтових говора, посвећених кривичном делу убиства. Прву модерну едицију Антифонтових говора објавио је Мецнер.² Од тада је прошао читав век док се нису појавила два најзначајнија зборника Антифонтових говора, која су данас незаобилазно штиво за сваког ко се бави проучавањем Антифонтвог живота и рада.³

Почетком XX века откривена је група папируса у Оксирињу у Египту. Међу њима су пронађени и фрагменти софисте Антифонта.⁴ Од њиховог објављивања па до изласка из штампе књиге Мајкла Гагарина која је пред нама, нико није ни помислио да доведе у везу Антифонта беседника и Антифонта софисту.

Ова Гагарина књига садржи седам поглавља. У првом аутор описује активност софиста у другој половини V века пре н.е., што представља социјалну подлогу за објашњење Антифонтвог усмерења. Друго, најважније, посвећено је контроверзама везаним за Антифонта. Од трећег до шестог поглавља Гагарин детаљно разрађује прво филозофска дела, затим прелази на *Тетралогије*, и коначно на судске говоре Антифонта, уз издвајање њихових фрагмената. Седмо је закључно, и у њему аутор на основу претходно приказаних контроверзи и Антифонтвог рада покушава да докаже да је постојао само један Антифонт. На крају књиге налази се апендикс, у коме су на старогрчком и енглеском језику објављени *Конкорд* и *Истина*, два дела Антифонта софисте, која су пронађена на оксириншким папирусима. Гагарин је користио преко седамдесет извора, дао врло прегледан индекс појмова и списак литературе.

У првом поглављу („Софистички период“) Гагарин скицира време у коме су живели софисти. Поред чињеница да реч „софист“ у V веку пре н.е. није била високорангирана и да су они на различите начине подучавали своје ученике, аутор покушава да пронађе сличности, које су карактеристичне за већину софиста. Они су били професионални учитељи, показивали су наклоност ка „истраживању и експерименту“, „парадоксу и игри“, а били су склони и јавним надметањима. Гагарин истиче два закључка. Прво, да је подучавање софиста обухватало различите теме и најчешће није било практично, али је било израз интелектуалне знатижеље, скептицизма и авантуристичког духа, који су истовремено ознаке комплетне пресократовске филозофије. Друго, да „уметност *logoi*“, којој је била склона већина софиста, није била лимитирана само на реторику и то у погрдном смислу као „уметност наговарања“, већ се користила и у судни-

² E. Maetner, *Antiphontis, Orationes XV*, Berlin 1838.

³ K. J. Maidment, *Minor Attic Orators*, Vol. I Loeb Classical Library, Cambridge 1941, а други M. Gagarin, *Antiphon, The Speeches*, Cambridge 1997.

⁴ H. Diels and W. Kranz, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin 1952.

цама и скупштини. Како указује аутор, Платон је ставио фокус на то да су софисти били склони реторици у смислу наговарања, чиме је покушао да уништи наше виђење софиста. У контексту књиге, све је посвећено анализи Антифонта. Он је највише представљен у односу на остале софисте, нарочито када Гагарин покушава да одбрани реторику софиста.

Друго поглавље („Антифонт: живот и рад“), састоји се из објашњења која би могла да помогну да сазнамо да ли је постојао један или два, а можда чак и три Антифонта. Аргументе аутор поставља у два нивоа: прво, утврђује идентитет оратора (логографа) и софисте који је написао *Конкорд* и *Истину*; затим, покушава да докаже да је иста особа написала и *Тетралогије*. Антифонт из Рамунта, син Софилов, онај је кога помиње Аристофан у *Осама* (Ar. *Wasps* 1270, 1301–2) као „сиву еминенцију“ олигархијске револуције 411. пре н.е. Тукидид (*Thucydides* 8.68) истиче његову спремност да помогне у судници и скупштини, а Плутарх (Plut. *Ten Orators* 833a–834b), то да је он човек из народа и патронимик. Гагарин на основу овога закључује да је овај Антифонт аутор судских говора 1, 5. и 6. „Антифонт софист“ се појављује као ривал Сократу у Ксенофоновим *Успоменама* (Xen. *Memorabilia* 1.6.). Аутор истиче да би и овај Антифонт могао да буде учитељ реторике, односно Антифонт из Рамунта, кога помиње Платон (Plat. *Menexenus* 236a). По тој логици „Антифонт софист“ је, у ствари, иста личност као и Тукидидов и Аристофанов Антифонт, јер, како истиче Гагарин, Ксенофонт би се вероватно пре одлучио да са Сократом пореди неког ко је већ афирмисан. У супротном, уколико су ова два Антифонта различите личности, библиографија софисте није позната. Први сачувани текст који указује на разликовање Антифонта логографа и филозофа је Хермоген (Hermog. *Peri Ideon* B399, 171n.2.), који, с једне стране, обојицу назива „софистима“, а, с друге стране, налази да се само *Конкорд* и *Истина* у стилском погледу упадљиво разликују од осталих дела. Гагарин указује на то да новије читање ових филозофских дела, у смислу разликовања жанрова, публике и сврхе која се текстом жели постићи, може да доведе до закључка да је и њих написао Антифонт логограф. Наравно, и сам аутор је свестан да ово није довољно јак аргумент, али му овакав закључак служи као радна хипотеза.

Код *Тетралогија* се аутор сусреће са другачијим проблемом. Наиме, нико од античких писаца није указивао на то да су *Тетралогије* и судски говори дела различитих Антифонта. Увек су објављивани у заједничким рукописима и посвећени истој тематици – убиству. Међутим, модерни аутори су приметили да се у *Тетралогијама* могу уочити карактеристике јонског дијалекта, које нису својствене судским говорима, као и да нису биле компатибилне тадашњој атинској

судској пракси. Гагарин истиче да су *Тетралогије* део софистичке традиције, у смислу да су написане као *antilogiae* (према начелу контрадикторности). Што се тиче стилских разлика, аутор понавља своју аргументацију из претходне контроверзе, односно закључује да је Антифонт могао да модификује свој стил за касније написане судске говоре. Процедурални приговори по Гагарину нису довољно јак аргумент на основу кога би могло да се закључи да је реч о двојници аутора. Гагарин верује да коначан суд о томе колико је Антифонта постојало не може да се донесе без претходног увида у дела која су сачувана. Преостали део књиге је управо посвећен детаљној обради *Тетралогија*, судских говора и филозофских дела.

Треће и четврто поглавље обрађују сачуване фрагменте филозофских радова. Међу темама посвећеним *Истини* издваја се однос *nomos* – *physis*. Антифонт фаворизује *physis* у односу на *nomos*. Међутим, како истиче Гагарин, кроз свеобухватну анализу његове перцепције, језика и знања, Антифонт је више тежио истраживању сукобљених аргумената, у односу на заузимање апсолутне позиције. Другим речима, *nomos*, онако како га схвата Антифонт, није нужно у сукобу са природним правом. Гагарин уочава да исти резон којим се Антифонт служи да не осуди у потпуности *potoi* у *Истини*, користи за њихову подршку у *Конкорду*. „Ко жели да науди свом суседу али се плаши, можда неће остварити своју жељу, али ће схватити да је то обазриво поступање.“ (Ant. *Fragments* 58). У оба дела Антифонт не критикује све *potoi*, већ само њихово непромишљено прихватање. За разлику од *Истине*, која је била апстрактна за *demos*, *Конкорд* се бави популарнијом тематиком, што води ка традиционалном закључивању. Гагарин мисли да је Антифонт на овај начин желео да неке филозофске теме приближи обичном човеку.

У петом поглављу Гагарин анализира *Тетралогије*. Оне обухватају три случаја, односно дванаест говора, пошто је за сваку написано по два говора за тужиоца и по два за браниоца. Нису могле да се изводе на суду и вероватно, како истиче Гагарин, нису биле модел по коме би могла да се изучава форензична реторика (можда индиректно). Биле су више нека врста истраживања судске филозофије, које се не завршава открићем ко је добио спор, већ смишљањем нових аргумената, при чему се питање оставља без одговора. *Тетралогије* се баве убиством које је починио непознати учинилац (*Тетралогија* 1), дозвољеним убиством (*Тетралогија* 2) и убиством у нужној одбрани (*Тетралогија* 3). Нарочиту пажњу привлачи *Тетралогија* 2, у којој је дечак случајно погођен копљем док је вежбао на тренингу. Дискусију на исту тему између Перикла и Протагоре описује Плутарх (Plut. *Pericles* 36), као расправу која је потрајала читав дан. Њих двојица су се питала да ли је крив онај ко је бацио копље, само копље

или организатор тренинга (једино је у последњем случају реч о дозвољеном убиству). Гагарин закључује да ово свакако није био „прави случај“, већ тема која је представљала „проблем“ у филозофским дискусијама тадашњег времена, а да је Антифонт преузео да би је још више продубио.

Антифонтова три судска говора (најстарији сачувани радови логографа) и сачувани фрагменти његове одбране након пада олигархијског режима 411. године пре н.е. су, како истиче Гагарин у шестом поглављу, прави примери судске реторике у V веку пре н.е. Ови говори, које је Антифонт писао за друге, модели су за подучавање форензичне реторике. Говор *У корист Хорега* (Антифонт 6) је написан за оптуженог. Хорег је оптужен због „планирања нехатног убиства“ дечака из хора, који је био под његовим надзором. Дечак је умро након испијања напитка који су му дали хорегови асистенти, без претходних инструкција од хорега. Антифонт се више концентрише на откривање мотива тужиоца у односу на опис самог убиства. Гагарин сугерише да је ово вероватно зато што браниоцу није приличило да своју кривицу пребаци на сараднике. Говор *Против маћеха* (Антифонт 1) је вероватно Антифонт лако добио. Ово је једини од сачуваних говора који је писао за тужиоца, и, како истиче, Гагарин није му било тешко да докаже да је маћеха дужи период тровала свог мужа. *Убиство Херода* (Антифонт 5) је проблематичан говор зато што тело Херода никада није пронађено, аргументи су слаби и више служе да поремете тужиоца, но што представљају квалитетну одбрану. Антифонтова одбрана је, како закључује Гагарин, не само одбрана његових политичких ставова, већ комплетне каријере једног врхунског интелектуалца.

У закључном поглављу под називом „Од софисте до судског беседника“, аутор покушава да обједини све доказе који ће му помоћи да комплетира Антифонта. Концентрише се на његов стил, аргументе и интелектуалну конзистенцију. Ово обухвата и Антифонтову флексибилност и инвентивност да се адаптира различитим жанровима и публици, у зависности од крајњег циља који жели да постигне. Дискусија коју Гагарин износи, представља јаку везу између судских говора, филозофских дела и *Тетралогија*. Он ту везу осликава тако што у судским делима и *Тетралогијама* проналази елементе софистичког учења, и обрнуто, у филозофским радовима уочава правничко образовање. Поглавље завршава кратким прегледом Антифонтове каријере, у којој су *Тетралогије* рани рад, потом следе *Конкорд* и *Истина*, а круну чине логографски и политички ангажман.

Ова књига је намењена онима који желе озбиљно да се баве проучавањем Антифонтовог живота и рада. Међутим, пошто Гагарин поседује елеганцију у изражавању, а садржина је јасна и пре-

гледна, књигу без тешкоћа могу читати и лаици. Не улазећи на овом месту у истинитост ауторових тврдњи да је постојао само један Антифонт, важно је истаћи да се овом књигом исправља неправда према Антифону. Наиме, без обзира на то што његов опус представља значајну колекцију за атинско форензично беседништво, он је у поређењу са Горгијом или Протагором много мање изучаван. Сем тога, ова књига омогућава да се сагледа комплетан допринос софиста, који су утицали на даљи развој реторике. Гагарин баца једно ново светло на њихов рад, које се разликује од Платоновог, не баш љубазног третмана, уз све уважавање његове литерарне генијалности.

Урош Новаковић,

студент последипломских студија

Правног факултета Универзитета у Београду

ЈЕДИНСТВЕНИ ЛИЧНИ РЕГИСТАР УСВОЈЕЊА У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ*

Нови Породични закон Републике Србије, који је донет маја 2005. године,¹ прописао је оснивање Јединственог личног регистра усвојења (ЈЛРУ) за усвојитеље и усвојенике.² Основна улога овог регистра је обједињавање података, односно скраћење и упрошћавање поступка усвојења.

На самом почетку, укратко ћемо изложити основне карактеристике ЈЛРУ.

Према одредбама Породичног закона Србије, орган старатељства има обавезу да утврди да ли су будући усвојитељи подобни да усвоје дете (општа подобност усвојитеља)³ и да ли је дете подобно да буде усвојено (општа подобност усвојеника).⁴ Орган старатељства доноси одлуку о општој подобности на основу налаза и стручног ми-

* Захваљујем се на сарадњи и пруженим подацима при реализовању овог истраживања Министарству за рад, запошљавање и социјалну политику Републике Србије – госпођи Добрили Грујић, госпођи Весни Текић и господину Љубомиру Пејаковићу.

¹ В. *Службени гласник РС*, бр. 18/2005.

² Формалноправно гледано, усвојеник је оно дете које је (већ) усвојено, а усвојитељи су оне особе које су (већ) усвојиле. У овом раду, иако то још нису усвојитељи и усвојеници, већ пре „потенцијални усвојеник“ (опште подобни усвојеник) и „потенцијални усвојитељ“ (опште подобни усвојитељ), биће коришћени термини „усвојеник“ и „усвојитељ“.

³ В. чл. 99–103. Породичног закона Србије.

⁴ В. чл. 89–98. Породичног закона Србије.

шљења психолога, педагога, социјалног радника, правника и лекара. Када утврди да су будући усвојитељи подобни да усвоје дете (општа подобност усвојитеља), односно да је дете подобно да буде усвојено (општа подобност усвојеника), орган старатељства је дужан да податке о будућим усвојитељима и усвојенику одмах унесе у Јединствени лични регистар усвојења. Овај регистар, који води министарство надлежно за породичну заштиту, садржи евиденцију података о будућим усвојитељима за које је утврђено да су подобни да усвоје дете и деци за коју је утврђено да су подобра да буду усвојена. Начин вођења ЈЛРУ прописује министар надлежан за породичну заштиту.

Орган старатељства који је утврдио општу способност усвојеника бира будуће усвојитеље на основу евиденције из ЈЛРУ и о томе доноси посебан закључак.

Од оснивања ЈЛРУ до 27.01.2007. године, засновано је укупно 76 усвојења.⁵ Уз сагласност министра, засновано је седам усвојења, где се као усвојитељ(и) јавља(ју) страни држављани(н).⁶ Такође, по одобрењу министра, реализовано је 14 усвојења где је разлика у годинама између усвојеника и усвојитеља већа од 45 година.⁷

Јединствени лични регистар усвојења састоји се од два дела, једног у коме су подаци о подобним усвојитељима, и другог где се

⁵ Чл. 320. Породичног закона Србије:

(1) Орган старатељства који је изабрао будуће усвојитеље доноси писмено решење о усвојењу:

1. ако су будући усвојитељи подобни да усвоје дете (општа подобност усвојитеља);

2. ако је дете подобно да буде усвојено (општа подобност усвојеника) и

3. ако утврди да је узајамно прилагођавање будућих усвојитеља и детета било успешно (посебна подобност усвојитеља и усвојеника).

(2) Усвојење је засновано даном доношења решења о усвојењу.

⁶ Чл. 103. Породичног закона Србије:

(1) Страни држављанин може усвојити под условом:

1. да се не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима;

2. да се министар надлежан за породичну заштиту сагласио са усвојењем.

(2) Сматраће се да се усвојитељи не могу наћи међу држављанима ако је прошло више од годину дана од дана уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења.

(3) Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење страном држављанину и пре истека рока из става 2. овог члана ако је то у најбољем интересу детета.

⁷ Чл. 99. Породичног закона Србије:

(1) Разлика у годинама између усвојитеља и усвојеника не може бити мања од 18 нити већа од 45 година.

налазе подаци о деци подобној за усвојење – подобним усвојеницима. Оба дела имају по 12 различитих група (критеријума) података.⁸ У складу са редоследом из ЈЛРУ, биће излагани статистички подаци о усвојитељима и усвојеницима.

1. УСВОЈИТЕЉИ (ОСОБЕ ПОДОБНЕ ЗА УСВОЈЕЊЕ)

У Јединственом личном регистру усвојења има укупно 450 усвојитеља, и то 21 усвојитељ појединац и 429 парова, што укупно даје број од 879 особа.⁹

1.1. Националност

Када је реч о националности усвојитеља, посматраћемо посебно податке о националности парова усвојитеља, посебно националност појединаца као усвојитеља, и на крају, националност свих усвојитеља (појединаца и парова).

Парова исте националности има 93 % док парова мешовите националности има 7% (Табела 1). Највећи проценат парова исте националности чине српски парови, скоро 9 од 10 парова (88,47 % или 353 парова усвојитеља), затим следе ромски 5% (20)¹⁰ и мађарски парови 2,75% (11). Проценат осталих националности је занемарљив, тако да ћемо само приказати њихов број: бошњачких парова шест, словачких три, хрватских два, и по један југословенски, македонски и румунски пар. Један пар је непознате националности.

Од појединаца који се јављају као усвојитељи, њих 20 је српске националности а један усвојитељ је непознате националности.

Парова различите националности има 30 или 7 % од укупног броја парова (Табела 1).

(2) Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење лицу које је старије од усвојеника мање од 18 година или лицу које је старије од усвојеника више од 45 година ако је такво усвојење у најбољем интересу детета.

⁸ С обзиром на то да нема података о материјалном статусу (месечним приходима) свих усвојитеља из ЈЛРУ, овај критеријум није било могуће обрадити, тако да ће бити приказано укупно 11 група података о усвојитељима.

⁹ Од 879 особа, 442 особе су женског а 437 особа је мушког пола.

¹⁰ У највећем броју случајева ромски парови опредељују се за ромску децу. Од 19 оваквих парова, њих 14 или 73,6% жели искључиво ромску децу а њих пет каже да им „није битна“ националност детета.

ТАБЕЛА 1.

НАЦИОНАЛНОСТ МЕШОВИТОГ ПАРА	БРОЈ ПАРОВА
Српско-хрватски	6
Македонско-српски	5
Мађарско-српски	5
Српско-црногорски	2
Бошњачко-српски	2
Хрватско-словачки	1
Српско-албански	1
Словачко-српски	1
Румунско-српски	1
Бугарско-српски	1
Српско-ромски	1
Мађарско-хрватски	1
Југословенско-српски	1
Ромско-горански	1
Српско-неопредељени	1

Ако националност усвојитеља погледамо као целину (дакле, не делећи их на парове и појединце), резултати се (битно) не разликују: српска националност (753 усвојитеља) 85,7%; ромска (42) 4,8%; мађарска (28) 3,2%; бошњачка (14); хрватска (12); словачка (8); македонска (7); југословенска (3); непозната (3); румунска (3); црногорска (2); бугарска (1); горанска (1); албанска (1); неопредељена (1).

1.2. Школска спрема усвојитеља

Подаци о школској спреми усвојитеља из ЈЛРУ су следећи:

Нема школе 1, Незавршена основна школа 10, Неквалификовани радници 86, Квалификовани радници 100, Преквалификовани радници 31, Висококвалификовани радници 13, Средња стручна спрема 392, Виша школска спрема 70, Висока школска спрема 176.¹¹ Највећи

¹¹ У оквиру броја од 175 особа са факултетском дипломом, налази се 5 магистара и 6 доктора наука.

је проценат оних са средњом стручном спремом 44,6 %, затим са високом 20%. Следе, КВ радници са 11,4 %, НКВ радници са 9,8 %, и они са вишим образовањем 8%. Уколико усвојитеље поделимо на две групе: једну у којој су они са средњим, вишим и високим образовањем, и другу, у којој су сви остали, видећемо да прва група (коју можемо дефинисати као добро „образовану“) чини 72,6 % усвојитеља, док друга група даје око $\frac{1}{4}$ усвојитеља. Усвојитељи са вишим и високим образовањем чине скоро трећину свих усвојитеља.

1.3. Запосленост

Следећа група података из ЈЛРУ која је предмет анализе, представља запосленост усвојитеља.

У ЈЛРУ има укупно 761 (86,6%) запослен усвојитељ. Незапослених је 118 или 13,4%.¹²

Од укупног броја незапослених усвојитеља, њих 95 су жене (80%) а 23 мушкарци (20%).¹³ Незапослених парова има 15. Нема ни једног незапосленог лица које се само јавља као усвојитељ.

1.4. Здравствено стање

Подаци о здравственом стању усвојитеља не дају нам пуно повода за анализу. Највећи број, односно 98,5 % усвојитеља који су евидентирани у ЈЛРУ су здрави.¹⁴ Занемарљив проценат од 1,5 % чине усвојитељи са здравственим проблемима.

Код лица која као појединци желе да усвоје јављају се следећи здравствени проблеми: један појединац оперисао је карцином, један је инвалид док о једном нема података.

Код парова подаци говоре о томе да има шест дијабетичара, један усвојитељ има вештачки кук, један лупус, један има „обољење које није сметња“, док један пензионер има проблем са ногом.

Треба напоменути да у ЈЛРУ, кад се посматрају само усвојитељи парови, не постоје оба лица која нису здрава.

1.5. Мотивација за усвојење

1.5.1. Број деце. Као правилност, на основу 90,7 % (408) одговора усвојитеља, може се рећи да усвојитељи желе да усвоје једно

¹² Овим бројем од 118 незапослених лица у ЈЛРУ нисмо обухватили 13 особа код којих не стоји да су незапослене, већ је наведено да су „домаћице“. Уколико би се оне сматрале као незапослене, проценат незапослених у ЈЛРУ био би 15% а запослених 85%.

¹³ Стручна спрема незапослених особа у ЈЛРУ има следећи изглед: CCC 47, НКВ 30, КВ 19, ВСС 5, ВШС 5, НОС 5, ПКВ 4, НК 1, без школе 2.

¹⁴ У ЈЛРУ за здраве усвојитеље користи се ознака Б.О.

дете. Тек 6,84% (28) изјаснило се да жели усвојити два детета,¹⁵ док се мање од 3 % определило да жели: једно до два детета (8), једно или близанце (4),¹⁶ више деце (1),¹⁷ једно или два детета (1).

Сви појединци који се јављају као усвојитељи, без изузетка, желе да усвоје једно дете.

1.5.2. Пол детета. Највећи број усвојитеља, 309 или 68,7 %, жели да усвоји било мушко било женско дете, што значи да им пол није битан. Њих 82 или 18,2 %, изјаснило се да хоће женско дете, а 12,7 % или 57 усвојитеља, изјаснило се да жели искључиво мушко дете.

Два пара која хоће да усвоје двоје деце, желе по једно мушко и једно женско дете.

Од појединаца усвојитеља, њих девет жели женско дете, за девет усвојитеља пол није битан, док три усвојиоца жели мушко дете.

1.5.3. Узраст детета које се жели усвојити. Са сигурношћу се може закључити да усвојитељи најразличитије одговоре дају на питање који је узраст детета које желе да усвоје.

Трећина усвојитеља (31,1%) жели да усвоји дете до једне године. Скоро 2/3 усвојитеља (63% или 283 усвојитеља) определило се да желе усвојити дете до једне, до две, до три, и до четири године. Усвојитељи који су дали одговор да желе дете до једне, дете до две и дете до три године, чине 58,4%(263) усвојитеља. Уколико у претходну групу одговора укључимо и одговор „до пет година“ – добијамо висок проценат од 71 % (319). Стога, закључујемо да се усвојитељи пре опредељују за млађу него за старију децу, што је и логично, зато што млађе дете има већу шансу да се (потпуно) уклопи у нову породицу.

Од појединаца, њих троје или 14,3%, изјаснило се да жели дете до једне године, што је значајно мањи проценат с обзиром на то да се 31,1% свих усвојитеља определило за овај одговор. Имајући на уму и остале одговоре усвојитеља појединаца, може се закључити да они желе да усвоје нешто старију децу него усвојитељи парови.

Сви одговори, у вези са старошћу детета коју усвојитељи желе да усвоје, веома различити по структури година, ради лакшег прегледа биће приказани у Табели 2.

¹⁵ Интересантан је податак да се сва четири пара која су у надлежности Центра за социјални рад Суботица, изјаснило да желе да усвоје двоје деце.

¹⁶ Сва четири пара су из Београда.

¹⁷ Пар који је изјавио да жели „више деце“ ромске је националности.

ТАБЕЛА 2.¹⁸

УЗАСТ ДЕЦЕ КОЈУ УСВОЈИТЕЉИ ЖЕЛЕ ДА УСВОЈЕ	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА И ПРОЦЕНАТ	УЗАСТ ДЕЦЕ КОЈУ УСВОЈИТЕЉИ ЖЕЛЕ ДА УСВОЈЕ	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА И ПРОЦЕНАТ
До 2,5 месеца	1	До 5 година	36 8%
До 3 месеца	1	До 5 година може и старије	1
2 месеца – 2 године	1	До 6 година	11 2,4%
3 мес. – 2 године	2	До 7 година	10 2,2%
3 мес. – 5 година	1	До 8 година	1
3 мес. – 6 година	1	До 9 година	1
6 мес. – 1 године	1	До 10 година	4
6 мес. – 2 године	2	Изнад 3 године	3
6 мес. – 3 године	2	Изнад 5 година	3
6 мес. – 10 година	1	Изнад 6 година	2
1 – 2 године	15 3,3%	Око 4 године	1
1,5 – 2 године	1	Око 5 година	2
1 – 3 године	10 2,2%	Око 6 година	1
1 – 4 године	1	4 – 6 година	1
1 – 5 година	4	6 – 7 година	1
2 – 3 године	4	10 – 15 година	1
2 – 4 године	4	5 – 15 година	1
2 – 5 година	5	5 – 6 година	1
3 – 4 године	1	5 – 7 година	2
3 – 5 година	9	8 – 10 година	1
3 – 6 година	1	17,5 година ¹⁹	1
3 – 7 година	1	6 година	1
До 1 године	140 31,1%	Није важно	6
До 2 године	54 12%	Млађег узраста	3
До 3 године	69 15,3%	Старије	1
До 4 године	20 4,4%	Нема података	2

¹⁸ Због великог броја одговора приказани су само релевантни проценти.

¹⁹ Истичемо овај одговор с обзиром на то да нам се он чинио најнеобичнијим. Овај пар (између осталог) жели (да усвоји) искључиво мушко дете старости 17,5 година које је здраво и није ромске националности!

1.5.4. Националност детета које се жели усвојити. Највећи број усвојитеља – преко једне половине, 241 (53,5%), определио се за дете српске националности. Нешто више од четвртине, њих 128 (28,4%), изјавило је да не жели ромско дете,²⁰ док за 56 усвојитеља (12,4%), националност није битна.

Националност усвојитеља који не желе да усвоје ромску децу различита је, тако да се не може рећи да искључиво парови одређене националности не желе ромску децу. Ову децу, уопштено гледано, не желе ни српски, ни мешовити парови али ни на пример, бошњачки, мађарски и хрватски парови.

Навешћемо и остале, ретко заступљене одговоре усвојитеља, које дете (не)желе да усвоје: ромско (10); неромско и албанско (1); ромско или албанско (1); не друге вероисповести (1); не тамне пути (1); муслиманско (2); српско, црногорско или хрватско (1).

Код појединаца који се јављају као потенцијални усвојитељи, њих 16 (76%) жели дете српске националности, што је значајно већи проценат у односу на укупан број усвојитеља. Три усвојитеља не жели ромско дете а два усвојитеља кажу да им националност детета није битна.

1.5.5. Здравствено стање детета које се жели усвојити. Могло би се рећи, да скоро без изузетка, сви усвојитељи желе да усвоје здраво дете. Од укупног броја усвојитеља, њих чак 436 (97%), изјаснило се за овакав одговор.

Од 14 (3%) преосталих усвојитеља који су прихватили да усвоје дете које није (потпуно) здраво, одговори су следећи: без озбиљних проблема пет, без већих здравствених оптерећења два, без значајних проблема два, без сметњи у развоју два, примарно здраво или са лакшим здравственим проблемом један, са здравственим сметњама један,²¹ спремни да прихвате дете са ЛМР један.²² Са изузетком последња два одговора, који се могу сврстати у категорију да се жели усвојити дете које има неотклоњиве здравствене проблеме, сви остали усвојитељи желе дете које је здраво или са неким мањим здравственим недостатком.

²⁰ Тачно 92 српска пара или 26% укупног броја српских парова, изјавило је да не жели ромско дете. Од три словачка пара, два не жели ромско дете. Један југословенски пар, два хрватска, и по један македонски, румунски и пар непознате националности не желе ромско дете. Остали усвојитељи који не желе ромску децу су мешовите националности.

²¹ Интересантно је да се пар из Кањиже, поред тога што прихвата да усвоји дете са здравственим сметњама, једини изјаснио да им није битна националност детета. Сви остали парови који „прихватају“ децу са здравственим проблемима желе искључиво српску децу.

²² Лака ментална ретардација.

Сви усвојитељи појединци изјавили су да желе да усвоје здраво дете.

Такође, интересантан је податак да од 14 усвојитеља који пристају да усвоје дете које није здраво, њих чак осам је у надлежности ЦСР Палилула.

1.6. Надлежни центар за социјални рад (ЦСР)

Заступљеност усвојитеља по географском критеријуму биће разматрана према надлежности Центра за социјални рад (ЦСР). Видети Табелу 3.

ТАБЕЛА 3.

ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.	ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.	ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.
Београд ²³	91	Књажевац	4	Алексинач	2
Ниш	52	Неготин	4	Прокупље	2
Нови Сад	21	Свилајнац	4	Косјерић	2
Крагујевац	21	Владимирци	4	Апатин	2
Лесковац	19	Шабац	4	Соко Бања	2
Земун	19	Зрењанин	4	Кладово	2
Нови Београд	18	Панчево	4	Рековац	2
Зајечар	16	Савски Венац	4	Темерин	2
Врање	15	Чукарица	4	Звездара	2
Палилула	12	Лебане	3	Алибунар	2
Нови Пазар	11	Рашка	3	Деспотовац	2
Бор	11	Врњачка Бања	3	Сурдулица	1
Крушевац	9	Лозница	3	Бачка Паланка	1
Чачак	8	Бечеј	3	Бујановац	1
Лазаревац	7	Јагодина	3	Крупањ	1
Стари Град	7	Власотинце	3	Велика Плана	1
Кањижа	6	Мали Зворник	3	Пријепоље	1
Вршац	6	Гроцка	3	Трговиште	1
Пожаревац	6	Тишевац	2	М. Црниће	1
Ужице	6	Брус	2	Александровац	1
Баточина	6	Нова Варош	2	Ваљево	1
Вождовац	6	Чајетина	2	Уб	1

²³ У Табели се налазе и подаци о броју усвојитеља у београдским општинама.

ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.	ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.	ЦЕНТАР ЗА СОЦИЈАЛНИ РАД	БР. УСВОЈ.
Врачар	6	Сечањ	2	Параћин	1
Аранђеловац	5	Озаци	2	Г. Милановац	1
Ковачица	5	Ковин	2	Пирот	1
Сента	5	Ћуприја	2	Сврљиг	1
Смедерево	5	Ариље	2	С. Митровица	1
Краљево	5	Кикинда	2	Барајево	1
Смед. Паланка	5	Ада	2	Обреновац	1
Суботица	4	Инђија	2	Раковица	1

У Нишу има 11,5 % усвојитеља, Новом Саду и Крагујевцу по 4,67 %, Лесковцу 4,22 %, Зајечару 3,55 %, Врању 3,33 %, Новом Пазару и Бору по 2,44 %.

Посматрано по регионима у Војводини је 16,9 % усвојитеља, у Београду 20 %, док је у преосталом делу Србије 62,9 % (централна Србија 26,5 %, јужна Србија 23,2 %, источна Србија 9,2 %, западна Србија 3,8 %).

У Београду има 91 усвојитељ, што чини 20 % укупног броја усвојитеља у ЈЛРУ.

1.7. Година рођења усвојитеља

Старост усвојитеља приказана је у Табели 4.

ТАБЕЛА 4.

ГОДИНА РОЂЕЊА УСВОЈИТЕЉА	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (МУШКАРЦИ)	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (ЖЕНЕ)	ГОДИНА РОЂЕЊА УСВОЈИТЕЉА	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (МУШКАРЦИ)	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (ЖЕНЕ)
1943.	1		1965.	32	15
1944.			1966.	29	26
1945.		1	1967.	18	27
1946.	3		1968.	13	29
1947.		1	1969.	18	23
1948.	6		1970.	15	20
1949.	4	3	1971.	9	11
1950.	5	4	1972.	8	16
1951.	2	1	1973.	9	9

ГОДИНА РОЂЕЊА УСВОЈИТЕЉА	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (МУШКАРЦИ)	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (ЖЕНЕ)	ГОДИНА РОЂЕЊА УСВОЈИТЕЉА	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (МУШКАРЦИ)	БРОЈ УСВОЈИТЕЉА (ЖЕНЕ)
1952.	4	1	1974.	9	11
1953.	7	5	1975.	5	11
1954.	11	3	1976.	4	2
1955.	14	6	1977.	1	4
1956.	13	12	1978.	2	2
1957.	18	13	1979.		
1958.	17	18	1980.		5
1959.	20	18	1981.	1	1
1960.	19	17	1982.		
1961.	31	29	1983.		
1962.	25	30	1984.		
1963.	28	36	1985.	1	1
1964.	34	31	1986.		

Просечна старост свих усвојитеља је 42,6 година.

Просек година усвојитеља који се у ЈЛРУ јављају као појединци нешто је већи од просека свих усвојитеља, и износи тачно 45 година.

Најстарији усвојитељ мушкарац има 63 године а најстарија жена усвојитељ има 61 годину. Најмлађи мушкарац и жена усвојитељ (пре се може рећи младић и девојка) су пар, од којих свако има само 21 годину.

Просек свих усвојитеља мушког пола је тачно 43 године, а просек усвојитеља женског пола је 41,3 године.

Мушкарци рођени од 1954 до 1970. године, чине 80 % укупног броја усвојитеља мушкараца. Просечна старост ове групе је 43,2 год.

Жене рођене од 1956. до 1972. године, чине 81,7 % укупног броја усвојитеља жена. Просечна старост у оквиру ове групе је 41,55 година.

Мушкарци рођени од 1958. до 1967. године чине 56,3 % усвојитеља мушкараца. Просек ове групе је 46,3 година.

Жене рођене од 1961. до 1970. године, 60,7 % жена усвојитеља. Просек ове групе је 40,8 година.

Мушкарци старости 41 до 45 година, чине 34,2 % мушкараца усвојитеља (1/3). Просек година ове групе је 42,9.

Жене старости 42 до 46 година, чине 34,3 % укупног броја жена усвојитеља (1/3). Просек година ове групе је 43,7.

На основу свих наведених података из ЈЛРУ, просечан усвојитељ имао би следеће карактеристике: то је здрав пар српске националности, који има 42 године, запослен, са средњим стручним образовањем. Жели да усвоји једно, мушко или женско здраво дете српске националности, старости до једне, до две или до три године.

2. УСВОЈЕНИЦИ (ДЕЦА ПОДОБНА ЗА УСВОЈЕЊЕ)

У Јединственом личном регистру усвојења налази се укупно 137-оро деце подобне за усвојење.

2.1. Година рођења

Старост деце подобне за усвојење приказана је у Табели 5.

ТАБЕЛА 5.

ГОДИНА РОЂЕЊА	БРОЈ УСВОЈЕНИКА И ПРОЦЕНАТ	ГОДИНЕ СТАРОСТИ
1990.	2	16
1991.	1	15
1992.	4	14
1993.	4	13
1994.	4	12
1995.	2	11
1996.	13 9,5%	10
1997.	5	9
1998.	4	8
1999.	6	7
2000.	4	6
2001.	4	5

2002.	6	4
2003.	14 10,2%	3
2004.	23 16,8%	2
2005.	36 26,3%	1
2006.	5	ИСПОД 1 ГОДИНЕ

Просечна старост усвојеника је 5,1 година.²⁴

Интересантно је истаћи чињеницу да је чак тринаест усвојеника (9,5%) старо 10 година. Усвојеници рођени 2003, 2004. и 2005. године чине преко половину усвојеника или тачније 53,3 %.²⁵

2.2. Националност

Када се говори о националности усвојеника, треба истаћи да је скоро 2/3 усвојеника (65%) српске националности. Нешто више од 1/4 (26,3%) чине усвојеници ромске националности. Усвојеници осталих националности чине тек 8,7% од укупног броја усвојеника: румунска четири, хрватска три, бошњачка један, бугарска један и непозната три.

2.3. Где се дете налази

Највећи број деце из ЈЛРУ налази се у хранитељским породицама. У таквој врсти смештаја налази се половина усвојеника (51% или њих 70). Нешто више од трећине (38,7%), односно 53 усвојеника, налази се домском смештају. На прилагођавању²⁶ у усвојеничким

²⁴ При добијању просека година свих усвојеника, с обзиром на то да се за пет усвојеника који су млађи од једне године не може из ЈЛРУ утврдити старост (у месецима), они нису били укључени у израчунавање просека. Уколико би се на пример, узела просечна вредност, односно да тих пет усвојеника има шест месеци, просек се не би значајно променио – резултат би био 4,94 године. Члан 90. став 2. Породичног закона Србије: „Не може се усвојити дете пре него што наврши трећи месец живота.“

²⁵ У оквиру ове групе од 53, 3% усвојеника, просек старости је 1,7 година.

²⁶ Орган старатељства који је из ЈЛРУ изабрао будуће усвојитеље, дужан је да им упути дете на узајамно прилагођавање, које не може трајати дуже од шест месеци. Орган старатељства надзире успешност узајамног прилагођавања и о томе саставља службене белешке (посебна подобност усвојитеља и усвојеника). Дете се не упућује на узајамно прилагођавање ако је усвојитељ страни држављанин. Уколико орган старатељства, на основу права надзора, утврди да узајамно прилагођавање није било успешно, доноси писмено решење о одбијању захтева за заснивање усвојења. У року од 15 дана од дана пријема овог решења, може се изјавити жалба министарству надлежном за социјалну заштиту. В. чл. 318. и чл. 319. Породичног закона Србије.

породицама налази се 12 усвојеника, што чини 8,8%. По један усвојеник налази се у сродничкој породици и у болници.

2.4. Здравствени статус

Три четвртине усвојеника (75%) је потпуно здраво (Б.О.). За пет усвојеника нема података о здравственом стању, док нешто мање од једне четвртине усвојеника (21,2%) има следеће здравствене проблеме: проблеми респираторног тракта осам, проблеми урогениталног тракта пет, неуролошки проблеми пет, церебрална парализа један, каудална регресија један, хипертонија осовине тела један и Вилсонов синдром један.

2.5. Физички или чулни недостатак

Скоро сви усвојеници из ЈЛРУ (130), односно 95%, немају никакав физички и чулни недостатак. Пет усвојеника имају следеће недостатке: оштећење вида, оштећење слуха, последице парализе, деформитет доњих екстремитета и физички хендикеп. За два усвојеника нема података у ЈЛРУ.

2.6. Интелектуални развој

Интелектуални развој 96 усвојеника (70%) је нормалан. Лако ментално ретардирано (ЛМР) је 23 усвојеника (16,8%), док је умерено ментално ретардирано два усвојеника. На доњој граници интелектуалног развоја је тринаест усвојеника (9,5%). Према подацима из ЈЛРУ, интелектуални развој три усвојеника није могуће проценити.

2.7. Моторни развој

Највећи број усвојеника, 113 или 82,5 %, има нормалан моторни развој. Заостатак у развоју покрета присутан је код двадесет једног усвојеника (15,3%). Три усвојеника је „хиперактивно“.

2.8. Социјални развој

Као и код моторног развоја, нормалан социјални развој има 115, односно 84 % усвојеника. Заостатак у социјалном развоју утврђен је код 13 усвојеника (9,5%). Недовољно социјализовано за узраст је седам усвојеника (5,1%), док поремећај у понашању (скитање, бежање из школе, крађе у дому) има двоје деце.

2.9. Развој говора

Нормалан развој говора постоји код 111 усвојеника (81 %). Заостатак у развоју говора приметан је код 25 усвојеника (18%), док један усвојеник има поремећај говора.

2.10. Емоционални развој

Нормалан емоционални развој (Б.О.) има 115 усвојеника (84%). Сви остали усвојеници који немају нормалан емоционални развој, заједно чине 16% од укупног броја усвојеника. Поремећаји у њиховом емоционалном развоју су следећи: „емоционални проблеми“ (6), „заостаје“ (4), „раздражљиво“ (4), „јако изражена потреба за физичким контактом“ (4), „жртва породичног злостављања и занемаривања“ (2), „јако мирно, повучено и одсутно“ (1), „не може се процени“ (1).

Поређењем претходне четири групе података долазимо до закључка да готово нема разлике у квантитативним подацима о моторном (82,5%), емоционалном (84%), социјалном (84) и развоју говора (81%), код деце подобне за усвојење.²⁷

2.11. Здравствено стање родитеља

Нормално здравствено стање има 95 родитеља (70%) деце подобне за усвојење.

За 13,1% родитеља или нема података, или је њихово здравствено стање непознато. Поремећаји у здравственом стању родитеља, који чине 17,5% укупног броја родитеља, приказани су у Табели 6.

ТАБЕЛА 6.

ЗДРАВСТВЕНО СТАЊЕ РОДИТЕЉА	БРОЈ РОДИТЕЉА
Лака ментална ретардација (ЛМР)	5
Умерена ментална ретардација (УМР)	2
Ментална ретардација	2
Епилепсија	2
ЛМР и епилепсија	2
Мајка ЛМР	1

²⁷ Наиме, бројеви у загради означавају проценат усвојеника чији је емоционални, моторни, социјални, као и развој говора, у ЛПРУ означен као нормалан.

ЗДРАВСТВЕНО СТАЊЕ РОДИТЕЉА	БРОЈ РОДИТЕЉА
Мајка УМР	1
Мајка има епилепсију	2
Мајка дијабетичар	1
Мајка алкохоличар	1
Мајка тешко болесна	1
Мајка душевно болесна	3
Мајка срчани болесник и асматичар	1
Непознато	11
Нема података	7

2.12. Надлежни центар за социјални рад (ЦСР)

Као и код усвојитеља, заступљеност усвојеника према географском критеријуму посматран је према томе који је ЦСР надлежан за дете (Табела 7).

ТАБЕЛА 7.

НАДЛЕЖНИ ЦСР	БРОЈ ДЕЦЕ	НАДЛЕЖНИ ЦСР	БРОЈ ДЕЦЕ
Београд	21 14,6%	Уб	1
Панчево	12 8,76%	Богатић	1
Житорађа ²⁸	11 8%	Пландиште	1
Краљево ²⁹	9 6,6%	Ковачица	1
Ниш	6	Баточина	1

²⁸ Интересантан је податак да ова варошица на југу Србије има усвојеника колико и Нови Пазар, Чачак, Неготин, Смедерево, Крушевац, Јагодина, Кикинда, Суботица, Шабац, Пирот и Ћуприја заједно!

²⁹ Сва деца подобна за усвојење која су у надлежности овог ЦСР су потпуно здрава. С обзиром на то да се свих пет усвојитеља изјаснило да желе српску и здраву децу, такав услов испуњава пет од девет усвојеника који су у надлежности ЦСР Краљево. Од ових пет усвојеника, њих троје испуњава захтев усвојитеља у вези са старошћу усвојеника. На овом примеру се види да није нимало лако испунити захтеве усвојитеља (националност, здравствено стање, пол, старост детета). Чак и када се подударају многи услови, могуће је да један (од четири наведена) пресудно утиче на то да не дође до усвојења (тачније, до упућивања детета на узајамно прилагођавање).

НАДЛЕЖНИ ЦСР	БРОЈ ДЕЦЕ	НАДЛЕЖНИ ЦСР	БРОЈ ДЕЦЕ
Земун	5	Суботица	1
Прокупље	4	Косјерић	1
Жабаљ	4	Рума	1
Зрењанин	4	Инђија	1
Палилула	4	Бачки Петровац	1
Нови Сад	3	Стара Пазова	1
Владимирци	3	Кикинда	1
Сечањ	3	Пирот	1
Крагујевац	3	Штрпце	1
Жагубица	3	Трстеник	1
Врање	3	Шабац	1
Вршац	2	Ћуприја	1
Бор	2	Аранђеловац	1
Лозница	2	Јагодина	1
Ваљево	2	Крушевац	1
Зајечар	2	Смедерево	1
Лесковац	2	Владичин Хан	1
Нови Пазар	2	Рековац	1
Алексинац	2	Власотинце	1
Мало Црниће	2	Ораховац	1
Раковица	2	Неготин	1
Обреновац	2	Чукарица	1
Гроцка	2	Савски венац	1
Димитровград	1	Лазаревац	1
Бољевац	1	Младеновац	1
Чачак	1	Звездара	1
Дољевац	1	Нови Београд	1

Ако се посматра по регионима, подаци су следећи: Војводина 28,5 %, Србија без Београда 56,2% (јужна Србија 24%, централна Србија 18,2 %, источна 8,5 %, западна Србија 5,5%). У Београду се налази 21 усвојитељ или 15,3 %.

На основу података из ЈЛРУ, просечан усвојеник има следеће карактеристике: то је дете српске националности, без физичких и чулних недостатака, старости пет година, које се налази у хранитељској породици. Нормалног је здравственог стања, има нормалан емоционални, интелектуални, моторни, социјални развој и развоја говора.

ЗАКЉУЧАК

Посматрајући седам категорија из ЈЛРУ³⁰ које се тичу здравственог стања усвојеника у ширем смислу, долази се до податка да 72 усвојеника или 52,5% нема проблеме ни по једном од наведених елемената. То би, практично, значило да је (само) половина усвојеника „потпуно“ здрава. Може се рећи да је овај податак, уједно и највећи проблем који се уочава посматрањем ЈЛРУ. С обзиром на то да су скоро сви усвојитељи (97%) изјавили да желе да усвоје здраво дете, а да је „само“ половина усвојеника „по укусу“ усвојитеља, поставља се питање шта ће бити са преосталом половином „неподобних“ усвојеника. Могуће решење је да децу са здравственим проблемима, коју ни после спроведеног поступка нико од домаћих држављана не жели да усвоји, усвоје странци. То се, у ствари, у пракси најчешће и дешава. Пред законодавцем, теоријом, државним органима и ЦСР је тежак задатак да нађу решење како да ускладе интерес усвојитеља за (одређеним) дететом и интерес деце (са здравственим проблемом) која немају породицу, да је добију. Интерес детета при сваком (законском али и другом) регулисању треба да буде примаран. Јер усвојитељи су ти који „бирају“ – они хоће дете одређених карактеристика (квалитета), док дете жели породицу, али при том није у позицији да је изабере. Стога је на тиму стручњака да сваком усвојенику (посебно с обзиром на то да их је неколико пута мање него усвојитеља), нађу породицу која ће му омогућити нормалан развој и пружити родитељску заштиту.

Статистички приказ свих података из ЈЛРУ не може нам дати праву слику уколико се не изврши њихова анализа.³¹ Чињеница која

³⁰ Здравствени статус, физички и чулни недостатак, интелектуални развој, моторни развој, социјални развој, емоционални развој и развој говора.

³¹ С обзиром на то да форма овог рада не дозвољава дубљу анализу, ограничаћемо се само на неке најопштије закључке, чиме је остављен простор да у неком (обимнијем) раду буде изложена ширира анализа овог проблема.

се *prima facie* уочава, јесте велика разлика између броја усвојитеља (450) и усвојеника (137). Могло би се закључити да ће стога сви усвојеници „наћи“ своју породицу. Међутим, то није ни приближно тачно. Уколико се погледају три групе података везане за мотивацију за усвојење, уочава се следеће: ниједан од критеријума узет изоловано од преостала три критеријума не представља проблем. Али када се сва три критеријума – старост, националност и пол детета, посматрају као целина, тада се јављају проблеми. Уколико уврстимо и здравствено стање, ситуација је веома сложена – 97% усвојитеља хоће здраво дете а у ЈЛРУ имамо (само) 52,5% таквих усвојеника. Сложеност се може видети из следећег: иако може изгледати да жеља усвојитеља везана за националност деце представља проблем,³² уколико се ближе погледају подаци, овај критеријум сам за себе није нерешив. Тачно 128 усвојитеља се изјаснило да неће ромско дете. С друге стране, имамо 36-оро ромске и 12-оро деце која нису српске националности. С обзиром на то да се само 11 усвојитеља изјаснило да хоће да усвоји ромско дете, усвојитеље за преосталих 25 ромских и 12 усвојеника „других националности“ треба тражити међу 56 усвојитеља који су изјавили да им националност „није битна“. Стога, међу ових 56 усвојитеља треба тражити лица која ће усвојити преосталих 37-оро деце несрпске националности. Међутим, проблем се јавља када се овако добијеној „анализи о националности“ дода следећи критеријум (на пример, здравствено стање), с обзиром на то да осим два усвојитеља, сви остали којима националност „није битна“, желе здраво дете, док су само 27 усвојеника који нису српске националности уједно и потпуно здрави.³³ До најјасније слике долазимо када у овакву анализу уврстимо податке (жеље) у вези са полом и старошћу детета.

Свакако да формирање базе података у виду ЈЛРУ представља велики напредак и доприноси бољем функционисању поступка усвојења. Сама чињеница да је формирана једна оваква база података говори о томе да би поступак усвојења требало да буде скраћен и упрошћен.³⁴ Са друге стране, посматрањем ЈЛРУ уочава се да је пожељно његово допуњавање: потреба сталног ажурирања података захтева формирање посебног програма, чиме би свим ЦСР аутоматски била омогућена директна веза са базом података из ЈЛРУ ради увида у све податке, и самим тим олакшања целокупног поступка усвојења; проширивање регистра још неким групама података (нпр.

³² Видети податке који се тичу националности усвојеника (страница 11) и податке о националности деце коју усвојитељи желе да усвоје (страница 6).

³³ Истичемо да се свих 11 (ромских) усвојитеља који желе да усвоје ромско дете, такође изјаснило да жели здраво дете.

³⁴ Наравно, уз одређене измене ако се покажу као неопходне.

подаци о личности усвојитеља/усвојеника, приходима и имовинском стању усвојитеља, осуђиваности и за нека друга кривична дела осим оних предвиђених у чл. 100. ст. 2. тач. 4. Породичног закона Србије и сл.).

Да закључимо: када и дође до поклапања захтева усвојитеља са карактеристикама одређеног детета, то још не значи да ће доћи до усвојења. Тек тада предстоји (можда и најделикатнија) фаза у којој ће се дефинитивно показати да ли су се, како утврђена општа подобност, тако и подаци из ЈЛРУ, показали као целисходни. Односно, да ли ће конкретни усвојитељ и конкретни усвојеник на основу „претходних података“ функционисати у стварном животу. Стога, ЈЛРУ представља неку врсту споне или индикатора између утврђене опште подобности усвојитеља/усвојеника и конституисања посебне подобности усвојитеља/усвојеника. Успешност посебне подобности директно говори о потреби постојања и успешном функционисању ЈЛРУ. Подаци из ЈЛРУ (треба да) имају за циљ повећање броја успешних пробних прилагођавања, односно повећање броја заснованих усвојења.

Као могуће решење, предлагемо да постојећа база података, у складу са наведеним, садржи више података о психолошком профилу усвојитеља и усвојеника, чиме би се могао смањити број неуспешних пробних прилагођавања. С друге стране, свакако да уношење и неколико десетина (нових) различитих група подака о усвојитељима и усвојеницима не би гарантовало успешност сваког пробног прилагођавања. И то стога што и најпрецизнијим пројектовањем није могуће сигурно одредити како ће конкретни усвојеник и усвојитељ функционисати у стварном породичном окружењу.

Ратко Марковић,

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ГАШО МИЈАНОВИЋ (1924–2007)

Почетком маја ове године упокојио се Гашо Мијановић. У „великој“ Југославији, широм њених република (и у обе покрајине) он је био познат као уставноправни стручњак прве врсте и као професор уставног права на Правном факултету у Сарајеву, а после њеног нестанка, као академик и професор на Универзитету у Српском Сарајеву, у Републици Српској.

Отишао је с овог света још један божји човек. Херцеговац, кршног тела, сомотског гласа, отменог и одмереног држања и девичански чисте и меке душе, имао је Гашо Мијановић фину правничку памет, коју је највећим делом утрошио на утврђивање смисла, сада је то већ свима јасно, бесмислених појмова и категорија самоуправне југословенске уставности, иза којих је, почев још од 1963, стајала само гомила насумце набацаних речи. Штета за такву памет! Штета и за онакав предивни језик и господствени стил којима је писао и говорио, кад је и то употребљено за разјашњавање уставних конфузија и небулоза које је смислио један неправник, учитељ по професији. Биле су то свима који су се у то време бавили истим послом којим и Гашо Мијановић и који су, као и он, имали воље и дара да нешто створе, године, ма читаве деценије, које су „прохујале са вихором“ или, како би наш писац рекао, „које су појели скакавци“. Али, и у тим његовим радовима данашњи читалац моћи ће да се учи занату префињеног правног аналитичара, и свежини и лепоти чистог српског говора, тако друкчијег од преовлађујуће, суве и гњаваторске правничке прозе.

Од тог проћерданог труда и дара остала је спасена његова докторска дисертација, „Контрола уставности закона“, и она објављена

35 година пошто је била браћена. У њој су се обрађивала сувише стручна питања, у која се моћни учитељ-уставотворац, иначе разметљив „идејама“, није усудио да дира у уставима које је писао јер, једноставно, о тој теми није ништа знао. Остало је свима нама који смо са Гашом Мијановићем били на научним скуповима и седели с њим у многим државним комисијама још и тужно сећање на његово правничко умеће, али и на његову доброту, благост и безазленост. Ако на овом свету постоје божји гласници, који посредују између Бога и људи, такав је био наш колега, тихи и ненаметљиви Гашо Мијановић. Остала је за њим и туга што је морао да истрпи понижења и одрицања када се, у ратном вихору, избачен из свог стана у Сарајеву, сам самцат потуцао од немила до недрага, заувек у позним годинама одвојен од драгих му ствари, књига и успомена. И што је таворио у материјалној оскудици од других скриваној. А када је колико-толико стао на ноге, вратио се у родну Херцеговину да у њој заувек и остане. Истинољубив, дубоко поштен и моралан, баш какав је из ње и отишао када се запутио у свет који, јамачно, није био његов. Осамдесетгодишњак, сачувао је душу и поштење детета.

Ожалили су га и пустили понеку сузу за благородном и топлим људском душом не само, како је стајало у „Политикиној“ читуљи, „снаха Стана“, „братићи“, „братичне“, „сестрићи“ и „сестричне“ и „многобројна родбина“, него и његова, не тако бројна, родбина по позиву, која га је волела баш како се воли род најрођенији.