



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

Боса Ненадић, О парламентарном мандату: пример Републике Србије —————	5
Лоран Микиели, Једно насилније друштво? Друштвено-историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас (I део) —————	26
Будимир Кошутић, Заштита основних права и слобода у правном систему Израела —————	49
Небојша Јовановић, Појам уговора у англосаксонском праву —————	63
Миодраг А. Јовановић, Постоје ли колективна права? (I део) —————	89
Весна Клајн-Татић, Легитимност донорства људских органа на комерцијалној основи —————	108
Зоран С. Мирковић, Правне студије крајем XVIII и почетком XIX века и Београдска велика школа 1808–1813. године —————	126
Вук Радовић, Кумулативно гласање за избор чланова управе (I део) —————	150
Душан Дабовић, Усклађивање права у процесу глобализације —————	165
Марија Караникић Мирић, Кривица као етички или технички појам —————	181

Вања Бајовић, Претпоставка невиности и слобода штампе -----	194
ПРИЛОЗИ	
Маја Лукић, Резерве и интерпретативне изјаве – појам и могућност њихове примене на Споразум о стабилизацији и придруживању -----	211
ПРИКАЗИ	
<i>Religion and Education in Europe – Developments, Contexts and Debates (ed. Robert Jackson et al.), Waxmann, Münster-NewYork-München-Berlin 2007, стр. 286.</i> (Сима Аврамовић) -----	232
Paul Collier, <i>The Bottom Billion: Why the Poorest Countries Are Failing and What Can Be Done About It</i> , Oxford University Press, New York 2007, стр. 205. (Борис Беговић) -----	238
Џон Финис, <i>Природно право</i> , ЦИД, Подгорица, 2005. стр. 454. (Наслов оригинала: John Finnis, <i>Natural Law and Natural Rights</i> , Clarendon Press, Oxford 1980.) (Милош Здравковић) -----	242
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ	
Нина Кршљанин, <i>Forum non conveniens</i> -----	245
НЕКРОЛОЗИ	
Љубица Кандић, <i>Драгош Јевтић (1932–2008)</i> -----	262
Упутство за ауторе -----	267

Др Боса Ненадић,

председник Уставног суда
Републике Србије

О ПАРЛАМЕНТАРНОМ МАНДАТУ: ПРИМЕР РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

Основна начела Устава Републике Србије од 8. новембра 2006. године садрже принципе који представљају основне вредности савремених уставних држава опредељених као парламентарне демократије. Међутим, решење које се односи на карактер мандата народних посланика разликује се од решења и праксе савремених (европских) земаља, како оних које имају дугу парламентарну традицију, тако и оних које припадају групи тзв. нових демократија. Наиме, одредбом чл. 102. ст. 2. Устава утврђена је „слобода посланика“ да „располаже повереним мандатом, у корист политичке партије са чије листе је изабран за народног посланика.“ Ово решење одступа од стандарда савремене парламентарне уставности којима се уређује положај посланика, међу које спада и принцип слободног посланичког мандата.

Кључне речи: *Парламентарни мандат. – Устав Републике Србије од 2006.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ПРИРОДИ ПАРЛАМЕНТАРНОГ МАНДАТА

Од успостављања првих представничких тела до данашњих дана, увек када се поведе расправа о природи и врсти политичке репрезентације, отвара се и питање карактера мандата парламентарних представника. Ове расправе су добијале посебан значај у временима успостављања „нових демократија“ током 20. века, односно доношења нових устава. У савременим парламентарним државама везе између бирача и њихових представника, по правилу, уклопљене су у општи оквир уставног принципа слободног посланичког мандата. И

* Овај реферат поднет је на VII светском конгресу за уставно право, одржаном од 11. до 16. јуна 2007. у Атини.

данас посланици у парламенту делују номинално „сходно својој савести и одговорности за предузете акте и радње“, а у складу с „повећењем које добијају на парламентарним изборима“. Но, неспорно је да је слободни мандат посланика, како су га поимали његови родоначелници, у неким својим елементима, временом дошао у „колизију“ с концептом савремене државе у којој су политички живот окупирале политичке партије, као и новим концептом „парламентаризма политичких партија“ који је заменио изворни модел „парламентаризма истакнутих индивидуа“. Концепт репрезентације у савременој држави сигурно се не може сагледавати само са становишта да ли је посланик „везан налозима бирача“ или „налозима респективних политичких партија“, односно да ли је слободан да у парламенту поступа сходно својој савести, већ се као проблем намеће и питање „да ли посланика подврћи одговорности, односно којој врсти и ком степену одговорности“. Наиме, то питање мора се посматрати и с аспекта у којој мери су посланици одговорни својим бирачима (грађанима), а у којој мери онима који их предлажу, промовишу и подупиру у изборном и постизборном периоду.

Принцип слободног мандата, као један од „стубова доктрине о парламентарној демократији,“ вечити је предмет теоријске расправе али и одређених „корекција“ у уставној пракси појединих држава. Нису ретки ни случајеви у новијој политичкој историји грађанских држава Европе, да се управо из прагматичних разлога – обезбеђивања партијске дисциплине у парламенту, покушавала институционализовати веза између посланика и партије, и то најчешће одговарајућом правном санкцијом у форми престанка посланичког мандата. Међутим, искуство ових земаља је управо потврдило да излаз није у укидању слободног мандата, нити његовој замени императивним мандатом установљеним у интересу политичких партија. Земље које су у тзв. трећем таласу демократизације деведесетих година раскинуле са социјалистичким концептом уставности одлучиле су се за прокламовање принципа слободног парламентарног мандата, упркос захтевима да се у устав унесу одредбе о правној вези између политичких партија и посланика ради обезбеђења страначке дисциплине.¹ Тако је данас и у европским земљама (сем појединачних изузетака) један важан уставни принцип функционисања парламентарне демократије, као што је слободни посланички мандат, однео превагу над захтевима за установљењем императивног мандата. Дакле, принцип слободног посланичког мандата у савременим европским државама сматра се демократским принципом. У неким од ових држава императивни мандат је уставом забрањен, тако што се изричито утврђује

¹ В. опширније И. Пејић, „О карактеру посланичког мандата у Уставу Србије“, *Избор судске праксе* 3/2007, 7.

да је „сваки императивни мандат ништав“ (Француска, Бугарска) или да посланици нису везани налозима и упутствима, односно императивним мандатом (Немачка, Аустрија, Италија, Шпанија, Грчка, Белгија, Данска, Финска и др.). Партијска дисциплина у парламентима ових земаља не подлеже правним правилима (законским и пословничким), већ спада у „домен унутрашње партијске дискреције“. Раскидање партијског односа (излазак или искључење посланика из партије, односно посланичке групе) у току трајања посланичког мандата у овим земљама, једино се санкционише губитком места у парламентарном одбору које је посланик „стекао“ захваљујући припадности одређеној парламентарној групи.

2. О КАРАКТЕРУ ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ПО УСТАВУ ОД 1990. ГОДИНЕ

Положај посланика у уставном систему Србије, посматран с аспекта норми Устава из 1990. и на њима заснованих законских решења, прошао је кроз више фаза. У одговору на питање да ли је Уставом од 1990. био установљен слободни мандат посланика или не, треба имати у виду да је према овом Уставу „сувереност припадала грађанима“ коју су они остваривали и „преко својих слободно изабраних представника“, да су се посланици имали „бирати непосредно и тајним гласањем“, те да је „посланик представљао грађане изборне јединице у којој је изабран“. Како Устав није предвиђао обавезу посланика да се придржавају било чијих упутстава и налога, нити могућност опозива посланика од стране грађана и како је њихов положај био подупрт и одредбом о посланичком имунитету (чл. 77), то има основа да се закључи да је уставотворац „имао на уму слободан мандат“.

Међутим, при одређивању карактера посланичког мандата у наведеном периоду, наша правна струка је поменута уставна решења доводила у непосредну везу са законом утврђеним моделом изборног система. У условима примене већинског изборног система (1990–1992), ова уставна решења, по преовлађујућем становишту, упућивала су на слободни посланички мандат. Међутим, увођењем пропорционалног модела у изборни систем Законом о избору народних посланика (1992), наведени уставни принципи су „добили нову интерпретацију“, по којој систем сразмерног представништва претпоставља (и успоставља) посебну правно-политичку везу између посланика и његове (респективне) политичке партије. Ову везу законодавац је изразио одредбама о праву политичких странака да предлажу и промовишу кандидате за народне посланике, а потом праву поли-

тичких странака да „додељују“ посланичке мандате након спроведених избора, и на крају, законским решењем о аутоматском престанку посланичког мандата у случају „добровољног иступања“ посланика из политичке странке на чијој листи је посланик био изабран. Уз то, у овом периоду, у пракси Народне скупштине, противно закону, „уведена“ је и бланко оставка коју су кандидати за посланике потписивали и предавали партијском руководству још у фази кандидовања или пак у моменту доношења страначке одлуке о „додели мандата“.

У намери да се народни посланик што чвршће веже за политичку странку, односно да се „апсолутно потчини њеној вољи“, променама изборног законодавства 1997. године, тадашња парламентарна већина проширила је правни основ за престанак посланичког мандата, тако што је народном посланику мандат могао престати не само у случају када он сам (својом вољом) одлучи да „иступи“ из политичке партије, већ и у случају да буде искључен из политичке партије. Следствено томе, мандат посланику имао је престати *ipso facto* када му престане чланство у политичкој партији по било ком основу. Овакво решење, отклонило је потребу за узимањем „бланко оставки“, пошто је овог пута, по сили закона, долазило до престанка посланичког мандата, увек кад политичка партија својом одлуком искључи посланика из свог чланства. На овај начин, својим интерним одлукама политичке партије су мењале састав једног државног органа оличеног у Народној скупштини. Мењајући посланике по својој вољи, странке су се непосредно „уплитале“ у вршење власти, односно у одлучивање саме Скупштине.

Упркос крупним променама у политичком систему Републике Србије 2000. године, односно у политичком саставу Народне скупштине, законом установљена и институционализована правна веза посланик – политичка партија у облику губитка посланичког мандата увек кад се то „прохте“ респективној политичкој странци и даље је задржана у изборном законодавству.

Поменуте одредбе Устава, а ни одредбе изборних закона, задуго нису изазивале озбиљније расправе о природи посланичког мандата, већ су се „главне расправе водиле о питању несразмерне заступљености политичких партија у Народној скупштини“. Питање значења уставних одредаба о односу бирача и њихових представника у Народној скупштини, с једне стране, а с друге, о односу посланика и политичких партија, озбиљније се поставило у правној струци тек поткрај деведесетих година. До тада, поменута законска решења о губитку посланичког мандата била су образлагана као логична последица „примене система сразмерног представништва код расподеле мандата“, мада су и тада изношена становишта да су ова законска решења супротна Уставу, који преферира слободан мандат, као и међународним стандардима (М. Пајванчић, Д. Стојановић).

Како су у изборном систему политичке партије преузеле кључну улогу у посредовању и реализацији политичке воље бирача, оне су се, постајући „парламентарне странке“, тешко мириле с уставним опредељењем да посланици репрезентују „бираче“ и да имају слободни мандат. Међутим, уставне одредбе о „репрезентацији грађана“ (чл. 2. и 76) стајале су као препрека да се законом успостави непосредни представнички однос, тј. правна веза између народних посланика и политичких партија које су их кандидовале. Но, законодавац за то уставно опредељење очито није „претерано марио“, тим пре што је унето законско решење парламентарне странке и сувише добро чувало од недисциплинованих посланика, а парламентарној већини пружало могућност и за селективно поступање. Наиме, у Народној скупштини појединачни „пребези“ из политичке странке били су, сагласно закону, кажњавани губитком мандата, с тим што је парламентарна већина била „веома агилна“ и неуобичајено брза да престанак мандата констатује кад је то било у њеном интересу и обрнуто – није јој се журило и одуговлачила је с констатацијом о престанку мандата када је „то ишло у прилог опозиционих странака“. Такође, ово решење је било и злоупотребљавано у парламентарној пракси, па је у Народној скупштини било случајева да су мандати неосновано одузимањ али и обрнутих ситуација да су посланици несметано задржавали мандат иако је било очигледно да су наступили основи за његов престанак.²

Проблем посланичког мандата је нарочито актуелизован половином 2002. године, односно оног момента када је Председништво Демократске опозиције Србије (ДОС) одузело мандате посланицима Демократске странке Србије (ДСС), који су иступили из до тада јединственог посланичког клуба ДОС-а у Народној скупштини. То је био непосредни повод озбиљном отварању питања природе посланичког мандата, мада се у овом случају радило о иступању групе посланика чланова једне политичке странке (њих 21) из до тада јединствене коалиционе посланичке групе, или боље рећи о распаду посланичке групе владајуће коалиције, а не само о индивидуалном иступању посланика из политичке партије.

3. УСТАВНОСУДСКО СХВАТАЊЕ КАРАКТЕРА ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА

Посланици којима је због престанка чланства у политичкој странци или коалицији престајао мандат, односно поједине политичке странке и коалиције су се у периоду од 1992. до 2002. године више пута обраћале судовима и уставним судовима са захтевима за

² Д. Стојановић, *Правни положај посланика*, Ниш 1999, 302.

решавање спорова због повреде мандата, односно за преиспитивање уставности и законитости одлука о престанку мандата посланика. Врховни суд Србије се при томе оглашавао ненадлежним, „јер му ти спорови законом нису стављени у делокруг“, док су уставни судови избегавали да заснују своју надлежност у овој врсти спора, не само због нејасног уставног концепта заштите изборног права пред овим судовима, већ и због политичког карактера изборних спорова.³ Међутим, Савезни уставни суд је 2002. године засновао своју надлежност по уставној жалби поменуте групе посланика ДСС-а лишених мандата. Том приликом овај суд није улазио у суштину природе посланичког мандата, већ је одлучивао на темељу одредбе изборног закона о питању да ли посланички мандат престаје одлуком органа коалиције као целине због престанка чланства у коалицији, или одлуком странке – чланице коалиције чији је посланик члан. Савезни уставни суд је овај спор решио у корист народних посланика чланова ДСС-а.⁴

Ни након одлуке Савезног уставног суда „преласци“ из странака, односно коалиција нису престајали, као ни „искључења из странака“, а тиме ни спорења „о власништву“ над мандатима посланика.⁵ С обзиром на учесталост те појаве, као и појаву „дисидентних“ странака и уопште у народу веома непопуларног понашања посланика,⁶ као и манипулација с одузимањем посланичких мандата и констатовањем престанка мандата по основу престанка чланства у политичкој странци, односно коалицији,⁷ сама институција Народне скупштине је била видно угрожена. С обзиром на то, Србија је тих година ушла у фазу у којој је требало решити дилему о природи посланичког мандата и дати одговор на питање да ли су одредбе закона о избору народних посланика с утврђеним односом народног посланика и политичке партије у погледу стицања и престанка мандата, дошле у „конфликт“ с Уставом установљеним типом политичке репрезентације, односно с одредбама Устава које су „преферирале принцип слободног мандата“. О томе је био позван да одлучи Уставни суд Србије. Тако је овај суд октобра 2002. године започео поступак оцене уставности одредаба чл. 88. ст. 1. тач. 1. и 9. Закона

³ В. опширније Б. Ненадић, „Изборни спорови у надлежност уставног суда“, *Уставно питање у Србији*, Правни факултет у Нишу, Ниш 2004, 267–291.

⁴ В. Одлуку Савезног Уставног суда, Уж. број 25/02, *Службени гласник РС*, бр. 45/02.

⁵ У политичким расправама ово питање постављало се као питање „власништва“ над мандатима, тј. да ли посланички мандати припадају „политичкој странци“, „коалицији као целини“, односно „појединој странци у оквиру коалиције“ или „посланику“.

⁶ Д. Поповић, *Основи уставног права*, Досије, Београд 2004, 185.

⁷ Д. Стојановић, 301–302.

о избору народних посланика,⁸ и отворио питање да ли је законско решење по којем мандат народног посланика престаје у случају престанка чланства у политичкој партији (и коалицији), било по основу иступања или искључења, довело у питање природу посланичког мандата утврђену Уставом. У разматрању уставности наведених одредаба изборног закона Суд је у бити супротставио становиште о „мандату народног посланика којим располаже респективна политичка странка (или коалиција)“ и становиште о „слободном посланичком мандату“.

Приликом расправе о уставности наведених законских решења у Уставном суду, била су присутна два различита становишта. Према првом, на коме се у основи темељи одлука Уставног суда, из одредаба чл. 2, 13, 42, 44, 74. и 76. тада важећег Устава, произлази да је уставотворац имао на уму слободан мандат народног посланика. Следствено томе, у представничком систему, какав је утврђен у поменутиим одредбама Устава, престанак посланичког мандата не може бити само и искључиво „страначка ствар“, јер је посланички мандат, пре свега (у својој бити), ствар односа оних који дају мандат за обављање посланичке функције (у одређеном периоду) и оних који тај мандат прихватају. Према Уставу, носилац суверенитета и бирачког права није странка, те отуда посланик у Скупштини није представник странке (који у њено име и за рачун врши посланичку функцију), већ представник грађана (народа) – који свој демократски легитимитет добија на изборима. У представничкој демократији странке само посредују у том односу, те стога између странке и посланика у парламенту стоји политички, а не правни однос. Како Устав не познаје опозив посланика, то уставотворац није „дозволио“ законодавцу да кроз прописивање модела изборног система и утврђивање разлога за престанак мандата мења природу мандата посланика утврђену у Уставу. Везе посланика и оних које они представљају у реалности су увелико опредељене системом избора, с тим што се у систему пропорционалних избора везе посланика и политичких партија које су их кандидовале и подржале у изборима снажније испољавају, али то не значи да је политичка странка та која може да даје обавезне налоге и упутства посланику и да га у случају „непослушности“ својом одлуком може лишити мандата. Међутим, сагласно спорним одредбама закона, чланство у политичкој странци могло је престати из било ког разлога и оно је увек имало за последицу престанак посланичког мандата као јавне функције. То је било „једнако некој врсти страначког опозива, који Устав није омогућавао“. Уз то, чланство у политичкој странци није било Уставом утврђено као услов за стицање пасивног бирачког права, односно мандата посла-

⁸ В. Решење Уставног суда Србије, *Службени гласник РС*, бр. 69/02.

ника, па стога престанак те чињенице законом није могао бити прописан као разлог за одузимање мандата.⁹

Према другом становишту (које је остало у мањини), у систему сразмерног представништва мора постојати стална веза између чланства у политичкој странци и чланства у парламенту, тј. између политичке странке са чије је листе посланик изабран и посланика. У овом систему бирачи се опредељују за политички странку и њен програм, а не појединачно за кандидате на страначкој листи. Зато престанком везе посланика и политичке странке на чијој је листи изабран треба да престане и мандат таквог посланика. У супротном, дошло би до мењања односа политичког представљања конституисаног на начелу сразмерног представништва, а тиме и до неадекватног представљања воље бирача.

Полазећи од наведеног и оцењујући однос уставних решења и решења садржаних у спорним одредбама закона, Уставни суд је утврдио да су тим одредбама закона у суштини повређена три основна уставна принципа која се односе на статус посланика: да народни посланици представљају грађане; да се посланици опредељују и гласају према сопственом уверењу; да посланици не могу бити опозвани. Стога је Уставни суд 27. маја 2003. године утврдио да поменуте одредбе закона нису сагласне с Уставом.¹⁰

Ова одлука Суда изазвала је и изазива значајну пажњу, не само политичких странака, већ и науке и струке. Једни су сматрали да је кроз ову одлуку Суда посланички мандат добио своју неспорну „демократску садржину, која је на основу законске регулативе и нормативног тумачења била погрешно интерпретирана“, те да је ова „одлука утемељена на идеји повратка поверења у демократске институције, пре свега Народну скупштину“, док су други били мишљења да одлука Суда „одудара од духа изборног закона, јер пропорционалном систему логично одговара контрола странке над мандатима“.

Наведена одлука Уставног суда, иако по Уставу општеобавезна и извршна, није била благовремено спроведена, премда је била „потпуно јасна и у јавности је примљена, рекло би се, с извесним разумевањем“ (Д. Поповић). Суд је на то указивао и Народној скупштини и Влади (која је по Уставу била дужна да, у случају потребе, обезбеди извршење одлуке Уставног суда). Убрзо је дошло и до распуштања Народне скупштине (13. новембра 2003. године), а тиме и престанка мандата свим народним посланицима тог легислативног периода. Након тога, Уставни суд је био доведен у ситуацију да „сам одреди

⁹ М. Пајванчић, „Устав је погажен“, *Гласник адвокатске коморе Војводине* 3/2003, 98, као и Д. Стојановић, 295.

¹⁰ Одлука Уставног суда Републике Србије IV–бр. 197/02, *Службени гласник РС*, бр. 57/03.

начин извршења своје одлуке“ и утврди да посланици којима је мандат престао применом поменуте одредбе изборног закона имају право на накнаду штете.¹¹

4. О „СТАЊУ“ ПАРЛАМЕНТАРНОГ МАНДАТА ПРЕ ДОНОШЕЊА НОВОГ УСТАВА

И након престанка важења одредаба чл. 88. ст. 1. тач. 1. и 9. Закона о избору народних посланика на темељу Одлуке Уставног суда, и јасног става Суда о природи посланичког мандата, поједине странке су и у време избора 2004. године „своје“ кандидате за посланике у Народној скупштини подвргавале режиму „везивања“ бланко оставком. Неке од тих оставки су биле током 2005. и 2006. године „активирале“, те је појединим посланицима по том основу мандат престао (упркос њиховом противљењу и тврдњама да се ради о бланко оставци). С обзиром да у том периоду за спорове настале у вези с престанком мандата народних посланика у правном систему Србије није била утврђена изричита правна заштита пред судовима, а да се Уставни суд и даље устезао да заснује своју надлежност у овим споровима,¹² то се о овим споровима није ни одлучивало. У међувремену је, по ступању на снагу новог Устава и спроведеним изборима 21. јануара 2007. године, престао мандат и свим посланицима тог сазива Народне скупштине.

Народна скупштина се, у периоду који је претходио доношењу новог Устава, нашла у ситуацији коју су карактерисале, не само појаве бланко оставки, већ и видне појаве недисциплине и „непослушности“ посланика појединих парламентарних странака (посебно оних чији се кредибилитет временом изгубио), распада појединих посланичких група и образовања нових „за рачун“ партија које нису уопште учествовале на изборима, па и појединачне „куповине и продаје“ посланичких мандата. Неспорно је да су наведеном стању погодиле и следеће околности: непостојање јасног уставног концепта заштите изборног права и законом установљене ефективне заштите несметаног вршења посланичког мандата оствареног на непосредним изборима; изостанак институционалних и пословничких претпоставки за остваривање статуса „независног посланика“ и за „спречавање образовања посланичких група“ политичких партија које нису учествовале на изборима; непостојање ефикасне државне конт-

¹¹ В. Одлуку Уставног суда Србије, IV–358/03, *Службени гласник РС*, бр. 16/04.

¹² Уставни суд Србије је био надлежан, на основу чл. 125. ст. 1. тач. 7. Устава, да одлучује о „изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа“.

роле и адекватних санкција у односу на оне који су злоупотребили посланички мандат као привилеговану јавну функцију, итд.

У пракси је изостала и адекватна осуда јавног мњења посланика који су напуштали политичку партију из „посве личних разлога“,¹³ односно није се правила ни она нужна разлика између тих и оних посланика који су напуштајући одређену посланичку групу или партију покушавали, бар номинално, да делују као независни посланици. У јавности је чак од стране представника појединих политичких странака „одговорност“ за наведена понашања посланика била пребацивана на Уставни суд. Истицано је да је одлука Суда омогућила (па и подстицала) „трговину“ мандатима, јер је, по њиховом мишљењу, Суд одлучио да „власништво над мандатом припада посланику, а не странци,“ а што није била коректна интерпретација става Суда о слободном мандату посланика.

Полазећи од изнетог, може се констатовати да је наведено стање било последица, колико правне неуређености ове области, толико и недовољно профилисаног политичког система, као и недостатка примене обичаја, односно општеприхваћених правила својствених добром парламентаризму.

5. ПАРЛАМЕНТАРНИ МАНДАТ ПРЕМА УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006. ГОДИНЕ

Уставотворац се, приликом израде Устава 2006. године, нашао пред задатком да у највишем правном акту земље утврди принципе и решења, како би Република Србија у времену које долази развијала политички профилисан и демократски утемељен парламентарни систем, са јасно утврђеном уставном улогом политичких партија, односно да неспорно определи карактер политичке репрезентације и прецизно утврди положај Народне скупштине, начин избора и престанка мандата народних представника и њихов статус. Полазећи од тога, начела и основни принципи Устава на којима се темељи уставни систем Србије, почивају на стандардима савременог европског уставног права. Међутим, природу посланичког мандата Устав не регулише изричито, већ се до карактера посланичког мандата долази посредно, анализом појединих решења Устава, и то: да сувереност потиче од грађана, који је врше... и преко својих слободно изабраних представника (чл. 2. ст. 1); да ниједан државни орган, политичка организација, група или појединац не може присвојити сувереност од грађа-

¹³ Ако је судити по садашњем саставу Народне скупштине (до јануара 2007. године), охрабрује чињеница да међу посланицима нема оних чији су мандати били из поменутих разлога предмет „спорења“.

на, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана (чл. 2. ст. 2); да је владавина права основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима, те да се она, пре свега остварује „...слободним и непосредним изборима“ (чл. 3); да се јемчи и признаје улога политичких странака у демократском обликовању политичке воље грађана и да је њихово оснивање слободно (чл. 5. ст. 1. и 2); да политичке странке не могу непосредно вршити власт, нити је потчинити себи (чл. 5. ст. 4); да је изборно право опште и једнако, избори слободни и непосредни, а гласање тајно и лично (чл. 52. став 2); да је Народна скупштина највише представничко тело и носилац уставотворне и законодавне власти (чл. 98); да Народну скупштину чини 250 народних посланика, који се бирају на непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом (чл. 100. ст. 1); да је народни посланик слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика (чл. 102. ст. 2).

Изостанак изричитог утврђивања карактера мандата народног посланика свакако води потреби тумачења наведених уставних одредби. Међутим, при утврђивању правог значења одредаба Устава о карактеру посланичког мандата, највећи проблем ствара решење по којем је посланик „слободан“ да „свој мандат“, под условима предвиђеним законом, „стави неопозиво на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика“.

Пре свега, појам „посланик је слободан“, који се користи у чл. 102. ст. 2. Устава, не може се узети као основ за становиште да је Устав прихватио концепт слободног парламентарног мандата, па ни у „формално правном смислу“. Ова одредба, у суштини, омогућава посланику само слободу „за одрицање од права“. Другим речима, посланички мандат не може се сматрати слободним само зато што је народни посланик „слободан“ да одлучи да ли ће или неће „свој“ мандат ставити „на располагање политичкој странци“, односно што има уставом зајамчену слободу да „располаже својим мандатом“ у корист политичке странке. Уставно јемство слободе посланика у овој одредби неспорно нема онај смисао који имају уставне гаранције о слободном мандату посланика, а који подразумева слободу опредељивања и гласања по сопственом уверењу, без могућности опозива.

Нови Устав, уређујући „положај народних посланика“ одредбом чл. 102. уводи прагматично решење, и то питање у основи своди на питање обезбеђења правног основа „партијској дисциплини посланика“. Ово решење, у суштини ствара уставну могућност за примену императивног мандата, укључујући и тзв. партијски опозив. Наиме, његова примена би имала за последицу промену положаја

посланика, који би уместо да „представљају бираче представљали странку са чије листе су изабрани, а тиме и промену карактера политичке репрезентације у Народној скупштини утврђену у основним начелима Устава. Наведена одредба може бити и основ за успостављање страначког опозива, уколико она подразумева да странка која је стекла право располагања посланичким мандатом увек може „ускратити“ мандат посланику, тако што ће „обелоданити“ постојање „слободно“ изјављене воље посланика којом јој је „свој мандат неопозиво ставио на располагање“. Следствено томе, посланички мандат у Народној скупштини Србије „иако формално правно слободан, применом института из чл. 102. Устава постао би императиван.“ Странка сада може политички непослушног посланика заменити другим, пошто је она та која располаже посланичким мандатом.¹⁴

Неспорно је да политичке партије имају незамењиву улогу у „демократском обликовању политичке воље грађана“ и да оне доминирају у изборном процесу, као и да парламентарне странке имају значајан фактички утицај на посланике, а тиме и представнички орган који они чине. У условима доминације политичких партија у политичком животу и њихове „све присутности“, јасно је да нема ни идеалне слободе избора од стране грађана, нити апсолутне слободе говора и деловања у парламенту. Међутим, „уставна легализација“ могућности стављања политичким странкама на „располагање посланичких мандата“ доводи у питање начело грађанске суверености, односно политичке репрезентације у парламенту. Ово уставно овлашћење политичких странака, мора бити посматрано кроз призму темељних уставних принципа о грађанској суверености и политичком плурализму, односно принципа по којем политичке странке не могу „вршити власт“, нити је „потчињавати себи“.

Ако се има у виду све изнето, неумитан је закључак да је решење из одредбе чл. 102. ст. 2. Устава, по којем политичке странке „могу стећи право располагања посланичким мандатом“ у колизији с уставом утврђеним оквиром за деловање политичких партија (као стандарда европског права) и да тако политичке партије могу, овога пута сасвим легално и несметано, „вршити власт“, односно „потчинити је себи“, јер ће оне на основу „слободне воље посланика“ располагати њиховим мандатима и тако, по свом нахођењу, мењајући састав парламента увек моћи обезбедити да одређена одлука у парламенту буде подржана или пак одбијена.

Јемчећи на наведени начин слободу посланика, уставописца заборавља да сагласно основним начелима Устава (о суверености

¹⁴ Р. Марковић, „Предговор: Устав РС од 2006. године – критички поглед“, *Устав Републике Србије 2006*, ИПД Јустинијан, Београд 2006, 30. В. и И. Пејић, 7. и даље.

грађана) народни посланик представља грађане (народ) и да му грађани чином избора не поверавају мандат да би он њиме потом „располагао“, већ да би представљао интересе и циљеве бирача. У вези с тим поставља се и питање да ли природа посланичке функције, као јавне функције, допушта да буде предмет „располагања“, односно предмет правног посла између народног посланика као носиоца јавне функције, односно члана парламента (као уставотворног и законодавног органа власти) и било кога другог, па макар то била и политичка странка која му је „доделила мандат“. Тако се ствара правни основ за својеврсни промет „посланичког мандата“, чиме он постаје добро подобно за стицање „власништва“, односно „права располагања“.

Без обзира што би из одредбе чл. 102. ст. 2. Устава следило да акт (или пак радњу) располагања мандатом може да предузме само посланик (посланичко својство се стиче тек чином верификације мандата у Народној скупштини), за претпоставити је да ће се тај чин дешавати, по правилу, у тренутку прихватања посланичке кандидатуре. Отуда, ово решење у суштини може значити и додатни услов за остваривање пасивног бирачког права, односно права на кандидовање за народног посланика, а то је унапред „стављање на располагање“ евентуално освојеног посланичког мандата као јавне функције – политичкој странци као предлагачу. Поред тога, ова одредба отвара могућност и за друге уступке који се могу тражити од кандидата за посланика, најпре ако хоће да уђе у „одабир“ за посланика, односно ако жели да му „странка додели посланички мандат“, и на крају, ако има намеру да „сачува“, односно „задржи“ до краја четворогодишњи мандат. Дакле, слобода савести и уверења, које представљају основ за вршење парламентарног мандата путем овог института могу временски и суштински бити везане за тренутак партијске номинације једног лица за посланичког кандидата или, у најбољем случају, за моменат „доделе мандата“. То значи да једно лице само тада, и то у условима великог искушења (знајући да без политичке странке тешко може да освоји посланички мандат), располаже „слободом“ да по својој савести одлучи да ли ће (или не) свој евентуално добијени мандат – ставити „на располагање“ политичкој партији која га кандидује.

И мада је тешко претпоставити да ће у реалности бити одбијања да се „слобода“ замени за „посланички мандат“ уколико то политичка странка затражи, посебно имајући у виду улогу странке „у додели посланичких мандата“, отвара се питање карактера посланичког мандата који не буде стаљен на располагање. Имајући у виду основна начела Устава, могло би се закључити да је такав мандат формално правно слободан, с тим што у Уставу нема јемства о томе да се „народни посланици опредељују и гласају по сопственом уве-

рењу“. Стога ће коришћењу института из чл. 102. Устава погодовати, како овај недостатак Устава, тако и важећи изборни систем, установљен пре демократских промена 2000. године.

Иако је Србија ушла у период крупних промена, затечени изборни систем у својој бити (па ни у сегменту односа посланик – странка) није мењан. Ни по доношењу новог Устава то није учињено. Тако су парламентарни избори 21. јануара 2007. године спроведени на темељу закона о избору народних посланика који је донет на основу Устава из 1990. Основне карактеристике тог система, које у стварности опредељују везу посланика и политичке странке су: пропорционални изборни систем у којем су кандидатске листе за избор народних посланика затворене – редослед на листи одређује подносилац листе и бирачи га не могу изменити; расподелу освојених мандата, односно „одабир посланика“ врши подносилац листе, тј. политичка странка, тако да се уместо стицања посланичког мандата након проглашења резултата избора, у суштини стварају наново кандидати за посланике. Подносилац листе у потпуности располаже „унутрашњом“ расподелом мандата кандидатима са листе, јер је он „законом овлашћен“ да добијени број мандата расподели по сопственом избору, независно од редоследа кандидата на предложеној листи.¹⁵ Дакле, да ли ће кандидат с изборне листе постати посланик „зависи“ од политичке странке, чиме мандат тако увелико губи своју демократску вредност, а посланика чини још више зависним од политичке странке.¹⁶

И поред јасног уставног решења да се 250 посланика за Народну скупштину бира непосредно, тајним гласањем, решења изборног законодавства Србије довела су до продубљивања посредништва у корист политичких партија, а на рачун грађана и њиховог права да непосредно врше избор народних посланика, те се стога и с правом говори о посредним (пропорционалним) изборима (В. Павићевић). Овакав систем је „права реткост у упоредноме праву... Увела га је власт која је хтела да сачува сопствени положај“ (Д. Поповић) али су

¹⁵ У ранијем изборном законодавству Србије до 2000. године било је примењено решење по којем је 1/3 освојених мандата на изборима припадала кандидатима сагласно редоследу на листи, а остале 2/3 мандата је расподељивао подносилац листе. Ово законско ограничење, макар да је било „слабашно“ (јер страначно водство одређује и редослед кандидата на листи), значило је могућност одређеног утицаја грађана на посланичке изборе, а постојао је ипак и одређени степен извесности у погледу посланичких кандидата који су по сили закона добијали посланички мандат.

¹⁶ Како редослед кандидата на листи није меродаван за додељивање мандата, то овај систем доделе мандата погодује „миљеницима“ врха политичке странке, јер омогућава „да под окриљем страначке листе“ мандат добије онај кандидат који није познат бирачима, кандидат без „ауторитета и угледа“, односно да се бирачима наметне и онај кога они неће.

га и након 2000. године задржале странке које су чиниле парламентарну већину.

Кратко речено, из изнетог следи да законом опредељени начин утврђивања листе кандидата и начин расподеле мандата, уз уставну могућност „да је народни посланик слободан да стави на располагање свој мандат политичкој странци са чије листе је изабран“ води поистовећивању посланика у парламенту с политичком странком, па се поставља питање како посланику, у таквим околностима, обезбедити слободу одлучивања о (не) стављању на располагање мандата странци.

Напред изнето намеће озбиљно питање колико је важеће изборно законодавство у складу с основним начелима, односно уставним јемствима народне суверености, политичким слободама и правима, а посебно решењем по коме се народни посланици бирају на непосредним изборима, тајним гласањем.¹⁷

Но, и ако бисмо за моменат оставили по страни чињеницу да одредба чл. 102. ст. 2. Устава својом садржином доводи у питање основне принципе на којима се темељи политичка репрезентација у Републици Србији, она сама по себи отвара и друга бројна спорна питања. Ова одредба, сагласно Уставу, не може се непосредно применити, већ је за њену примену, потребно у закону утврдити „услове“ под којима ће посланик моћи (значи и да не мора ?!) да „слободно“ и „неопозиво“ стави посланички мандат, на располагање политичкој странци. И управо у вези са законским уређивањем ових услова јављају се и следеће недоумице: из којих разлога, када и како посланик може „искористити своју слободу“ да (не)стави на располагање мандат странци; шта је садржина чина стављања на располагање посланичког мандата и коју форму тај чин – акт има (да ли је то унапред потписан текст оставке, односно изјаве о одрицању мандата или је то други акт у којем стоји да је посланик пренео право располагања мандатом на странку, односно да је странка стекла право да располаже посланичким мандатом); да ли је то једнострана или двострана изјава воље; да ли је постојање тог акта доступно јавности или само Народној скупштини или је то у домену дискреције политичке странке; да ли је располагање мандатом преносиво на политичку странку трајно или/и привремено и да ли се преноси под одређеним

¹⁷ И Европска комисија за демократију путем права у свом Мишљењу о Уставу Србије, указује да одредбу чл. 100. Устава, по којој народне посланике бирају непосредно грађани „схвата као захтев да гласачи одреде састав Народне скупштине и отклоне садашњу праксу да политичке партије после избора могу одредити лица која ће бити сматрани изабраним са њихове листе, те да ова пракса није у складу са европским стандардима“. В. *European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia*, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. маја 2007.

условима или безусловно (с тим што је неспорно да је неопозиво); да ли се и на који начин може побијати акт о располагању посланичким мандатом и шта бива у ситуацији кад посланик стави на располагање мандат, а то није „учинио слободно“; да ли политичка странка на коју се преноси располагање посланичким мандатом може по том основу чинити све оно што може и посланик или ће то само значити да се посланик добровољно подвргава партијској дисциплини, тј. прихвата да извршава налоге политичке странке и да у супротном странка има право на „одузимање“ посланичког мандата, итд.

Без обзира колико законодавац брижљиво поступао у уређивању овог института и колико се трудио да питања уреди у духу Устава, тешко може избећи задирање у основне принципе и начела Устава о политичкој репрезентацији. Стога смо мишљења, да би било најбоље да ова одредба Устава остане искључиво као „одредба на папиру“, до прве промене Устава.

Уколико одредба чл. 102. ст. 2. Устава буде протумачена и примењивана тако да се унапред могу узимати „бланко оставке или изјаве о одрицању мандата“ то ће значити да ће њихово оспоравање у парламентарној пракси унапред бити изгубљена битка за посланика. Нема сумње да су ефекти и правне последице бланко поднете оставке или одрицања, са правног аспекта ништави али парламентарна пракси сведочи о „успешном“ активирању бланко оставки. Иако оставка или друга изјава воље делује само ако је слободно дата, у пракси се тешко доказује да она не одговара стварној вољи посланика, па се питамо да ли исту судбину може имати у пракси и сваки покушај доказивања да акт посланика, по основу којег је странка стекла право располагања мандатом није дат слободно.

Дакле, посланик обавља посланичку функцију „на основу свог слободног пристанка“ и за правоваљаност кандидатуре потребна је писмена (сагласност) кандидата. Међутим, посланичка као и друга јавна функција може увек престати вољом њеног носиоца. До сада се о оставци као личном чину који представља један од основа за престанак мандата посланика, у нашој парламентарној пракси није одлучивало. Скупштина је оставку посланика само примала к знању и констатовала на првој седници. Поднета оставка, по нашем мишљењу, могла се до њеног констатовања у Скупштини повући.¹⁸ Међутим, питање је да ли се овако регулисан институт оставке може задржати, ако се има у виду одредба члана 102. став 2. Устава о „неопозивом“ стављању на располагање посланичког мандата политичкој странци. Такође, питање је да ли се, при постојању ове уставне одредбе, по угледу на добру парламентарну праксу, законом може

¹⁸ В. и супротно Д. Стојановић, 297.

експлицитно утврдити да оставка или други акт унапред потписан или поднет политичкој странци не производи правно дејство.

Другим речима, ради реализације наума из чл. 102. ст. 2. Устава, тешко се може спречити злоупотреба оставке у пракси. Отуда, да би се могућност злоупотребе свела на најмању могућу меру, законом би институт оставке требало уредити тако да се предвиди посебан поступак подношења (писана форма, лично подношење пред одређеним телом или функционером парламента, тражење сагласности или прихватања оставке од стране парламента), а не само примање оставке к знању.¹⁹

Ако се изузме одредба чл. 103. Устава о посланичком имунитету (која на одређен начин гарантује могућност несметаног вршења посланичког мандата) са којом такође тешко кореспондира одредба о „посланичкој слободи располагања мандатом“ (И. Пејић) Устав не садржи експлицитну одредбу којом предвиђа посебну заштиту посланичког мандата. Уставни суд надлежан је само по жалби у „вези одлуке Народне скупштине о потврђивању посланичког мандата“ али не и у вези с одлуком о престанку мандата. Међутим, у досадашњој пракси се највећи број захтева посланика упућених Уставном суду, односио на акте о престанку мандата. Уз то, основано се може претпоставити, да би примена чл. 102. ст. 2. Устава изазивала спорења. Како за решавање спорова који настану по основу примене ове уставне одредбе у Уставу није прописана изричита надлежност суда, а ни Уставног суда, посланику коме престане мандат стоји на располагању, као грађанину, само уставна жалба из чл. 170. Устава, због непостојања друге правне заштите.

И Европска комисија за демократију путем права, у свом Мишљењу о Уставу Србије, указала је да Устав јасно „утврђује парламентарни систем владавине“, али да постоји ризик претераног утицаја политичких партија, јер ће „мандати чланова парламента зависити од воље политичких партија“. У вези с одредбом чл. 100. ст. 2. Устава Комисија налази „да је намера овог члана да веже народне посланике за политичке партије по свим питањима и у свако време“. По оцени Комисије, „то је озбиљно кршење слободе народних посланика на изражавање њиховог гледишта о ваљаности предлога или радњи. Тиме се концентрише превелика власт у рукама руководства политичке партије“.²⁰

Кратко речено, из уставне одредбе чл. 102. ст. 2. неспорно следи да је питање посланичког мандата у новом Уставу решено на на-

¹⁹ М. Пајванчић, *Парламентарно право*, Београд 2005, 63–64.

²⁰ *European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia.*

чин који доводи у питање концепт народне суверености и политичке репрезентације, али и суштину политичког плурализма, па и непосредних избора. Наиме, основни недостатак овог уставног решења садржан је управо у недоследности и невођењу рачуна о „начелима Устава“, којима су утврђени основни демократски принципи које познају савремене европске државе. Уставотворац је, дакле, у овом сегменту одустао од принципа о слободном посланичком мандату који се у демократским парламентарним системима сматра „иманентним својством посланичког мандата“.

Мада се не може спорити да су уставописци делали у једној посве необичној ситуацији за доношење устава, па и у „стисци с временом“, остаје отворено питање зашто се у уставном тексту није нашло решење о слободном посланичком мандату које је било садржано у званичном предлозима Владе и председника Републике.²¹ Задржавајући општу концепцију Народне скупштине, као представничког тела, уставотворац је утврдио посве ново решење, о слободи посланика да свој мандат стави на располагање политичкој странци што је створило крупне правне недоумице о положају народних посланика, односно карактеру и природи његовог мандата.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Расправе о концепту политичке репрезентације у савременом друштву неизоставно укључују и питање статуса парламентарних представника, односно карактера њиховог мандата. Принцип слободног мандата, као један од „стубова доктрине о парламентарној демократији“, нашао је своју примену у уставним системима савремених европских земаља (скоро без изузетка). Тиме је слободни посланички мандат потврђен као један од основних стандарда европске представничке (парламентарне) демократије.

Међутим, слободни посланички мандат предмет је сталног преиспитивања, како у теоријским расправама (почев од Келзена), тако и у расправама које се и данас воде поводом доношења нових устава, пре свега у земљама тзв. нове демократије. Расправе су посебно концентрисане око питања да ли је мандат парламентарних представника слободан у свом изворном облику или он нужно мора да трпи извесне корекције, с обзиром на улогу коју политичке стран-

²¹ У чл. 98. ст. 3. Нацрта Устава који је утврдила Влада 2004. године, изричито је било утврђено да „народни посланик располаже слободним мандатом“, те да „народни посланик коме мандат престане пре времена на које је изабран има право жалбе Уставном суду“. У чл. 95. Модела Устава који је припремио експертски тим председника Републике од јануара 2005. године, стајало је да „народни посланик гласа по сопственом уверењу“ и да је „мандат народног посланика слободан“.

ке имају не само у процесу избора парламентарних представника, већ у политичком животу савремених држава уопште.

Концепт репрезентације у савременој држави не може се више сагледавати само са становишта да ли је посланик слободан да у парламенту поступа сходно својој савести и уверењу, већ се као проблем намеће и питање да ли посланика подврћи одговорности, односно којој врсти одговорности и на који начин. То питање мора се посматрати с аспекта у којој мери (и како) посланици одговарају својим бирачима, а у којој мери (и како) онима који их предлажу, промовишу и подупиру у изборном и постизборном периоду.

Како живимо у времену различитих теоријских становишта о принципима који се сматрају темељима парламентарне демократије, с једне стране, а с друге, различитих захтева за уставноправним потврђивањем реалности у којој политичке странке имају доминантну улогу у политичком животу савремене државе, основна дилема са којом се данас срећемо у опредељивању парламентарног мандата јесте: у чему је будућност политичке репрезентације – у продубљивању посредништва између грађана и њихових посланика, тиме што ће се успостављати, не само политичке већ и правне везе између посланика и респективне политичке странке (укључив и право партијског опозива) или пак у јемству слободног парламентарног мандата постављеног у општи оквир начела грађанске суверености и јасном опредељењу улоге политичких странака у демократском обликовању политичке воље грађана.

Крупне политичке промене у Србији започете су још 2000. године, а нови Устав донет је тек крајем 2006. године. Након периода у којем су били „заборављени“ основни принципи политичке репрезентације и времена политичке нестабилности парламента (изазване, поред осталог, нејасном уставном концепцијом парламентарног мандата, која је потом законским решењима била различито интерпретирана), новим Уставом је јасно установљен парламентарни систем владавине. И док је у „основним начелима“ и одредбама које опредељују суштину политичке репрезентације, као и одредбама којима се уређује положај парламента и начин избора парламентарних представника Устав Србије следио решења која познају савремене европске земље, то се не би могло рећи када је у питању опредељивање карактера парламентарног мандата.

Природа посланичког мандата новим Уставом није изричито одређена, већ је у чл. 102. ст. 2. утврђено да је „народни посланик слободан, да под условима утврђеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран“. Циљ овог решења је неспоран: његовом применом постиже се ефикасна контрола посланика од стране политичких странака, укљу-

чујући и могућност успостављања партијског опозива. Мада ће право значење ове норме бити јасније и потпуније на основу њене законске разраде, а потом и њене примене у пракси, већ се сада сасвим неспорно може рећи да она противречи бићу слободног парламентарног манда. Тако како је формулисана, њена примена би довела у питање основне принципе који се непосредно односе на статус посланика: да посланици представљају грађане; да се опредељују и гласају према сопственом уверењу; и да посланик не може бити опозван. Поред тога, уставно утврђење „слободе посланика“ да „свој“ мандат може неопозиво ставити „на располагање политичким странкама“, доводи у питање и уставни принцип по коме „политичке странке не могу вршити власт, нити је потчињавати себи“.

Логика савременог либерално демократског представништва налаже да је мандат репрезента у правном погледу слободан, без обзира на његову многоструку фактичку зависност од респективне политичке партије. Решење по којем посланик може „слободно ставити на располагање свој мандат политичкој партији“ то свакако не обезбеђује, већ се њиме установљава правни оквир за једну врсту императивног мандата. Буде ли се користила ова могућност у пракси, полако али сигурно парламент ће и номинално, уместо израза суверености општег права гласа, подлећи суверености партија.

Не спорећи улогу политичких странака да у демократском обликовању политичке воље грађана „утврде и излуче општу вољу“, да „предлажу кандидате за парламентарне представнике“, па и да „дисциплинују одабране“, стојимо на становишту да посланици морају бити правно слободни у вршењу своје функције у парламенту, тј. слободни да се опредељују и гласају по свом уверењу, без страха да ће им престати мандат (пре истека периода на који су изабрани). То, да „демократија у парламенту не сме да пада је веома важно“, а слободан мандат је нужан услов за демократски парламент, „премда не и довољан“. Демократија „неминовно пада“ у условима императивних налога, односно партијског опозива, јер „гласање и говор по налогу“ користи само посланику у личном интересу или политичкој странци, али не и развоју демократије. Отуда, право говора и слобода гласања, без страха од губитка мандата, морају остати јемства статуса парламентарних представника.

Странацка дисциплина у парламенту стога не би требало да буде обезбеђивана од стране државе, тј. правним санкцијама, већ парламентарна странка са своје стране мора бити „довољно добро уређена и стабилна да успостави дисциплину и поштовање положаја парламентарних представника“, а за непоштовање странацке дисциплине једина санкција према народном представнику може бити искључење из странке и посланичке групе (чија ефикасност зависи од

бројних фактора), али не и могућност страначког опозива на темељу законских овлашћења.

Ако знамо да постоје ситуације „напуштања“, односно „промене“ политичких странака у току трајања мандата, као и настанка нових посланичких група, односно фракција у парламенту, па и „куповине и продаје мандата“, посебно у земљама тзв. нове демократије, из тога се не може извући закључак да кривица лежи у слободном мандату, те да посланик може „несметано уживати мандат само уз послушност странци“. И досадашња упоредна уставна пракса, говори да се за успостављањем правног оквира партијској дисциплини посланика у парламенту, посезало управо у оним ситуацијама и временима које је карактерисала неизграђеност политичког и правног оквира за развој представничке демократије, односно парламента као демократског представништва грађана.

Bosa Nenadić, PhD

President of the Constitutional Court
of the Republic of Serbia

ON THE PARLAMENTARY MANDATE: EXAMPLE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The fundamental principles of the new Constitution of the Republic of Serbia (2006) take account of all the basic values recognised by the modern constitutional states that have declared themselves parliamentary democracies. However, the nature of the national deputies' mandate in Serbia differs from that of the contemporary (European) states – not only from the ones with a long parliamentary tradition, but also from the states belonging to the group of the so-called new democracies. Namely, under Article 102 paragraph 2 of the new Serbian Constitution, a deputy shall be free to irrevocably put his or her term of office at disposal of the political party upon whose proposal he or she has been elected a deputy. This rule diverges from the standards of the modern parliamentary constitutionality that regulate the status of deputies and affirm the principle of free parliamentary mandate.

Key words: *Parliamentary mandate. – Serbian Constitution of 2006.*

Др Лоран Микиели,

директор Центра за социолошка истраживања
права и кривичних институција у Гијанкуру*

ЈЕДНО НАСИЛНИЈЕ ДРУШТВО?
ДРУШТВЕНО-ИСТОРИЈСКА АНАЛИЗА
ИНТЕРПЕРСОНАЛНИХ НАСИЉА У ФРАНЦУСКОЈ
ОД 1970. ГОДИНЕ ДО ДАНАС
(I део)

Овај текст представља друштвено-историјску анализу и промишљање кретања насилних понашања у интерперсоналним односима од седамдесетих година прошлог века, кроз француски случај. Он се ослања на оригиналну синтезу различитих типова расположивих података: полицијске и судске статистике, анкете о виктимацији и самооткривеној делинквенцији, демографске и друштвено-економске податке. Предложени модел изражава пет процеса који прожимају француско друштво: друштвени процес пацификације обичаја, политичко-правни процес инкриминисања, процес судивости сукоба у свакодневном друштвеном животу, друштвено-економски процес такмичења за потрошачка добра, процес економско-друштвено-просторне сегрегације. Уз то, овај есеј настоји једнако да изрази бројне теоријске доприносе које је дао историјат социологије и криминологије.*

Кључне речи: *Насиље. – Пацификација обичаја. – Дисциплиновање. – Криминализација. – Судивост. – Такмичење. – Сегрегација. – Цивилизација.*

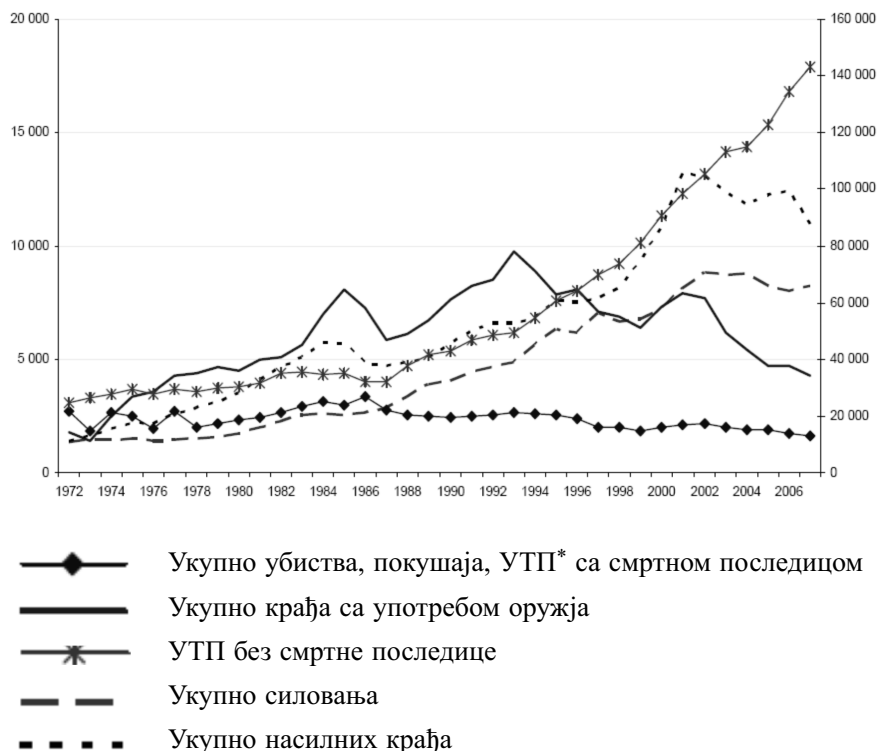
Запитаност о кретању насилних понашања у интерперсоналним односима у Француској од седамдесетих година прошлог века отвара одмах два велика методолошка проблема.

* Laurent Mucchielli је директор познатог француског *Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP/CNRS)*, Guyancourt. Аутор захваљује Софи Неванен (*Sophie Nevanen*) на помоћи у представљању дијаграма.

* Судивост (*la judiciarisation*) аутор одређује као чин прибегавања судству ради уређења спорова, сукоба, размирица свих врста (прим. прев.).

Први је онај о јединству категорије „насиља“, чија је употреба свеprisутна како у јавним расправама, тако и у хуманистичким и друштвеним наукама. Да ли је могуће да се заједно сврстају и тумаче убиства из ниских побуда, мафијашка убиства, убиства родитеља, чедоморства, брачна насиља различите тежине, насиља извршена приликом крађа, а затим силовања, инцести, педофилне радње, као и вербална насиља свих врста, шамарања, песницења, каменовања и тако даље? Са научног гледишта одговор је негативан. Један површан поглед на полицијску статистику објављену 1972. године (дијаграм 1), засновану на правним категоријама које су саме упрошћене у односу на понашања, њихове учиниоце и жртве, показује одмах да су кретања врло супротстављена.

Дијаграм 1: кретање неколиких насилних кривичних дела у полицијским статистикама (1972–2007)



Извор: Министарство унутрашњих послова, прорачун по учиниоцу на 50.000 становника

* УТП – умишљајна телесна повреда (прим. прев.).

Наслућује се већ да питање: „расте ли или се смањује насиље у француском друштву?“ нема у ствари смисла и неће подстаћи на одговор. Превише анализа, укључујући ту оне у друштвеним наукама, покушало је да одговори на питање које је у ствари лоше представљено. Могуће је заиста рећи да је за сва ова понашања заједничко то што наносе повреду физичком или моралном интегритету лица. Међутим, иако је са ове веома уопштене тачке гледишта последица свих тих понашања заједничка, на другој страни су њихови узроци, мотиви, учиниоци, жртве, места и околности извршења изразито различити.¹ Насиље је карактеристика једног понашања или радње које има смисао само у датом контексту, оно не носи у себи никакво значење и никакав претходно одређени садржај. У крајњој линији, уз сву прецизност, именицу „насиље“ не би требало користити као субјекат неке реченице, већ само придев насилан(на), како би се окарактерисала форма неке радње.

Други велики проблем искрсава поврх тога чим се жели размишљати о временском кретању насилних понашања. Наилази се на питање промене статуса, места и значења таквих понашања или таквих радњи, како у друштвеним представама (морални или друштвени статус), тако и у праву (правни статус). Феномен је нарочито јасан у случајевима сексуалних насиља или насиља над децом (у породичном, као и у инситуционалном оквиру), али ћемо видети да је у ствари много општији. Уосталом, ово психосоцијално кретање је широко прихваћено у кривичном праву, кроз процес инкриминисања, који од почетка деведестих година прошлог века има убрзање без преседана. Према томе, како размишљати о кретању једног феномена чија дефиниција не престаје да се мења и, зависно од околности, да се проширује? Како знати да су та понашања нова или је ново само њихово пријављивање надлежним органима? Ниједно размишљање, ако полаже право да буде научно, не би могло да држи по страни или чак да се односи на маргиналан начин према овом темељном проблему који у ствари представља, што ћемо аргументовати, једну од карактеристика актуелног кретања западних друштава.

Према томе, требало би да признамо да је привидно јединство категорије „насиље“ у ствари наметнуто путем друштвених представа и јавних политика које одређују садржај јавне расправе коју организују медији. Тема „насиље“ – нарочито оно младих у сиромашним

¹ E. Stanko, „Searching for the meaning of violence: the limitations of theory and data in our understanding of violence“, *Violence* (ed. E. Stanko), Ashgate & Dartmouth, Hants 2002, xiii.

четвртима – у њима је постала централна почев од деведестих година прошлог века, тако да чини основни колективни страх француског друштва.² Она је заиста неодојива од идеје о порасту тог насиља, тај пораст изаражава и симболише „кризе“ са којима се суочава то друштво, кризе чији садржај је променљив у зависности од аутора: криза државе и политичког система, криза механизма примарне социјализације (породица, школа), економска криза, културна криза (мултикултурализам). Ослањајући се на ове представе и преплашене, чак и декадентне говоре (тема о „опашању Француске“ је поново у моди неколико последњих година), учесници у јавној расправи (политички представници, новинари, есејисти) непрестано коментаришу различита „насиља“ и различита статистике које се на њих односе: сексуална насиља, насиља у „предграђима“, насиља у школи, убиства, итд. Најзад, медији осликавају и износе на сцену ова питања узимајући их готово свакодневно из неисцрпног извора различитих чињеница.

Наш циљ овде није да испитамо психосоцијалне механизме који доприносе јединству појма „насиље“ и праволинијском виђењу њевог кретања. Наш поступак ће, напротив, кренути од двоструког постулата о *хетерогености* насилних понашања и *непостојаности* њиховог моралног и правног статуса. Тиме се не доводи у питање размишљање о кретању насилних понашања у француском друштву. Напротив, чини се да је могуће створити један општи и сложени оквир за тумачење, који може да ослободи размишљање од једнозначне и линеарне једначине „смањење *versus* повећање насиља“. Овај друштвено-историјски модел се састоји од целине постављених хипотеза о природи и кретању процеса који могу да изазову насилна понашања у интерперсоналним односима и/или да узрокују преображај статуса тих понашања, што доводи до њиховог већег пријављивања. Предлажемо да се утврде најмање пет трансверзалних просеца, потеницијално различитог порекла, обима и ритма: 1) друштвени процес пацификације обичаја, 2) политичко-правни процес дисциплиновања путем криминализације, 3) процес судивости сукоба из свакодневног друштвеног живота, 4) друштвено-економски процес такмичења за потрошна добра, 5) најзад, процес економско-друштвено-просторне сегрегације.

² L. Mucchielli, “La violence des jeunes: peur collective et paniques morales au tournant du XXe et du XXIe siècles”, *Crime et insécurité: un demi-siècle de bouleversements. Mélanges pour et avec Philippe Robert* (ed. R. Lévy, L. Mucchielli, R. Zauberman), L'Harmattan, Paris 2006, 195–223; R. Sue, *La société contre elle-même*, Fayard, Paris 2005; C. Nagels, A. Rea, *Jeunes à perpète. Génération à problèmes ou problème de générations?*, Bruylant, Louvain-la-Neuve 2007; L. Bonelli, *La France a peur. Une histoire sociale de l'insécurité*, La Découverte, Paris 2008.

1. ПАЦИФИКАЦИЈА ОБИЧАЈА

Славна теза Норберта Елиаса о процесу „цивилизације обичаја“ кроз векове била је широко прихваћена од стране савремене друштвене науке. Најпре су је искористили историчари. Почетком деведесетих година прошлог века у полицијским статистикама је утврђен пораст напада на лица у току две претходне деценије (нарочито благ пораст стопе убиства), што је, уклопљено са могућим порастом теме „насиља“ у јавним расправама, навело социологе да поновно употребе израз, али у обрнутом смеру, и да говоре о „заокрећу“ процеса цивилизације обичаја.³ Будући да је критикована већ почетком деведесетих година прошлог века у вези са убиствима,⁴ ова хипотеза утолико пре не може да буде брањена данас. Након разматрања расположивих података о кретању дела са обележјима насиља, доћи ћемо у тој расправи до процеса који бисмо радије означили као *пацификацију* обичаја, усмеравајућу критичку расправу од Елиасових ставова до нашег закључка.

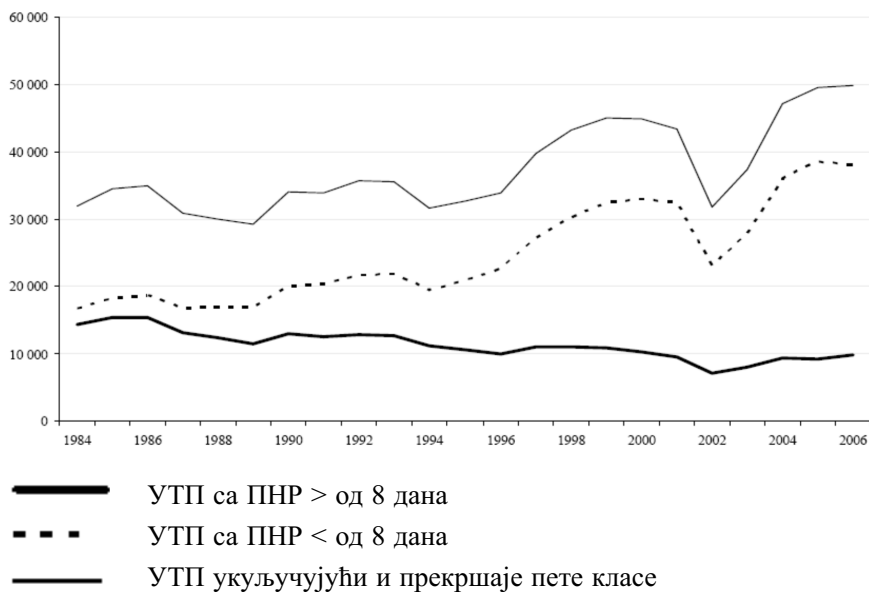
1.1. Подаци: полицијске и судске статистике, виктимацијске анкете

Тешка физичка насиља нису у порасту у француском друштву. Пре свега су убиства (најчешће уравнотежен показатељ због постојаности правне дефиниције и претпостављено мале „тамне бројке“ у тој области) забележила стваран пораст у првој половини осамдесетих година XX века, али та појава је била краткотрајна и од тада опада (дијаграм 1). Затим, „умишљајне телесне повреде“ су заиста у великом порасту у полицијским подацима. Анализа судских статистика које нуде већу прецизност о тежини тих повреда (у зависности да ли доводе до медицинске потврде о привременој неспособности за рад – даље: ПНР, до или преко 8 дана) показује, међутим, једнако, као и за убиства, благо и непрекидно опадање најтежих дела (дијаграм 2). Коначно, само су вербална насиља у снажном порасту у полицијским и судским статистикама.

³ H. Lagrange, *La civilité à l'épreuve. Crime et sentiment d'insécurité*, Presses Universitaires de France, Paris 1995; S. Roché, *La société incivile*, Seuil, Paris 1996. Ови аутори су инспирисани нарочито америчким радовима из седамдесетих и осамдесетих година XX века. T. R. Gurr, „Historical trends in violent crime. A critical review of the evidence“, *Crime and Justice. An annual review of research* (ed. M. Tonry), 3/1981, 295–353.

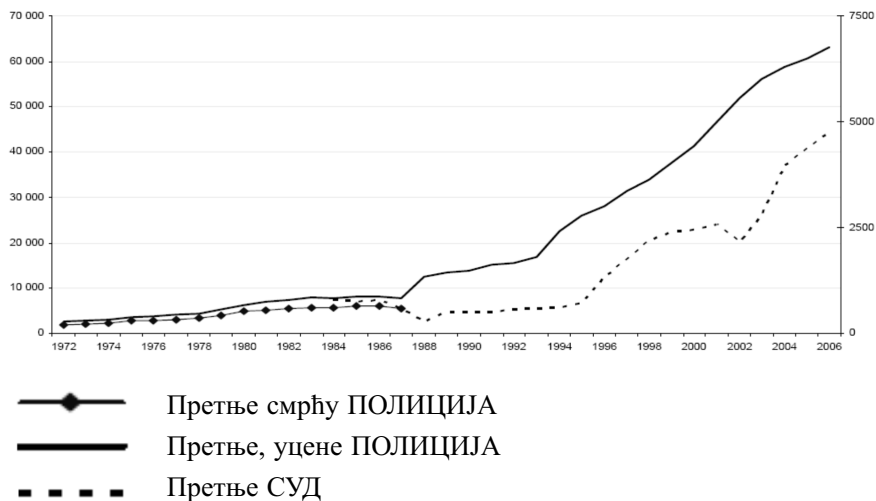
⁴ B. Aubusson de Cavarlay, De la pacification à l'insécurité: l'épreuve a-t-elle tant besoin de chiffres?, *Déviance et société*, 17, 3/1993, 299–308.

Дијаграм 2: кретање осуда за умишљајне телесне пореде (1984–2006)



Извор: Министарство правде, серија „Осуде“

Дијаграм 3: кретање претњи у полицијским и судским статистикама (1972–2006)



Извор: Министарство унутрашњих послова (1972–2006) и Министарство правде („Осуде“, 1984–2006)

Да ли су ове тенденције потврђене пријавама жртава? Питање је веома значајано да би се показало да полицијски и судски подаци почивају само на делу насилног понашања за који су жртве поднеле тужбу.

Национални институт за статистику и економске студије (НИ-СЕС) врши од 1996. године у Француској једном годишње националну виктимацијску* анкету на репрезентативном узорку од око 11.000 лица. Ове анкете разликују три типа насиља: права физичка насиља (чији критеријум је исти као и код административних статистика: ПНР преко 8 дана), лака физичка насиља (ПНР мања од 8 дана) и вербална насиља. Читањем серије података из ових анкета⁵ уочава се да је, од краја деведесетих година прошлог века па до 2005. године, удео лица од 15 година и старијих која су пријавила да су била жртве напада у току претходне две године постојан на око 7%.⁶ Појединачно се једина тенденција пораста односи на вербална насиља. О томе ће бити више речи у каснијем излагању.

Ова запажања су потврђена другим анкетама на општој популацији, нарочито здравственим барометром реализованим од стране Националног института за здравствену превенцију и едукацију. Реч је о репрезентативном узорку скоро три пута већем од узорка НИ-СЕС (око 30.000 лица старости од 12 и више година), при чему је анкетираним лицима постављено питање о насилним актима које су претрпела или су их предузела. Поређење између 2000. и 2005. године показује благо опадање процента лица која су изјавила да су била нападнута у току последњих дванаест месеци, као и постојаност процента оних који су изјавили да су ударили или повредили некога.⁷ Насупрот томе, чини се да мултивиктимација (број лица која су била изложена већем броју напада у истој години) благо напредује, што је подједнако утврђено у анкетама НИСЕС. Све се, дакле, збива као да се виктимација све више сужава на одређене органичене просторе. Томе би требало посветити одговарајућу пажњу.

* Виктимација (*la victimation*) се дефинише као чин претрпљеног материјалног, телесног или психичког напада (као и свести о томе). Овај израз треба разликовати од виктимизације која означава чињеницу да се неко сматра жртвом (прим. прев.).

⁵ H. Lagrange, Ph. Robert, R. Zauberman, M.-L. Pottier, „Enquêtes de victimation et statistiques de police: les difficultés d’une comparaison“, *Déviance et société*, 28, 3/2004, 285–316.

⁶ После промена које су (на жалост) извршене у дефиницији „напада“, резултати годишње анкете за 2006. годину нису упоредиви са резултатима из претходних година. C. Rizk, J. Boé, „Les résultats de l’enquête de victimation 2006“, *Grand angle. Bulletin statistique de l’Observatoire national de la délinquance*, 10/2006, 1–11.

⁷ C. Léon, B. Lamboy, „Les actes de violence physique“, *Baromètre santé 2005. Premiers résultats* (ed. P. Guilbert, A. Gautier), Inpes, Paris, 2006, 77–84.

1.2. Преображај статуса насиља

Ова почетна запажања су довољна за постављање хипотезе по којој, насупрот општем схватању, један процес пацификације обичаја наставља без сумње да делује у француском друштву, учествујући у лаганом али непрекидном повлачењу употребе физичког насиља проишао из уобичајених и свакодневних сукоба у друштвеном животу. Због чега? Детаљна анализа вишеструких фактора који већ више деценија доприносе – на уопштен, али ипак неједнак начин према друштвеним групама – том процесу превазилази границе овог чланка. На овом месту ће бити довољно да се наброје неколике чињенице: даље снижавање прага осетљивости, процват индивидуе и индивидуализма, глобални пораст животне удобности и очекивања од живота, растуће пријављивање свих врста ризика (помислимо на све дисциплинованију возњу аутомобила и на употребу алкохола која не престаје да се смањује од шездестих година прошлог века),⁸ наставак покрета преношења на државу уређења интерперсоналних сукоба, смањење великих сукоба у националном политичком животу (нестанак револуционарних покрета, убрзано повлачење сепаратистичких покрета), у раду (смањење штрајкова и насилних манифестација), у изборном такмичењу и око функционисања институција (стабилизација политичких партија, навикавање на политичке смене),⁹ повећано овладавање силом коју полицијске снаге користе у акцијама одржавања реда (повезано такође са порастом демократских контрола вршених над монополом легитимне државне силе), растућа полицијска и судска репресија над свим облицима агресивног и насилног понашања, нарочито оних које чине млади који су у томе скоро увек главни виновници и жртве (јер се туку нарочито између себе).¹⁰ Поменимо и акцију друштвених покрета који пријављују одређене облике насиља, посебно феминистичке покрете, као и појачање моралног надзора вршеног од стране медија који, у добру и у злу, функционишу све више као *морални предузимачи* (проишао из виших класа), у смислу *предузимања крсташких похода за измену обичаја* (нижих класа), да се послужимо класичном Бекеровом анализом.¹¹

⁸ D. Besson, „Boissons alcoolisées: 40 ans de baisse de consommation“, *Insee Première*, 966/2004, 1–4.

⁹ О три последње тачке, упор. X. Crettiez, I. Sommier, *La France rebelle*, Michalon, Paris 2006.

¹⁰ Последња виктимацијска анкета коју је урадио НИСЕС, постављајући питање лицима старијим од 14 година о претрпљеним нападима у току две претходне године, показала је да је 13 % млађих од 20 година пријавило такав напад, наспрам 4 % лица старијих од 60 % година. Z. Djider, S. Vanovermeir, „Des insultes aux coups: hommes et femmes inégaux face à la violence“, *Insee Première*, 2007, n° 1124.

¹¹ H. Becker, *Outsiders. Études de sociologie de la déviance*, Métailié, Paris 1985, 171–173.

Инсистирамо на тој средишњој тачки: *ако процес пацификације обичаја држи до смањења прибегавања насиљу, то је зато што има за прву последицу стигматизацију, делегитимисање*. Одатле парадокс који је само привидан: *опити утисак о порасту насилних понашања може савршено да прати један покрет убрзања њиховог пријављивања, као и застој, чак и повлачење њихове стварне учес-талости*.¹² У ствари, наше друштво не подноси насиље, не даје му више легитимитет, не признаје му више смисао (услед тога отрцаност израза, иако социолошки апсурдног, „безразложног насиља“). Наш праг толеранције у вези са некада прихватаним насилним понашањима наставља да опада. Самим тим, *та понашања мењају статус*. Оно што је некада посматрано као „нормално“ или „претерано, али подношљиво“ постало је анормално и неприхватљиво. Оно што се није хтело видети, пада свима у очи. Оно што је сматрано за „приватну ствар“, постало је јавна ствар.¹³ Јавни поглед је продро на места која су некада била под дискреционом влашћу њиховог шефа: оца породице, школског учитеља, аниматора дечје колоније за одмор, надзорника рекреативне наставе, интерната или одмаралишта, старијег водника у војном кампу, итд. Самим тим, била су пријављивана интерперсонална насиља која нису била нова, већ су променила статус и више нису прихватана. То се масовно односило на сексуална насиља, брачна насиља, злостављања деце и различите облике узнемиравања (рачунајући ту највише ритуализоване, чак и институционализоване као што су бруцошки несташлуци),¹⁴ кроз чије кретање се опажао темељни преокрет осетљивости наших друштава у прилог заштите најслабијих лица, нарочито жена и деце, и јак покрет одбацавања свих облика суровости, приписиваних често „мачоизму“, чак и мушкости, на шта истраживања у друштвеним наукама изнова снажно указују од деведестих година прошлог века¹⁵. Од тада су многи спорови у значајном повећању. Даћемо за то три примера.

1) До прекретнице седамдесетих и осамдесетих година XX века дошло је на иницијативу лекара специјалиста за поступање са

¹² Исто запажање износи Мишембле за крај XIX века: *када полиција и правосуђе све боље и боље изолују злочин и насиље се повлачи, грађани изражавају повећану потребу за безбедношћу, јер су често уверени да виде пораст опасности. Злочини и деликти су заиста убудуће првенствено схваћени као настрани на друштвени поредак који оличава држава*, R. Muchembled, *La société policée. Politique et politesse en France du XVI^e au XX^e siècle*, Seuil, Paris 1998, 267.

¹³ Ово „скидање тајне“ је праћено „прављењем спектакла“ у јавној расправи, које не помаже нужно објективном оцртавању обриса појаве, D. Tremblay, „La problématisation de la violence en milieu de vie conjugal et familial: la part du secret et celle du spectacle“, *Déviance et société*, 23, 3/1999, 275–289.

¹⁴ R. de Vos, *Le bizutage. Persistances et résistances*, PUF, Paris 1999.

¹⁵ P. Bourdieu, *La domination masculine*, Seuil, Paris 1998; L. Bowker, *Masculinities and violence*, Sage Publications, London 1998.

децом, када је створен појам „злостављање“.¹⁶ Најпре су циркуларна писма, а потом закони, преуредили начин изношења на видело и преузимања бриге о овим проблемима, створена су удружења за помоћ жртвама, покренуте су кампање повећања осетљивости на њих. У 1997. премијер ће од злостављане деце чак начинити „велико национално питање“ те године. Услед таквог развоја, административна (Друштвена помоћ деци) и судска пријављивања непрестано се повећавају. Према подацима Националне опсерваторије за децентрализовану друштвену акцију, број злостављане деце или означене као „изложене ризику“ од стране департаманских служби је порастао од 58.000 у 1994. години на 98.000 хиљада у 2006. години.¹⁷ И у оквиру те популације број судског решавања је такође порастао са 31.000 у 1994. години на 56.000 дванаест година касније. Овај пораст није, међутим, произашао из утврђених случајева злостављања (постојаних на око 20.000 случајева пријављених сваке године), већ из категорије деце „изложене ризику“: ризику за девојчице да буду жртва сексуалног насиља и ризичног владања код дечака, нарочито преадолесцената. О промени начина пријављивања сведочи на првом месту законски развој и професионална пракса социјалних радника.

2) *Сексуално насиље је постало насиље нашег доба*, рекао је историчар Г. Вижарело.¹⁸ И сексуални насилник је постао отелотворење зла.¹⁹ Веома велики пораст у осамдесетим и деведесетим годинама прошлог века дела откривених од стране полиције и суђених случајева силовања (рачунајући ту и брачно силовање), родоскрвњења, педофилије и различитих „сексуланих напада“ основни су показатељ тог процеса. Уско повезан са значајним правним кретањем (упор. *supra*), овај покрет добро показује ту промену осетљивости. То иде до те мере да сексуалана насиља могу да покрену „моралну панику“ без преседана, као у случају Дитру у Белгији или, у нешто мањој мери, у случају „обртања“ (групних силовања) у Француској.²⁰ Ове ствари су добро познате, па нећемо више на њима инсистирати.

3) Повећан значај брачних насиља у оквиру „умишљајних телесних повреда“ које су утврђене од стране органа реда и суђене пред судовима представља трећи пример такве промене статуса насиља, израженог подједнако великим порастом развода (који су учетворостру-

¹⁶ D. Serre, „La ‘judiciarisation’ en actes. Le signalement d’“enfants en danger”“, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 136–137/2001, 70–82.

¹⁷ ODAS, *Protection de l’enfance. Une plus grande vulnérabilité des familles, une meilleure coordination des acteurs*, Paris, 2007, ODAS, rapport annuel.

¹⁸ G. Vigarello, *Histoire du viol, XVIe-XXe siècles*, Seuil, Paris 1998, 282.

¹⁹ A. Garapon, D. Salas, *La justice et le mal*, Odile Jacob, Paris 1997, 201.

²⁰ L. Mucchielli, *Le scandale des „tournantes“*. *Dérives médiatiques et contre-enquête sociologique*, La Découverte, Paris 2005.

чени од почетка шездесетих година прошлог века до почетка овог миленијума) и спорова у вези са бригом о деци и давањем издржавања. У једној студији која је обухватила 256 досијеа „умишљајних телесних повреда“ праћених ПНР о којима је у току 2000. године одлучивао један париски суд за преступе,^{*} брачни случајеви су чинили скоро 30% предмета; ако се томе додају остала породична насиља учињена само од стране одраслих, дошло би се приближно до 40%.²¹ Једна слична студија о предметима које јавно тужилаштво није изнело пред суд (одбацивање пријаве или примена алтернативних мера) показује да, према полицијским статистикама, 90% брачних насиља није проузроковало ПНР или се радило о ПНР мањој од 8 дана.²² Национална опсерваторија за делинквенцију од 2006. године настоји да процени удео брачног насиља у укупним нападима на лица који су утврђени од стране полиције и жандармерије. Њена процена је да четвртина убиства и „умишљајних телесних повреда“ без смртог исхода представља породично насиље.²³ Поред тога, реконструисање стања из предходних година указује на пораст брачног насиља од 32% између 2002. и 2006. године. Најзад, значајан показатељ о кретању судивости брачних спорова (на које ће се доћи, *supra*) представља студија података Префектуре париске полиције између 2000. и 2006. године. Она указује на пренос тог насиља од „обавештења грађана“ ка записницима о пријему кривичне пријаве – на основу којих се једино врши статистичко рачунање.²⁴ Ако се има у виду да је у виктимацијској анкети о насиљу почењеном над женама у 2000. години нешто више од 2% жена пријавило да је било жртва физичког или сексуалног насиља од стране њихових брачних другова,²⁵ „резервоар“ потенцијално „судивог“ брачног насиља је дакле још велики.

1.3. Од тела до достојанства: ширење домена интегритета личности

Преостало је да се протумачи једини пораст на који истовремено указују полицијске и судске статистике и виктимацијске анкете: пораст *вербалних* насиља која, треба одмах прецизирати, руко-

* У француском праву се кривична дела разврставају на прекршаје (*les contraventions*), преступе (*les délits*) и злочине (*les crimes*), при чему се као критеријум разликовања користи врста и мера прописане казне. Ова подела се у кривичној теорији означава као *summa divisio* читавог кривичног права (прим. прев.).

²¹ L. Mucchielli, „Aspects de la violence dans les relations sociales. Les coups et blessures volontaires suivis d’ITT jugés par un tribunal correctionnel de la région parisienne en l’an 2000“, *Questions pénales*, 19, 1/2006, 1–4.

²² OND, *La criminalité en France. Rapport de l’Observatoire national de la délinquance 2007*, CNRS Editions, Paris 2007, 221.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, 230.

²⁵ M. Jaspard, „Au nom de l’amour: les violences dans le couple“, *Informations sociales*, 144/2007, 34–44.

водеће особље два пута чешће пријављује него радници. Лагранж, Робер, Зоberman и Поттије²⁶ закључују своје упоредно истраживање ова два извора остављајући отворено следеће питање: да ли је реч о стварном очвршћивању друштвених односа или о повећању нетолеранције у најимућнијим срединама (дакле, у нашој расправи, о продужењу процеса пацификације обичаја)? Један други тип података даје, по нашем мишљењу, одлучујући елемент одговора: истраживања о кретању осећања небезбедности. Њихово посматрање показује нагли прекид растуће тенденције крајем деведесетих година прошлог века, у истом тренутку када се урушава заокупљеност незапослености.²⁷ Питање се дакле прецизира: да ли је то имало за последицу једнаку промену у обиму виктимације у тим годинама? Аутори одговарају на то, запажајући при том да се у годишњим виктимацијским анкетама НИСЕС примећује пораст броја лица која су пријавила претрпљене вербалне нападе, нарочито у средњим и вишим слојевима. Али, што је од суштинске важности, „повећана забринутост за безбедност типа „ново-небезбедно“ претходила је порасту пријава напада ниског интензитета у виктимацијским анкетама, другим речима, они се не изјашњавају као забринути зато што су били нападнути; *на супрот томе*, њихово осећање за безбедност их изгледа чини обазривијим за друштвене неправилности које више не подносе.²⁸

Напоменимо и да су та вербална насиља чешће пријављивана од стране жена него од мушкараца,²⁹ што намеће питање: да ли су жене од краја деведесетих година XX века уистину све више вређане, или можда оне то мање толеришу? Не одбацујући дефинитивно прву интерпретативну хипотезу, може се овде поставити друга. Као што је исправно запазио Ламејр, „најважнија улога жена у широком процесу „цивилизације обичаја“ описана од Норберта Елиаса појављује се данас као суштинска у дубокој промени која води друштво ка хтењу да убудуће штити више појединца него институционални поредак, традиционално неједнак према женама. (...) Ова столетна феминизација обичаја ће допустити долазак нове дефиниције сексуалних злочина. С оне стране текстова, и боље утемељено, те забране су јасно изразиле нову дефиницију интегритета људс-

²⁶ H. Lagrange, Ph. Robert, R. Zauberman, M.-L. Pottier, 304–305.

²⁷ Ph. Robert, M.-L. Pottier, „Les préoccupations sécuritaires: une mutation?“, *Revue française de sociologie*, 45, 2/2004, 212–214. Треба истаћи да је пораст размишљања о безбедности нарочито изражен између 1999. и 2002. године, то јест између тренутка у којем безбедност постаје централни смер политике Жоспенове владе и периода председничке кампање обележене свеприсутном темом „небезбедности“. L. Mucchielli, *Violences et insécurité. Fantasmes et réalités dans le débat français*, La Découverte, Paris, 2002.

²⁸ Ph. Robert, M.-L. Pottier, 237–238.

²⁹ Z. Djider, S. Vanovermeir, *passim*.

ке личности, тела и душе“.³⁰ Ова промена се такође проширила на психолошка или морална насиља, без физичке штете, што ће рећи на вербално насиље. Отуда, уосталом, богатство појма „узнемиравање“, сексуално узнемиравање, али и *морално* узнемиравање,³¹ које се не односи уопштено на јавну сцену и њену безименост већ, напротив, на просторе међусобног познавања који су, пре свега, породично боравиште, заједнички делови зграда и места за рад или студирање.

1.4. Преображај статуса жртве

На тај начин се насиље еманциповало од физичке агресије, да би се у општем смислу проширило на људску личност и, будући такво, реч је постала насилна као и гест, достојанство осетљиво као и тело. Значајно је, уосталом, да у виктимацијским анкетама нешто преко половине испитаних лица квалификује „агресије“ најпре као увреде и вербалне претње. Овај преображај наше осетљивости и наших представа одражава се суштински на *промену статуса жртве* у француском друштву. Поред тога што подизање прага осетљивости проширује поље радњи означених као неподношљиве, оно наглашава и саучешће и морално поистовећивање са жртвама тих радњи, нарочито ако је присутан појам патње. Као што је тачно приметио Ле Гоазиу: „више него насиље, патња је данас постала идеја водиља, критеријум за одмеравање којим се изражавају осуде. У име вредновања без преседана у људском животу, патња је постала савремено зло и чинилац потенцијалне жртве“.³² Заиста, медијско-политичка расправа се све више посвећује саучешћу, тужби различитих жртава, што доприноси појављивању једног „тужилачког друштва“³³ и охрабрује неку врсту такмичења између друштвених група да начине себе жртвама.³⁴ Отуда масован долазак жртава у поље јавне политике и, након тога, у полицијско и судско поље. Ово кретање осетљивости доприноси уобличавању захтева за безбедност и за преузимање бриге упућеном држави, која је на то одговорила изразито брзим процесом криминализације.

³⁰ X. Lameyre, *La criminalité sexuelle*, Flammarion, Paris 2000, 97–98.

³¹ M.-F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Syros, Paris 1998.

³² V. Le Goaziou, *La violence*, Le Cavalier bleu, Paris 2004, 21.

³³ A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, Paris 1996, 105 и даље.

³⁴ D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Paris 2005, 63 и даље; G. Erner, *La société des victimes*, La Découverte, Paris 2006.

2. КРИМИНАЛИЗАЦИЈА: КАДА ДРЖАВА ХОЋЕ ДА ДИСЦИПЛИНУЈЕ

Постоји једна тачка у вези са којом се већина интелектуалних традиција наслоњених на размишљање о кретању европских друштва од модерне епохе слаже: постојање процеса завођења дисциплине. Од Маркса до З. Баумана³⁵ и П. Вагнера,³⁶ преко Елиаса, франкфуртске школе и Фукоа, реч је несумњиво о једној од најважнијих карактеристика „модернитета“. Расправа се односи више на покретаче тог процеса. Развој државе је одувек био један од њих. Сучена са последицама масовне незапослености и поновног развоја неједнакости, високим нивоом делинквенције против имовине (упор. ниже табела 6. у поглављу 4),³⁷ и растућим захтевом за безбедношћу, већина западних држава је деведестих година прошлог века уложила велике да поново овлада својим сувереним прерогативима у кривичној области како би наметнула нову друштвену контролу.³⁸ Појава је спектакуларна када се, нарочито у Сједињеним Државама, прибегло масовном затварању.³⁹ Она је у различитим степенима прошла кроз сва западна друштва. Процес криминализације је ту кључан. Он се мења кроз инкриминисање, упућивање, гоњење и санкције.⁴⁰

* Криминализација (*la criminalisation*) означава процес превођења предмета из преступне, прекршајне, парничне или до тада правно нерегулисане области у категорију злочина, који представљају најтежа дела у француском праву. У ширем смислу, криминализација је придавање кривичног садржаја одређеном чину и, самим тим, отварање могућност за његову судивост (прим. прев.).

³⁵ Z. Bauman, *Intimations of Postmodernity*, Routledge, London 1992.

³⁶ P. Wagner, *Liberté et discipline. Les deux crises de la modernité*, Métailié, Paris 1996.

³⁷ Табела се налази у другом делу рада, у наредном броју овог часописа.

³⁸ D. Garland, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford & Chicago University Press, Oxford – Chicago 2001.

³⁹ L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Raisons d’agir, Paris 1999.

⁴⁰ Подсетимо да делинквенцију чини укупност повреда одређених кривичним правом, познатих и гоњених од стране актера друштвене контроле (L. Mucchielli, „Délinquances et violences“, *Cahiers français*, 326/2005, 59–63). Ова дефиниција одмах отвара три проблема. Први је да се право стално развија: одређена понашања престају да буду инкриминисана, док друга то постају. С обзиром да је овај последњи процес (инкриминисања) веома чест и сталан, делинквенција не престаје по дефиницији да се потенцијално увећава. Други проблем се односи на делотворност гоњења. Једна повреда коју актери друштвене контроле утврде, али одлуче да не гоне, званично не спада у делинквенцију. Најзад, трећи проблем почива у сазнању које ови актери имају или не о повредама које настају у току друштвеног живота, другим речима, у анализи процеса упућивања.

2.1. Стални и убрзавајући процес инкриминисања

Процес пацификације обичаја је неодвојив од *пенализације обичаја*.⁴¹ Заиста, кретање инкриминисања које се односило на физичка насиља, као и на вербална и морална насиља (напади на достојанство, дискриминација), наставило се без прекида од почетка осамдесетих година XX века. Као репер се може узети Закон од 23. децембра 1980. године, који се односио на силовање. Наведимо такође Закон од 10. јула 1989. године о превенцији лошег поступања са малолетницима и заштити деце. Требало би још истаћи реформу Кривичног законика 1992–1994. године, која је у центар кривичног права хтела да уместо јавног морала постави заштиту личности.⁴² Њоме је уведена серија нових и пооштравање већ постојећих инкриминација.

Тако је у области напада на личност нови Законик створио следећа дела: злочин тортуре и варварског поступања, преступ довођења у опасност другог (створен за борбу против саобраћајне делинквенције и у области несрећа на раду), преступе ометања мера помоћи, навођење малолетника (чак и када није праћен последицом) на просјачење, алкохолизам, употребу дрога или вршење кривичног дела, преступ организовања групе у циљу трговине дрогом, преступ злонамерних или поновљених телефонских позива и, најзад, потврђен је нови преступ „сексуалног узнемиравања“.

Нови Законик је појачао гоњење и репресију већ постојећих инкриминација на три начина: а) пооштравањем прописаних казни (нарочито у области сексуалног насиља, насиља над животињама или „увреда“ носилаца јавних овлашћења); б) променом квалификације одређених дела (тако је „увреда лица која врше јавну службу“ од прекршаја пете класе постала преступ); в) пооштравањем квалификације одређених дела додавањем „отежавајућих околности“. И у области напада на лица су створене отежавајуће околности, тако да се одговара због дела према малолетнику млађем од 15 година, брачном или ванбрачном другу, рањивом лицу (због узраста, болести, слабости, недостатка или трудноће). Исто тако, у области крађе је нови Законик прописао осам отежавајућих околности међу којима и насилно извршење дела.

Почев од 1994. године, покрет инкриминисања се наставио без прекида до наших дана.⁴³ У једном претходном раду⁴⁴ смо покушали да саставимо листу основних измена Кривичног законика које су уследиле након реформе од 1993/1994. године. У њему је утврђена ши-

⁴¹ X. Lameyre, 103.

⁴² P. Poncela, P. Lascoumes, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte?*, Presses Universitaires de France, Paris 1998, 81.

⁴³ J. Danet, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, Paris 2006, 20–54.

⁴⁴ L. Mucchielli, D. Saurier, „L'évolution de la délinquance enregistrée par la gendarmerie: énigmes et enseignements“, *Gendarmes et voleurs. De l'évolution des délinquances aux défis du métier* (ed. L. Mucchielli), L'Harmattan, Paris, 2007, 44–47.

рина и непрекинути ток кретања које води било ка стварању нових инкриминација, било ка проширењу дефиниција дела, а у сваком случају ка пооштрењу репресије. Поред непрестаног појачања пенализације сексуалних насиља, насиља усмерених ка одређеним категоријама лица (малолетници, „носиоци јавних овлашћења“ и, још шире, лица „која врше јавну службу“), местима (нарочито школске установе) или околностима (манифестације, чин „удруженог“ деловања), запажа се такође стварање преступа бруцошких подвала (Закон од 17. јуна 1998. године) и преступа моралног узнемиравања на раду (Закон од 17. јануара 2002. године).⁴⁵

Утицај инкриминација на полицијске и судске статистике је понекад тешко прецизно одредити, утолико пре што изгласавање једног закона не значи *ipso facto* његову примену. Табеле 1. и 3. сведоче ипак о одређеним непосредним утицајима реформе од 1994. године, нарочито о порасту телесних повреда, као и претњи и уцена. Ово правно кретање може значајно да измени праксу субјеката друштвене и кривичне контроле, нарочито путем учесталијег упућивања ка кривичном систему и одлучног гоњења од стране полиције и јавног тужилаштва. Случај насиља малолетника то посебно осликава.

2.2. Интензивирање упућивања и гоњења: случај „насиља малолетника“

„Насиље малолетника“ и његов пораст је централна тема у француском друштву од почетка деведесетих година XX века и представља један од главних предмета процеса инкриминисања који је претходно анализиран. Као потврда тог страха и политичких говора који не престају да траже заоштравање тог процеса, једини уопште расположиви подаци су полицијске статистике. Засноване на броју малолетника које је осумњичила полиција и жандармерија, ове статистике не приказују број стварно учињених дела у друштву, па чак ни свих оних о којима органи реда имају сазнање. Заиста, да би једно лице било осумњичено, потребно је да утврђено дело буде разјашњено, што у већини ситуација по правилу није случај, нарочито у области крађа. На основу тог извора се зато не може оценити удео малолетника у делинквенцији. Непознато је који је удео малолетника у већини неразјашњених дела, а ништа не указује да је једнак разјашњеним делима.⁴⁶ Истина је да се на основу ових података заузимају актуелни по-

⁴⁵ Овај Закон је, поред тога, проширио дефиницију „сексуалног узнемиравања“. Напоменимо такође да након сексуалног узнемиравања и моралног узнемиравања на послу, трећи облик узнемиравања је већ уведен у Сједињеним Државама (и у Аустралији) и требало би да стигне у Француску: реч је о ономе што Американци називају *stalking*, да би описали облике вербалног узнемиравања праћеног сукобима и брачним раскидима.

⁴⁶ B. Aubusson de Cavarlay, „La place des mineurs dans la délinquance enregistrée“, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 29/1997, 17–38.

литички ставови. Започећемо зато са њиховом анализом, а затим ћемо их употпунити помоћу судских статистика. Најзад, окренућемо се ка другом типу података, који дају другачије резултате и потврђују наше основно тумачење.

Табела 1. представља кретање осумњичених малолетника у току последњих десет година. Ту је утврђено да је делинквенција малолетника, какву је забележила полиција и жандармерија, јако порасла (40% у десет година). Када се ради о делима чије жртве су појединци, овај пораст чине крађе (са или – најчешће – без насиља, и без оружја) и повреде за које смо претходно, на основу укупног броја осуђених лица, видели да су бројније, али све мање озбиљне.⁴⁷ Да ли је чињеница потврђена када се ради само о малолетницима? То показује табела 2. где поредимо осуде (за преступе или прекршаје пете класе) за 1984. годину (најстарију познату годину), 1993. годину (која је претходила реформи од 1994. године) и 2004. годину (последњу познату годину), на основу законског критеријума тежине повреде мерене помоћу ПНР веће, мање или једнаке периоду од 8 дана. Ту је потврђена тенденција опадања најтежих повреда и, напротив, експлозија осуда за мање тешке повреде.⁴⁸

Табела 1: кретање броја осумњичених малолетника за различита дела у полицијским статистикама, од 1996. до 2006. године

	1996		2006		Ефективно кретање
	Број	% у укупном броју	Број	% у укупном броју	
Крађе уз употребу оружја	569	0,4	381	0,2	– 33 %
Насилне крађе без употребе оружја	7 174	5	8 961	4,4	+ 25 %
Крађе возила и двоточкаша	24 865	17,3	15 807	7,8	– 36,4 %
Обичне крађе према појединцима	10 800	7,5	15 793	7,8	+ 46,2 %
Крађе из излога	15 422	10,7	18 865	9,4	+ 22,3 %
Укупно крађа и прикривања	85 901	59,7	86 874	43,1	+ 1,1 %

⁴⁷ У оквиру нашег петог дела ћемо доћи на односе младих са снагама реда, што одређује нарочито снажан раст дела против носилаца јавних овлашћења.

⁴⁸ Табела наводи на помисао да пораст преступа УТП праћених ПНР мањом од 8 дана произилази такође, иако на релативно маргиналан начин, од преноса проистеклог из прекршаја пете класе, што је логична последица поштравања кривичне квалификације повреда након 1994. године (а не њихових тежина).

	1996		2006		Ефективно кретање
	Број	% у укупном броју	Број	% у укупном броју	
Убивства, покушаји, УТПСП*	180	0,1	167	0,1	– 7,2 %
Силовања	947	0,7	1 515	0,8	+ 56 %
УТП**	8 684	6	23 282	11,5	+ 168 %
Претње, уцене	3 320	2,3	6 258	3,1	+ 88,5 %
Укупно напада на лица	17 479	12,2	41 136	20,4	+ 135 %
Употреба дрога	8 272	5,8	14 852	7,4	+ 79,5 %
Уништења, понижења	17 647	12,3	29 736	14,7	+ 68,5 %
ДНЈО***	2 555	1,8	7 248	3,6	+ 183,7 %
УКУПНО	143 824		201 662		+ 40,2 %

Извор: Министарство унутрашњих послова

* УТПСП = умишљајне телесне повреде са смртном последицом

** УТП = умишљајне телесне повреде без смртне последице

*** ДНЈО = дела против носилаца јавних овлашћења

Табела 2: осуђени малолетници за умишљајне телесне повреде од 1984. до 2006. године

	1984	2006	Кретање
Преступи УТП ПНР + 8 дана	1 456	1 342	– 7,8 %
Преступи УТП ПНР – 8 дана	413	7 054	х 17
Прекрашаји УТП ПНР – 8 дана	1 176	716	– 39,1 %
Укупно	3 045	9 112	х 3

Извор: Министарство правде, серија „Осуде“

Исто тако, ово кретање понашања малолетних делинквената није праћено учесталијим вршењем злочина. Укупан број убистава, као и крађа уз употребу оружја се између две године смањује, а само се силовања значајно повећавају међу злочинима, што је првенствено последица претходно анализираних преображаја статуса тих понашања.

Ако се остави по страни питање силовања, пораст насилних аката малолетника у полицијским статистикама почива, дакле, на лакшим делима. Поставља се, према томе, питање да ли то повећање одговара кретању понашања или упућивању и гоњењу тих понашања. Ове две ствари, без сумње, не искључују једна другу. Међутим, три елемента наводе на разматрање друге хипотезе као најутицајније у том кретању: на првом је месту ширина „резервоара“ случајева претходно забележених на основу обавештења грађана и потенцијално судивих, други је природа судских наставака које полицијским поступцима даје јавно тужилаштво, а трећи су резултати анкете самооткривене делинквенције.

1) Као што то подсећају Робер, Обисон де Каварлеј, Поттије и Турније у првом издању свог рада,⁴⁹ део дела за која зна полиција се не налази у статистикама, јер није упућен суду, не чини предмет записника; он је само забележен у „регистру обавештења грађана“. Анкете обављене од стране више истраживача седамдесетих година прошлог века су показале да се, док је крађа најчешће била процесуирана (у вези са проблемима одговорности и осигурања), у обавештењима грађана често среће опис свађе, ударања, претњи у току препирки или размирица,⁵⁰ нарочито у брачном и породичном окриљу.⁵¹ Другим речима, читава серија насилних понашања, физичких и вербалних, мале тежине, није чинила предмет тужби и записника; њихово решење или њихов исход је био договорен између странака у спору и са полицијом која их је утврдила. Када је реч о малолетницима, ова дела мале тежине су најчешће санкционисана путем полицијског упозорења, тако да су представници снага реда на неки начин овде представљали предмет делегације власти од стране суда. На овом месту ће, након других аутора,⁵² бити изнета хипотеза да су, у контексту политичке драматизације и масивне мобилизације кривичног ланца око „насиља малолетника“, полицајци били прогресивно

⁴⁹ Ph. Robert, B. Aubusson de Cavarlay, M.-L. Pottier, P. Tournier, *Les comptes du crime. Les délinquances en France et leur mesure*, l'Harmattan, Paris 1994.

⁵⁰ *Ibid.*, 34.

⁵¹ B. Aubusson de Cavarlay, M.-S. Huré, V. Aillet, M.-D. Barré, *Arrestations, classements, défèrements, jugements. Suivi d'une cohorte d'affaires pénales de la police à la justice*, CESDIP, „Études et données pénales“ n°72, Guyancourt 1995, 44–46.

⁵² Нарочито Геблера и Гица који су писали да „до краја осамдесетих година прошлог века интервенција заменика тужиоца за малолетнике у кривичној материји остала је релативно органичена, свводећи се најчешће на двојак одговор: одбацивање кривичне пријаве ако је малолетник био веома млад, примарни делинквент, или ако је штета минимална; упућивање судији за малолетнике или истражном судији у осталим случајевима. Догађало се да заменик тражи на неформалан начин од истражних служби да у својим просторијама приступе „неслужбеном упозорењу“ малолетника и понекад његових родитеља“, L. Gebler, I. Guitz, *Le traitement judiciaire de la délinquance des mineurs*, Actualités Sociales Hebdomadaires, Supplément au n°2325, Paris 2003, 55.

подстицани да више случајева усмеравају ка поступку и да све више враћају магистратима њихово овлашћење да укоре, док су ови последњи примали неодложне заповести да ограниче број одбацивања кривичних пријава. Ова последња тачка је нарочито добро утврђена.

Табела 3: кретање кривичног одговора јавних тужилаштва на малолетничку делинквенцију

	1998	2002	2006	Кретање 1998–2006
Малолетници осумњичени од стране полиције / жандармерије	171 787	180 382	201 662	+ 17,4 %
Случајеви преузети од стране тужилаштва	130 387	162 069	174 533	+ 33,9 %
Случајеви одбацивања кривичне пријаве	60 828	53 210	44 924	– 26,1 %
<i>Због непостојања дела</i>	–	18 989	21 112	
<i>Због недостатка доказа</i>	–	4 485	4 829	
<i>Због незнатне штете</i>	–	16 622	8 477*	
<i>Због незаинтересоване жртве или повлачења тужбе</i>	–	6 872	6 667*	
Извођење пред судију за малолетнике	51 421	56 279	57 174	+ 11,2 %
Алтернативе гоњењу	12 520	50 017	69 318	x 5
<i>Подсећања на закон</i>	–	34 662	48 518	
<i>Медијације</i>	–	2 735	2 636	
<i>Обештећења</i>	–	5 275	7 159*	

Извор: Министарство правде

* = последња цифра позната за 2005. годину

2) Појачано упућивање и гоњење представља циљ на којем од почетка деведесетих година прошлог века инсистирају јавне власти, о чему сведоче не само изгласани закони и донете уредбе, већ и циркуларна писма упућена од стране министарстава унутрашњих послова, правде и националног образовања ради подстицања њихових служби да појачају упућивања и прогоне.⁵³ Ово се на судском плану испољава као мала револуција у тужилачкој пракси, која је у току

⁵³ Требало би овде навести списак од двадесетак текстова који имају исти смисао. Задржимо се само на једном који представља полазну тачку: Циркулар Д 92–30022 Ц министра правде од 2. октобра 1992. године. Он већ садржи све изразе који ће бити коришћени до данас: он циља на „урбана насиља“, делинквенцију малолетника и школске установе; он поставља себи за циљ борбу против „осећања некажњивости“ младих делинквената; он захтева од полицијских служби да охрабре жртве да подносе тужбе и магистрате да им „дају делотворне наставке“ и да не од-

последњих десетак година изнашла оно што се назива „трећи пут“ или „алтернативе гоњењу“. Реч је о целовитом начину брзог санкционисања који је намењен за поступање са ситном делинквенцијом, што у ствари омогућава да се не смањи гоњење, већ одбацавање кривичних пријава услед незнатне тежине утврђених дела. На основу табела 3. се може видети да је од 1998. до 2006. године пораст обима случајева у којима је поступало тужилаштво скоро два пута већи од броја нових случајева вођених од стране полиције и жандармерије. У исто време је удео одбачених кривичних пријава у целини одлука опао са 51,5% на 25,7%. Ово кретање је, дакле, начињено у корист „алтернатива гоњењу“, тобоже одсутним средином деведестих година XX века које представљају у 2006. години скоро 40% усмерења. Када је реч о „подсећањима на закон“ (једна врста укора), у 2006. години су она чинила 70% алтернатива гоњењу и 28% у целини кривичног одговора на малолетничку делинквенцију. То кретање се наставило веома убрзаним ритмом. То је први показатељ промене која произилази из појачања гоњења, а не нужно из понашања малолетника.

3) Најзад, последњи елемент који води ка великом релативизовању хипотезе о снажном и скорашњем порасту насилних понашања малолетника је обезбеђен помоћу анкета самооткривене делинквенције спроведених на адолесцентима школског узраста. У Француској су, на жалост, такве анкете скорашњег датума и мало међусобно упоредиве.⁵⁴ Једино постојеће поређење између сличних анкетних инструмената односи се на 1999. и 2003. годину. Оно је довољно да оповргне тенденцију полицијских статистика, будући да указује да *опште кретање делинквенције младих мерено стопом учинилаца (проценат младих који је учинио одређено дело) пружа доказ о великој постојаности*.⁵⁵ Ако би требало назрети одређену тенденцију, она би била у опадању најтежих преступа. У многим западним земљама се ове анкете врше одавно и омогућавају упоређења у много дужем временском периоду са полицијским статистикама, што доводи до истог запажања. На пример, у Канади полицијски подаци показују, као и у Француској, велики пораст насилних аката. Анкете о самопријављеној делинквенцији које се раде од краја шездесетих година прошлог века бележе напротив општу постојаност насиља учињеног од стране младих. Да би објаснио ту разлику, Ле Блан ис-

бацују кривичне пријаве, осим ако прибегавају алтернативним мерама које се појављују у то време (медијација и накнада штете).

⁵⁴ M. Choquet, S. Ledoux, *Adolescents: une enquête nationale*, Éditions de l'Inserm, Paris 1994; затим S. Roché, *La délinquance des jeunes. Les 11–19 ans racontent leurs délits*, Seuil, Paris 2001.

⁵⁵ S. Roché., S. Astor, C. Bianchini, *La délinquance auto-déclarée de jeunes judiciarisés et d'un échantillon représentatif des 13–19 ans*, Pacte-Cerat, Grenoble, 2004, 11.

тиче промену вредности и прага толеранције: „нова морална исправност наспрам насиља наводи сведоке, жртве, школске власти, итд. да више извештавају полицију о насилним понашањима“.⁵⁶

Главна хипотеза са којом ћемо закључити ову студију процеса инкриминисања и гоњења је, дакле, она о појачању упућивања предузетих уздуж кривичног ланца, што доводи до снажног пораста нивоа вођења бриге о агресивним, делинквентним и нецивилизованим понашањима младих. Међутим, ово основно питање процеса упућивања је још шире. То је у ствари питање друштвене контроле у читавој својој сложености: „у игри односа унутар читавог друштва стварају се расуте појаве искључења, чији један део поприма форму упућивања ка кривичном систему“, као што је тачно писао Зоберман.⁵⁷ Истраживати процесе упућивања ка кривичном систему, значи истраживати опште друштвено кретање, степен кохезије различитих заједница које га чине, садржај друштвених представа које више или мање жигушу таква поступања и такве друштвене групе, упућујуће стратегије многоструких чинилаца и професионалне идеологије институционалних чинилаца.⁵⁸ Анализа заслужује, дакле, да буде проширена да би се уочио један знатно шири процес судивости уређења сукоба у друштвеном животу.

(превод: др Горан П. Илић)

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа)

Laurent Mucchielli, PhD

Director of the Center for Sociological Research of
Law and Criminal Institutions, Guyancourt

A MORE VIOLENT SOCIETY?
SOCIO-HISTORICAL ANALYSIS OF INTERPERSONAL
VIOLENCE IN FRANCE SINCE 1970 TO OUR DAYS
(Part one)

Summary

This text is an essay of socio-historical interpretation to think the evolution of violent behaviours in interpersonal relationships since the 70', through the French case. He uses an original synthesis of various

⁵⁶ M. Le Blanc, *Évolution de la délinquance cachée et officielle des adolescents québécois de 1930 à 2000*, in M. Le Blanc, M. Ouimet, D. Szabo (dir.), *Traité de criminologie empirique*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2003, 39–72.

⁵⁷ R. Zauberman, *Renvoyants et renvoyés*, *Déviance et société*, 6, 1, 1982, 24.

⁵⁸ *Ibid.*, 32–40.

types of data: police and judicial statistics, victimization and self-reported surveys, demographic and socioeconomic data. The model links together five process acting in French society: a societal process of pacification, a political and legal process of criminalization, a process of judicialization of everyday life conflicts, a socioeconomic process of competition for consumer goods, a process of economic, social and spatial segregation. This essay also try to link many theoretical contributions that had built the history of sociology and criminology.

Key words: *Violence. – Pacification. – Disciplinarization. – Criminalization. – Judicialisation. – Competition. – Segregation. – Civilization.*

Др Будимир Кошутић,

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА И СЛОБОДА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ ИЗРАЕЛА

Израел је од свог настанка био „демократија под опсадом“. Људска права и слободе сматрани су саставним делом правног система Израела. Извор тих основних права и слобода није био писани устав, ни посебна повеља о људским правима, већ нормативна делатност судова.

Важну улогу у стварању израелског common law о људским правима и слободама имао је Врховни суд Израела, посебно кад је заседао као Високи суд правде (истовремено, првостепени суд и суд последњег степена). Изузетну важност у заштити основних људских права и слобода имао је случај Kol Ha'am Company Limited v. Minister of the Interior из 1953. године. У образложењу одлуке судија Агранат је истакао да Врховни суд сматра да су људска права и слободе, како су прихваћени у међународним инструментима и уставима демократских држава, саставни део израелског права. Та основна права имала су статус „меких правних принципа“ пошто су обвезивала доносиоце секундарног законодавства, али нису били основ за испитивање уставности (законитости) закона које доноси Кнесет као носилац суверене власти у Израелу.

У Израелу су тек у 1992. години донета два основна закона о људским правима: Основни закон о слободи занимања и Основни закон о људском достојанству и слободи. Првим законом је утврђено само једно право: право сваког држављанина или резидента Израела да се ангажује у било ком занимању, професији или трговини. Другим основним законом су изричито заштићени право на живот, телесни и психички интегритет, право својине, лична слобода, право напуштања и повратка у Израел и право приватности и личног уверења. Неспорно је да ова основна права укључују и друга права с њима непосредно повезана.

Због специфичности Израела као јеврејске и демократске државе не може се сматрати да појам људског достојанства и слободе обухвата у потпуности слободу религије, слободу изражавања и једнакост. Израел не познаје институцију грађанског брака и развода, пошто религијско право (јеврејско,

исламско, хришћанско) представља позитивно право у области породичног права.

Кључне речи: *Јеврејска држава. – Израелско common (case) law. – Основни закони о људским правима. – Начело континуитета. – Начело status quo.*

Не без разлога, бивши председник Врховног суда Израела Арон Барак (*Aharon Barak*) подвукао је особеност Израела и његовог правног система. Указујући да ни околност да је израелски народ доспео у своју постојбину из разних делова света, ни чињеница да је земља била преоптерећена економским и политичким проблемима и угрожена од својих суседа, није спречила тежњу Израела ка стварању демократског политичког система.¹ Иако је национална безбедност на врху националних приоритета, а војни естаблишмент веома угледан и утицајан, Израел није никада представљао погодно тло за било који облик тоталитарног политичког уређења.

Огромну улогу у спречавању настанка централизоване, ауторитарне и моћне владе, као и у избегавању других недемократских облика политичке владавине (и поред бројних ратова наметнутих Израелу), имао је Врховни суд Израела. Ова висока судска институција одиграла је кључну улогу у промовисању демократских вредности и заштити људских права и слобода у Израелу. Стога се у израелској правној и политичкој мисли наглашава да је Врховни суд Израела (посебно кад заседа, као Високи суд правде) „постао општеприхваћени симбол за поштење и праведност у односима владе и оних којима се влада“.²

Врховни суд Израела остварује своју улогу у заштити људских права и слобода у посебно сложеним околностима. Израел нема кодификовани писани устав, нити посебну повелу о правима и слободама. Такав устав је било тешко донети у сложеним условима васкрса јеврејске државе (проблем односа државе и религије). С друге стране, како с правом указује садашња председница Врховног суда Израела Дорит Бајниш (*Dorit Beinisch*), „ниједан други суд у свету није суочен с толико случајева у којима се преплиће заштита људских права и борба против тероризма. [...] Ако држава не штити људска права у стању нужде (*the times of emergency*) изгубиће демократски карактер у временима мира.“³ Стога, анализа заштите људских права и слобода у Израелу претпоставља разумевање основних обележја израелског правног система.

¹ A. Barak, „Foreword“, *Public Law in Israel* (eds. I. Zamir, A. Zysblat), Clarendon Press, Oxford 1996, VII.

² I. Zamir, „Administrative Law“, *Public Law in Israel*, 19.

³ D. Beinisch, *Civil rights and the War on Terror: Dilemmas and Challenges Event*, Heritage Foundation, Washington D. C., 30. April 2008.

I

Нема сумње да израелски правни систем треба сврстати у западне правне системе. Према мишљењу Арона Барака, израелска државна идеологија утемељена је на владавини права. Основни приступ је секуларан, либералан и рационалан. Социјални проблеми решавају се помоћу права, преко добро организованог судског система: постоји 29 магистратских судова, пет судова дистриката и Врховни суд као судови опште надлежности у Израелу. Право се схвата у духу јудео-хришћанске цивилизације, као појам који обезбеђује друштвени прогрес и промене односно људска права и обавезе.⁴

Ипак, правни систем Израела има одређена обележја која га чине јединственим у свету. Та јединственост се испољава у специфичностима примене европске идеје кодификације, без напуштања у целости судског стварања права англосаксонског типа (у заштити људских права и слобода Врховни суд Израела развио је израелско *common – case law*), као и у задржавању у одређеним областима религијског права (јеврејског, исламског, хришћанског, религијског права Друза) као позитивног права. Стога се израелски законодавац не може користити искуствима законодаваца других држава у изради закона у многим областима друштвеног живота. Ти израелски закони представљају ново подручје (*terra nova*) у којој израелско законодавство и правна наука тек треба да утисну властити пут. То је цена одлуке да се створи јединствени правни систем у свету.⁵

Неопходност да се изнађу специфична правна решења проузрокована је и недоношењем кодификованог писаног устава Израела до данас. Наиме, у моменту одлучивања о прихватању резолуције Генералне скупштине Уједињених нација од 29. новембра 1947. године о подели Палестине на две државе, јеврејску и палестинску, усвојен је став од стране јеврејских политичких и религијских првака о потреби поштовања начела континуитета. Начело континуитета се схвата у Израелу у двојаком значењу. Најпре, тим начелом означава се континуитет између савремене јеврејске државе и њеног права с моралним, правним и другим вредностима јеврејског народа уобличеним још у библијска времена и преношеним с генерације на генерацију све до васкрса јеврејске државе у Хаанану (Палестини) 1948. године. У свом другом значењу, начело континуитета изражавало је и изражава особени однос између позитивног права новоуспостављене државе Израел и правног поретка који је био на снази у Палестини за време британског мандата над Палестином.

⁴ A. Barak, „Introduction to Israel’s Legal System“, *Liber Amicorum Jacques Herbots* (eds. P. Senaeve, W. Pintens, S. Stijns, E. Dirix), Kluwer, Deurne 2002, 2.

⁵ A. Bin-Nun, *The Law of the State of Israel*, Rubin Mass Ltd, Jerusalem 1990, 12.

Првим својим законодавним актом из 1948. године, привремена израелска влада Давида Бен-Гуриона (*David Ben-Gurion*) оставила је на снази правни поредак успостављен за време британског мандата. То је значило да су на снази остали и извесни отомански прописи, као и религијска права Јевреја, Арапа, Друза и хришћана. Посебно је било важно за јеврејске религијске организације што је држава застала пред одређеним персоналним питањима препуштајући их јеврејском праву садржаном у Тори и Талмуду, као и у постојању посебних религијских, рабинских судова. Наравно, израелска држава је донела нове законе и друге правне прописе којима су замењени у потпуности бивши отомански закони. Међутим, у току расправе о доношењу устава државе Израел прихваћено је начело *status quo*, које је и данас на снази. Према том начелу, поред државних судова су установљени верски судови, поред државних школа верске школе, поред министарства вера главни рабинат с два рабина (од којих је један Ашкенази, а други Сефард), утврђена је обавеза поштовања шабата и других јеврејских религијских празника, као и обавеза уважавања одређених религијских норми о исхрани.

Поштовање ових религијских норми искључује могућност склапања грађанског брака у Израелу, као и признање одређених других људских права и слобода – отуд се нерелигијски бракови закључени у иностранству могу признати пред израелским државним судовима, али не пред религијским. Иако не постоји државна религија, религијско право се примењује у породичним односима. Исто правило важи и за припаднике других религија. Исламско и друга верска права призната у Израелу примењује се на питања закључења брака и развода, док се на друга питања породичног права примењују само ако о томе постоји сагласност свих страна.

Потреба да се очува успостављени *status quo* била је узрок одустајања од доношења устава Израела и разлог што још увек тај кодификовани писани уставни акт није донет. У Декларацији о независности Израела од 14. маја 1948. године било је предвиђено да устав буде донет до 1. октобра 1948. године. Чим је почела дебата о уставу показало се да је рок прекидак. Изабрани посланици су се поделили у два блока. Један, који је окупљао посланике *Mapai*-а, *Herut*-а и опште ционисте, залагао се за доношење устава, док је други блок, који су чиниле владајућа Бен-Гурионова партија *Mapai* и ортодоксне религијске партије био против доношења устава.

Разлози таквог опредељења Давида Бен-Гуриона били су разумљиви. У то време било је тешко уредити темељно и чврсто однос државе и религије. Посебно је било опасно предвидети укидање религијског права и религијских судова. С друге стране, у Израел су пристизале масе Јевреја из разних делова света, различитих уверења и култура, што је онемогућавало извесност у предвиђању правца бу-

дућег развита израелског друштва – 1948. године било је у Израелу 600.000 становника, а 1952. године два милиона. Увиђајући ове тешкоће, остварен је компромис између два блока и 13. јуна 1950. године усвојена је Харари резолуција, која је добила име по свом предлагачу, посланику Харарију (*Harari*). Сходно тој резолуцији, први Кнесет налаже уставном, законодавном и судском комитету да припреми нацрт устава. Устав ће бити састављен из посебних поглавља, с тим што ће свако поглавље представљати основни закон. Нацрт сваког поглавља биће изнет пред Кнесет чим Комитет оконча рад на њему, а сва поглавља заједно представљаће Устав Израела.⁶

Прихватањем овог Хараријевог компромисног предлога избегнут је уставни вакуум у Израелу, иако није усвојен посебан кодификовани писани устав. У том погледу постоји сличност Израела с Великом Британијом, Канадом и Новим Зеландом. Иако је прошло 58 година од усвајања Харари резолуције, доношење писаног кодификованог устава Израела још није окончано. Истина, након усвајања два основна закона о људским правима у 1992. години, изменила се политичка клима према проблему доношења устава у Израелу. Религијске партије које су се изјашњавале против усвајања устава Израела, верујући у могућност проширења религијских права, измениле су став. Сада се залажу за усвајање устава и потврђивање начела *status quo*. Обрнуто, либерали у Израелу се залажу за усвајање устава и сужавање религијских права.

Арон Барак тврди да секуларно становништво Израела, које чини више од три четвртине популације, тражи сужавање религијских права уставом. Према мишљењу Барака, одређена верска права вређају основна људска права и слободе, пошто у Израелу не постоје ни грађански брак ни развод.⁷ У Израел је, према одредбама Закона о повратку, стигло преко милион људи из Русије, од којих трећина нису Јевреји.⁸ Другим речима, усвајањем Основног закона о слободи занимања и Основног закона о људском достојанству и слободи на последњој седници одлазећег Кнесета, уочи парламентарних избора у 1992. години, извршена је мини-револуција у израелском уставном праву. Статус људских права и слобода пре ове мини-револуције и после ње битно је измењен.

⁶ Z. Warhaftig, *A Constitution to Israel – Religion and State*, Jerusalem 1988; M. Mandel, „Democracy and the New Constitutionalism in Israel“, *Israel Law Review* 2/1999, 265; Б. Кошутић, *Увод у велике правне системе данашњице*, Службени лист СРЈ, Београд 2002, 342–343.

⁷ A. Barak (2002), 3.

⁸ Закон о повратку из 1950. године гарантује сваком Јеврејину и члановима његове породице, без обзира да ли су Јевреји, право на јеврејско држављанство, в. Б. Кошутић, 339; Н. Р. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford 2007³, 115–116.

II

У првих четрдесет пет година свог постојања Израел није познавао ни писани кодификовани устав ни посебну повељу о људским правима. Усвајајући Хараре резолуцију 1950. године, Кнесет је препустио заштиту људских права израелским судовима – слично ситуацији у Енглеској. Како је Израел био „демократија под опсадом“, поверени задатак је било теже остваривати у Израелу него у другим *common law* земљама.⁹ Празнину, која је постојала у израелском правном систему због одсуства повеље о људским правима и слободама, почео је попуњавати Врховни суд Израела својим прецедентима. У том правцу посебан значај има одлука у случају *Kol Ha'am Company Limited v. Minister of the Interior*.¹⁰

Министар унутрашњих послова Израела суспендовао је излажење два листа на десет односно петнаест дана (*Kol Ha'am* и *Al-Itihad*), због садржине осврта на вест објављену у листу Харец (*Ha-aretz*) од 9. марта 1953. године. У вести објављеној у Харецу, Хенри Моргентау (*Henry Morgenthau*) је тврдио да је Георги Маљенков гори од Стаљина и да ће Израел, када куцне фатални час, ставити на страну Сједињених Америчких Држава 200.000 војника. Израелски амбасадор Аба Ебан (*Abba Eban*) је потврдио став Моргентауа, с тим што је додао да Израел може ставити на страну Сједињених Америчких Држава и више од 200.000 војника. Суспендовани листови су подвргли критици изјаве Моргентауа и Ебана и осудили антисовјетску политику израелеске владе. Истовремено, препоручили су „амбасадору Ебану или било ком другом лицу које хоће да ратује на страни америчких трговаца ратом, да то учине – али сами.“

Након суспензије, власник листа *Kol Ha'am* затражио је од Врховног суда Израела да стави ван снаге ову одлуку министра унутрашњих послова. Заседајући као Високи суд правде (тј. као суд првог и последњег степена), у већу тројице судија (*Agranat, Sussman* и *Landau*), Врховни суд Израела је прихватио предлог и ставио ван снаге одлуку о суспензији листова. У образложењу своје одлуке, Врховни суд је навео да су основна грађанска права, прихваћена у другим демократским државама, саставни део израелског правног система, при чему је Суд посебно цитирао чланак професора *Chafee, Free Speech in the United States*, из 1948.

Према мишљењу заузетом у израелској правној теорији, ова основна грађанска права представљају „меке правне принципе“. То су правни принципи, пошто их извршна власт не може ограничити

⁹ A. Zysblat, „Protecting Fundamental Rights in Israel without a Written Constitution“, *Public Law in Israel* (eds. I. Zamir, A. Zysblat), Clarendon Press, Oxford 1996, 47.

¹⁰ *Kol Ha'am Company Limited v. Minister of the Interior*, Н.С. 73/53, 87/53.

без изричитог законског овлашћења. Они су меки, зато што не ограничавају законодавну власт Кнесета. Врховни суд Израела није се сматрао овлашћеним да испитује законодавство Кнесета са становишта усклађености његове садржине с овим основним грађанским правима.¹¹ Другим речима, пре доношења два основна закона посвећена људским правима у 1992. години, у израелском правном систему су била дефинисана заштићена основна права и слободе и представљени стандарди за њихово остваривање, али им није био признат уставни статус. Ти правни принципи су били обавезни за секундарно законодавство, а примарно законодавство их је могло ограничити.

Иако је према Харари резолуцији било предвиђено да основни закони буду делови будућег устава Израела, Врховни суд им није признавао у прошлости виши статус у односу на обичне законе. Стога је одредбе основног закона било могуће мењати обичним законом усвојеним у Кнесету простом већином. Од тог правила постојао је изузетак у случају да основни закон садржи одредбу према којој је његова измена могућа само апсолутном већином посланика у Кнесету. Пре 1992. године, такву одредбу (*entrenched provision*) познавао је Основни закон Кнесет (секција 4. Закона). Према становишту Врховног суда, Кнесет је могао променити тај Основни закон Кнесет и обичним законом, усвојеним не простом, већ апсолутном већином посланика у Кнесету.

Пошто је статус основних закона био исти с обичним законима, Врховни суд није имао овлашћење да испитује законитост (уставност) закона које доноси Кнесет. Из тих разлога настали су бројни захтеви за усвајањем повеље о људским правима, како међу судијама, тако и у правној науци.¹² Познати професор уставног права на Универзитету у Тел Авиву Амнон Рубинштајн (*Amnon Rubinstein*) основао је чак политичку странку с називом Промена (*Shinui*), која је имала своје посланике у сазиву Кнесета који је усвојио два основна закона о људским правима 1992. године. У нацртима оба основна закона (Слобода занимања и Људско достојанство и слобода) било је записано да се основни закон не може мењати „осим основним законом усвојеним од стране већине посланика Кнесета“. Та чврста одредба задржана је у усвојеном Основном закону Слобода занимања, али не у Основном закону Људско достојанство и слобода. При том, у тексту Основног закона Људско достојанство и слобода опстале су извесне одредбе смисаоно повезане с испуштеном одредбом којом се овом основном закону даје виши статус у односу на обичне законе.

¹¹ D. Kretzmer, „The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-revolution in Israeli Constitutional Law?“, *Public Law in Israel* (eds. I. Zamir, A. Zysblat), Clarendon Press, Oxford 1996, 143.

¹² D. Kretzmer, „Judicial Review of Knesset Decisions“, *Tel-Aviv University Studies in Law*, 8/1988, 95.

Строго гледано, изгледало би да израелски законодавац више вреднује слободу занимања од права на живот, телесног интегритета, људског достојанства и индивидуалне слободе. Како то није био сми-сао предлога за усвајање ова два основна закона, Врховни суд Изра-ела је својим одлукама успоставио потребну равнотежу.

Преокрет у ставу Врховног суда према могућности судске кон-троле закона које усваја Кнесет, збио се у случају *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Co-operative Village* из 1995. године. Подносилац предлога је сматрао да се законом који је донет после ступања на снагу Основног закона Људско достојанство и слобода, не могу вређати његова својинска права заштићена секцијом 3. Основног за-кона. Врховни суд, састављен у том случају од девет судија, оценио је да је ништав закон који вређа заштићена својинска права секцијом 3. Основног закона: Људско достојанство и слобода. Ипак, Врховни суд није поништио оспорене одредбе у том случају, већ је заузео став да су оне у складу са секцијом 8. истог Основног закона. На тај на-чин, Врховни суд Израела послужио се истим лукавством које су употребили пре њега Врховни суд САД 1803. године (*Marbury v. Madison*) и Европски суд правде 1963. године (*Van Gend en Loos*): установио је начело судске контроле уставности закона, не поништа-вајући оспорену одредбу у конкретном случају у коме је утврдио то начело.

Већина судија Врховног суда Израела је прихватила став да Основни закон Људско достојанство и слобода и Основни закон Слобода занимања имају формални уставни статус и да, према томе, поседују виши статус од обичног законодавства. Ипак, само законодавство које се усваја након ступања на снагу ових основних закона мора бити усклађено с њима. Једино те нове законе овла-шћен је да испитује Врховни суд и оцењује њихову усклађеност с основним законима Људско достојанство и слобода и Слобода за-нимања. У случају да утврди неусклађеност одредаба тих закона с два наведена основна закона, Врховни суд има право да их пониш-ти односно укине.

Ствар стоји другачије са законодавством на снази пре усвајања ова два основна закона у 1992. години. Према Основном закону Сло-бода занимања из фебруара 1992. године остављен је рок од две го-дине у коме неће бити испитивана усаглашеност постојећих закона с Основним законом Слобода занимања. Тај рок је продужен за још две године секцијом 10. нове верзије тог основног закона из марта 1994. године.

Приступ у Основном закону Људско достојанство и слобода је другачији. Према секцији 10. тог Основног закона ништа садржано у

њему „не утиче на важење закона који су били на снази пре ступања на снагу Основног закона“. Нема сумње да је ово последица изузетне политичке осетљивости везане за постојање одређених религијских права, као и права која потичу из британског законодавства о стању нужде из 1945. године, које је још увек на снази у Израелу. Тиме се несумњиво умањује значај ових основних закона. Ипак, не треба previdети став Врховног суда да је усвајањем ова два основна закона о људским правима измењен статус заштићених људских права и слобода. Уставно заштићена права имају већу тежину, о чему судови морају водити рачуна и кад тумаче законе који су били на снази пре доношења основних закона о људским правима у 1992. години.

Колики је значај ове регулативе у Израелу показује нова верзија Основног закона Слобода занимања из 1994. године. Према секцији 8. нове верзије, Кнесет има право да, под одређеним условима, унесе у закон посебну клаузулу према којој ће одређене одредбе закона бити важеће иако нису у складу с Основним законом Слобода занимања (*the Override Clause* или *Notwithstanding Clause*). Услови за пуноважност те клаузуле су: (а) да је закон донет апсолутном већином посланика Кнесета, и (б) да изричито одређује да производи правно дејство упркос супротних одредаба Основног закона. Такав закон престаје да важи аутоматски истеком рока од четири године, ако у њему није предвиђен краћи рок важења. Одмах по ступању на снагу ове нове верзије Основног закона Слобода занимања, Кнесет је усвојио 1994. године Закон о замрзнутом месу (с овом „упркос клаузулом“), којим је забранио увоз меса без сертификата да је месо кошер.

Ова клаузула уграђена је у израелски правни систем према моделу сличне клаузуле предвиђене у канадској Повељи о правима и слободама. Наравно, између канадске и израелске клаузуле постоје одређене сличности и разлике. У канадском праву ова клаузула важи пет година и може бити обновљена, што у израелском праву није случај.¹³

III

Два израелска основна закона о људским правима не наводе изричито сва основна људска права и слободе која су садржана у уставима модерних демократских држава и у међународноправним уговорима о људским правима и слободама, као што су пактови о грађанским и политичким правима односно економским и социјал-

¹³ D. Kretzmer (1988), 148.

ним правима из 1966. године и Европска конвенцији о заштити људских права и основних слобода из 1950. године. То одсуство изричитог навођења одређених људских права и слобода није случајно. Поставља се питање како би извесна од тих права, посебно слобода религије и савести и право на једнакост пред законом, утицали на религијски мотивисано законодавство. Познато је да у Израелу не постоји институција цивилног брака и развода, као и да су религијске норме (јеврејског и исламског права) које примењују рабински и исламски судови у извесној мери дискриминаторни према женама. Стога, основано се поставља питање која су од основних права и слобода заштићена у израелском правном систему.

Нема сумње да је обим заштићених основних права и слобода у Израелу шири од изричито наведених права у два основна закона о људским правима. Основни закон Слобода занимања штити само једно право – право сваког држављанина или лица с пребивалиштем у Израелу да се ангажује у било ком занимању, професији или трговини.

Други Основни закон Људско достојанство и слобода садржи одређени број изричито наведених права и слобода, као и права и слободе прећутно обухваћене појмовима људског достојанства и слободе. Овај Основни закон укључује следећа основна права: право на живот, телесни интегритет, достојанство и заштиту интереса повезаних с овим основним правима (секције 2. и 4); право својине (секција 3); право на слободу појединаца (секција 5); право да се напусти и врати у земљу (секција 6) и право на приватност и лично уверење (секција 7). Сем наведених основних права, Основни закон Људско достојанство и слобода несумњиво обухвата и друга права као неизоставни саставни део наведених основних права и слобода. Таква су следећа права: забрана ропства, положаја сличног ропству и принудног рада; забрана нечовечног или понижавајућег поступања, кажњавања, подвргавања медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка – право на људско достојанство несумњиво обухвата наведена права. Велики проблем који се поставља пред израелску правну науку и судство јесте питање да ли појам људског достојанства обухвата и права једнакости, слободу религије и слободу изражавања, која намерно нису изричито наведена у Основном закону Људско достојанство и слобода.¹⁴

Арон Барак, бивши председник Врховног суда Израела, и одређени број судија тог Суда изјаснили су се у судским одлукама које су донели – а Барак и у многим објављеним научним расправама – да су једнакост и слобода изражавања обухваћени „кишобраном људс-

¹⁴ D. Kretzmer (1996), 149; A. Barak, *Interpretation in Law*, New Jerusalem, 1994, 149.

ког достојанства“.¹⁵ Ово широко гледиште о појму људског достојанства ојачано је амандманом на Основни закон Људско достојанство и слобода, уведеним новом верзијом Основног закона Слобода занимања из 1994. године. Секција 1. оба основна закона о људским правима сада гласи: „Основна људска права у Израелу утемељена су на вредностима људске личности, светости људског живота и на начелу да су сва лица слободна. Ова права оствариваће се у духу начела успостављених Декларацијом о установљењу државе Израел“.

Начела садржана у Декларацији о установљењу државе Израел укључују потпуну једнакост политичких и социјалних права без обзира на расу, религију или пол, као и слободу религије и савести. Тумачење одредаба основних закона о људским правима у духу ових начела из Декларације о установљењу државе Израел несумњиво сврстава, као што сматра Арон Барак, једнакост, слободу религије и слободу изражавања под појам људског достојанства.

С друге стране, како је на то указао проф. Крецмер (*Kretzmer*), структура основних закона о људским правима који изричито наводе одређена основна права, а друга не, као и јасна политичка намера да се одређена основна права не конституционализују, показује да су постављене одређене границе овом широком поимању људског достојанства. Оно што ће бити задатак *common law* (*case law*) Врховног суда, јесте да спречи тежа огрешења о ненаведена основна права – а не да укључи сва непоменута права у појам људског достојанства.¹⁶

Већина основних људских права нису апсолутна. Та права могу бити у сукобу с другим основним правима или важним друштвеним интересима, као што су безбедност државе и угрожавање јавног поретка. Израелски основни закони о људским правима постављају општи тест уравнотежавања могућег сукоба основних права међусобно или с важним друштвеним интересима. Тај тест се примењује у свим случајевима у којима се постављају ограничења у односу на одређена основна права и слободе. У том погледу, израелски закони следе канадски модел, а не амерички или модел прихваћен у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода.

У израелским основним законима о људским правима, основна права су дефинисана на апсолутан начин, с тим што је предвиђен општи уравнотежавајући тест који се примењује на све случајеве. Тај тест је садржан у секцији 8. Основног закона Људско достојанство и слобода: „Права према овом Основном закону неће бити пов-

¹⁵ *Re'em Engineers Ltd v. Municipality of Nazareth Elite* (1992) 47 PD (5) 189, 201; *Dayan v. Commander of Jerusalem Police* (1993) 48 PD 456, 468.

¹⁶ D. Kretzmer, (1996), 150.

ређена осим законом у складу с вредностима државе Израел и усмерених према достојном циљу, и тада само до степена који не прекорачује неопходно, или уредбом донетом на основу изричитог овлашћења у том закону“.

Доста проблема у тумачењу ове секције 8. Основног закона изазвале су речи „вредности државе Израел“. Нема сумње да овај израз мора бити повезан са секцијом 1а. Основног закона Људско достојанство и слобода, у којој се наводи израз „вредности државе Израел као јеврејске и демократске државе.“ Израелски уставни ситем је утемељен на два основна начела – да је држава демократска и јеврејска.

Значење израза јеврејска држава различито се схватало. Према минималистичком схватању, јеврејски карактер државе проистиче из признатог права сваком Јеврејину у свету да стекне држављанство Израела и да се у њему настани. Према широј концепцији се захтевају и друга обележја државе, чак се инсистира на њеном месијанском карактеру. Проблем није био решен ни усвајањем амандмана на Основни закон Кнесет из 1985. године. Према секцији 7а. овог Основног закона, изборна листа не може бити прихваћена у изборима за Кнесет ако својим циљевима или активностима, изричито или прећутно, „негира државу Израел као државу јеврејског народа“. У издвојеном мишљењу у случају *Ben-Shalom v. Central Elections Committee for the Twelfth Knesset*,¹⁷ судија Дов Левин (*Dov Levin*) заузео је став да листу која захтева потпуну једнакост Јевреја и Арапа, као група и појединаца, треба искључити према секцији 7а. Основног закона Кнесет.

Кад се израз „јеврејска и демократска држава“ из секције 7а. Основног закона Кнесет повеже са секцијом 1а. Основног закона Људско достојанство и слобода и са секцијом 2. Основног закона Слобода занимања, постаје јасно да мора бити успостављена синтеза између ова два начела. Свака концепција о јеврејској држави која није истовремено и демократска мора бити одбачена.¹⁸ Према Бараковом мишљењу, ционизам није утемељен на дискриминацији између Јевреја и Арапа. Ционизам види Израел као национални дом Јевреја, али се ционизам заснива на негацији расизма и на концепцији једнакости. Наравно, указао је Барак, то никако не значи да „треба жртвовати државу на олтар индивидуалних основних права. Устав није пропис за национално самоубиство, а посао је судије да оствари деликатну равнотежу између заједнице и појединца, између потреба народа и права појединаца“.¹⁹

¹⁷ *Ben-Shalom v. Central Elections Committee for the Twelfth Knesset*, 1989, 43(4) PD 221.

¹⁸ A. Barak (2002), 5–6.

¹⁹ A. Barak (2002), 13–14.

Делотворности заштите основних људских права и слобода у Израелу допринело је прихватање *actio popularis* у овој области, као права на покретање поступка ради заштите начела владавине права и када не постоји непосредни лични интерес, као и ограничавање на минимум доктрине неутуживости (*non-justiciability*),²⁰ што значи редковање броја ситуација у којима се не може покренути поступак за оцену правне ваљаности одређених радњи или аката.

Budimir Košutić, PhD

Full Professor,
University of Belgrade Faculty of Law

PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE LEGAL SYSTEM OF ISRAEL

Summary

From the very beginning, Israel has been a democracy under siege. For the first forty-five years of its existence, Israel lived without a written constitution or any other written statement of the basic rights and freedoms of its citizens. The task of safeguarding the basic rights and freedoms in Israel was left to the courts.

The *Kol Ha'am* decision was an inspiration for the construction of Israeli human rights case law on the broadest possible base of normative sources, such as the basic principles of equality, liberty and justice, the American constitutional case law, the principles of Jewish law and tradition and the Universal Declaration of Human Rights.

The two basic laws enacted in 1992 arose from the understanding that the enactment of a general Bill of Rights might not be the most appropriate choice for Israel, and that it would be wiser to pass a bill that deals only with the rights that are considered to be less politically controversial.

The first basic law on civil rights that was passed in Israel deals with the freedom of occupation, *i.e.* the freedom to follow the vocation of one-choosing. The second law deals with a whole range of rights under the general rubric of human dignity and liberty.

²⁰ *Ressler v. Minister of Defence*, H.C. 910/86 [42(2)] PD 441 (1988).

The Supreme Court of Israel held that the Basic Laws represent the supreme law of the State of Israel and that the judicial review of the legislation shall be performed in the light of the Basic Laws.

Key words: *Jewish state. – Israeli common law. – Basic laws on human rights. – Principle of continuity. – Status quo principle.*

Др Небојша Јовановић

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ПОЈАМ УГОВОРА У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ*

Многи правници су у заблуди кад мисле да сваки споразум о поштеном послу јесте уговор и да ужива правну заштиту у сваком правном систему. Споразум који један правни систем признаје за уговор, други може да не признаје, те да му не пружа правну заштиту. Српска лица, углавном компаније, често прихватају страно право, као меродавно, у својим спољнотрговинским уговорима, не схватајући последице различитости правног режима тих права у односу на домаће право. Циљ овог чланка је да се објасни појам уговора у енглеском и другим правима common law система, као и да се укаже на његове битне разлике у односу на српско право. У основи англосаксонског појма уговора лежи теорија притивчинида (Doctrine of Consideration), која га битно сужава у односу на српско схватање. Она се међу српским правницима често погрешно схвата као теорија о каузи, схваћеној на енглески начин. У чланку се због тога даје појам уговора у англосаксонском праву, објашњава теорија противчинида, садржина противчинида, њена примена у једностраним, двостраним, добротним и привидним уговорима, као и улога намере и теорије естопела (Doctrine of Estoppel). Уједно се указује на основне разлике између енглеског и америчког права у вези с појмом уговора. У закључку се пореди противчинида англосаксонског права са сличним појмовима српског уговорног права. Чланак даје приказе многих преседана из енглеске и америчке судске праксе.

Кључне речи: Уговор. – Противчинида. – Consideration. – Естопел. – Кауза.

1. УВОД

У свим земљама је уговор споразум (договор, сагласност воља) најмање два лица, којим пристају да предузму одређене радње, или,

* Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти).*

што је ређе, да се од њих уздрже. Српски народ каже: „Во се држи за рогове, а човек за реч“. То значи да је морално да се обећања, која леже у основи споразума, испуњавају како су дата. Ако се обећање не испуни, постоје бројне мере санкционисања његовог даваоца, укључујући и правне мере принуде. Ни у једној земљи, међутим, не уживају правну заштиту сви споразуми односно сва обећања, јер су правом из ње искључене неке њихове врсте. Разлози искључења су разни, као што су уздржавање државе од мешања у породичне или пријатељске односе (на пример, свакодневни брачни договори, договор о изласку у позориште), неозбиљност појединих споразума (на пример, малолетника, пијанаца) или њихова противност основним вредностима друштва у одређеној земљи (на пример, да се неко убије или покраде). Отуда је правни појам уговора ужи од социолошког, јер право пружа заштиту само споразумима који испуњавају правне услове за уговор. Зависно од система вредности који се прихвата, свако национално право ствара „свој“ појам уговора. Он се донекле разликује од појма у осталим националним правима, јер не пружа заштиту неким споразумима, којим је друго национално право пружа и обратно.

У време подвојености света на грађанске и социјалистичке државе, ова разлика је била уочљива. Социјалистичке земље су ускраћивале правну заштиту споразумима који су угрожавали повлашћеност државне (друштвене) својине и колективистичке интересе њихових друштава, док су грађанске државе санкционисале неповредивост приватне својине. Слично тој подвојености која данас нестаје, постоји подвојеност између схватања уговора у англо-америчком систему права („систем општег права“, *common law*) и континентално-европском систему („систем грађанског права“, континентално право, *civil law*), која опстаје.¹ Бројне су заблуде међу српским правницима о уговорима у систему општег права, које могу да изазову озбиљне штете домаћим лицима. Штете су нарочито могуће у спољ-

¹ Англо-амерички правни систем се у Србији назива и англосаксонским. Оба израза се у свету сматрају застарелим, јер се тај систем углавном зове „систем општег права“ (*common law system*). Придев „општи“ је овај правни систем добио због вишевековног настојања „краљевских судова“ (*Royal Courts*) у Енглеској (почев од XV века), да наметну својим пресудама једно опште право једнако примењиво на сва лица у тој земљи. Краљевски судови су били подређени краљу, као централној власти, те су тиме потискивали постојеће шаролико и расцепкано право, које су у то време стварали бројни судови у тој земљи (судови племића, цехова, гилди и др.), а које је ометало слободу трговине, која се у то време нагло развијала. Због таквог настојања названи су и судовима општег права (*common law courts*). Енглеска је освајањем колонија своје право проширила и на њих, тако да се оно данас примењује у великом броју земаља, које насељава скоро две милијарде становника. Оно се није битно изменило ни након ослобођења колонија (на пример, САД, Канада, Јужна Африка, Индија, Аустралија, Нови Зеланд, Хонконг). В. Е. Edward, *The Anglo-American Law of Contracts*, L. G. D. J. – Jupiter, Paris 2001, 16.

нотровинским уговорима, у којим се предвиди примена неког англо-америчког националног права (на пример, енглеског) као меродавног, што српски привредници често олако прихватају, иако имају врло слабу представу о њему.²

2. ДЕФИНИЦИЈА

На први поглед, у систему општег права уговор се схвата као у српском праву. У њему је уговор „споразум који је правом признат или заштићен, стварајући права или обавезе за своје стране“.³ Ова дефиниција је слична српским уобичајеним дефиницијама уговора. Тако је, по Јакову Радишићу, уговор размена сагласних изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни (облигациони) однос.⁴ „Сагласност воља“ у српским дефиницијама је, у ствари, „споразум“ у *common law* дефиницијама, а „правни однос“ у српским дефиницијама су „права и обавезе“ уго-

² Један од разлога незнања и заблуда српских правника о систему општег права, поред површности и невољности практичара за удубљивање у проблеме, је малобројност научних радова на тему поређења овог и континенталног правног система у Србији. Један од ређих је чланак О. Становјевића „Римско и англосаксонско схватање својине“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 5–6/1972, 843–857.

³ G. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford Univeristy Press, Oxford 2004, 1; слично Е. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave, Basingstoke 2007, 3–6. Дефиницију уговора најближу схватању српских правника даје Денис Кинен (*Keenan Denis*), који каже да је уговор споразум између два или више лица да нешто чине или да се уздрже од чињења, који је по праву утужив, под условом да имају намеру стварања правног односа, а не само међусобне размене обећања (*Law for Business*, Person Education Ltd., Harlow 2006, 85). Амерички писци дефинишу уговор слично енглеским, али често наглашавају састојак обећања у уговору, јер је он наглашен у Другом преуређењу уговора (*Restatement of Contracts, Second*, даље: *Restatement Second*), које је израдио Амерички правни институт (*American Law Institut*) 1932. године, као зборник правила уговорног права, а изменио га 1960. године. Иако га није изгласао Конгрес, те није формални извор права, *Restatement Second* има велики утицај у судској пракси, јер се судови често позивају на његова правила у тумачењу права при решавању спорова. По том зборнику „уговор је обећање или скуп обећања, чија повреда даје право на заштиту, или чије испуњење право признаје као обавезу“ (чл. 1). Иначе, главни извор уговорног права у САД је, поред судске праксе, Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code*) из 1962. године, којег су прихватили законодавни органи већине њених чланица. У Енглеској је главни извор уговорног права судска пракса, с тим што има и доста закона, од којих су најважнији Закон о продаји робе из 1979. године (*Sales of Goods Act*), Закон о снабдевању робом и услугама из 1982. године (*Supply of Goods and Services Act*), Закон о уговорним правима трећих лица из 1999. године (*Contracts /Rights of Third Parties/ Act*) и Закон о потрошачком кредиту из 2006. године (*Consumer Credit Act*).

⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 70; слично С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981, 151.

ворника у англосаксонским дефиницијама. Међутим, битна разлика између српског и *common law* схватања уговора је у врсти споразума, који ужива заштиту објективног права. Систем општег права као уговоре признаје и штити само споразуме, којим се *сваки* уговорник обавезује на одређену чинидбу (радњу). Отуда, споразуми којим се само једна страна обавезује да предузме одређену радњу, а друга не, нису уговори и не уживају правну заштиту (на пример, поклон). То је уже схватање од нашег права, где сваки споразум, којим се макар једна страна обавезује да предузме правно допуштену радњу, јесте уговор и тиме је правно заштићен. То практично значи да енглеско и друга англо-америчка права за уговоре признају само споразуме у којим се свака страна обавезује да изврши неку чинидбу (да пружи накнаду, противчинидбу, узвратну радњу) за корист, коју од друге прима. Условно речено, „опште право“ за уговоре признаје само споразуме, који се у српском праву сматрају двостраним и теретним, јер стварају обавезе за обе стране. Једнострано обавезни споразуми, који стварају обавезе само за једну страну, нису уговори у „општем праву“, док у српском јесу.

Алан Фарнсворт (*Allan Farnsworth*), уважени амерички професор права, истиче да право поставља два ограничења, којим се сужава правни појам уговора у односу на споразум (обећање).⁵ Прво, уговор се ограничава само на обећање које је по праву пуноважно, што начелно значи да мора да има за предмет *размену* вредности између уговорника. Друго, уговор је ограничен само на обећања која се одnose само на *будуће* понашање (радње) уговорника. Готовинска продаја (плаћање цене за ствар коју купац истовремено узима од продавца) или трампа (истовремена размена ствари) не садржи обећање будуће радње, јер ју је сваки уговорник већ извршио, те није ни уговор. За разлику од тога, правне радње готовинске продаје и размене, у српском праву несумњиво јесу уговори и уживају правну заштиту (на пример, за случај правних или физичких мана испуњења).

3. ТЕОРИЈА ПРОТИВЧИНИДБЕ

О чему се заправо ради у *common law* схватању уговора? Ради се о примени „теорије противчинидбе (накнаде, узвратне радње; *Doctrine of Consideration*)“, која се у српској правној науци углавном погрешно схвата. Српски правници противчинидбу (*consideration*), која је у енглеском праву услов за утуживост права по основу споразума, најчешће изједначавају са каузом.⁶ Противчинидба у англосак-

⁵ A. Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers Inc., New York 1999, 3–5.

⁶ По Закону о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, свака уговорна обавеза мора да има допуштен основ (тј. каузу), иначе је

сонском уговорном праву није кауза (разлог) уговора српског права, јер англосаксонско право не поставља каузу као услов настанка и пуноважности уговора, као што то чини српско право, пошто то у англосаксонском праву није битно.⁷ У англосаксонском праву је за постојање и пуноважност уговора битно само да ли једна страна у споразуму обећава неку противчинидбу другој страни, за корист коју од ње прима. Та противчинидба је услов настанка и пуноважности уговора, јер споразум није уговор ако не предвиђа чинидбу (противчинидбу) за обе стране, у ком случају није правно заштићен. То значи да стране у таквом споразуму не могу судским путем да остваре своје захтеве из њега.

Противчинидба или накнада у систему општег права може да буде било која радња, која није забрањена објективним правом.⁸ Та радња у сваком случају мора да представља или *корист*, коју један уговорник даје другом за корист коју од њега прима, или *терет* (губитак, непријатност), који сноси за корист коју од другог уговорника по уговору прима.⁹ Небитно је да ли је противчинидба једног уговорника циљ (разлог) због којег други са њим закључује уговор. Отуда је уговор пуноважан (обавезујући) и кад уговорник противчинидбом другог не постиже било какав циљ (значи, кад његова обавеза нема каузу) или постиже различит циљ од оног који, по општем мишљењу, по основу ње треба да постигне.¹⁰ Свакако, међутим, да радње које су уговорници обећали да учине у споразуму не смеју да буду забрањене, као и што мора да буду одређене или бар одредиве и могуће, као што то српско право тражи за каузу и предмет уговорних обавеза.¹¹

уговор ништав (чл. 51–53). Код добротних уговора основ обавезе добротничитеља је његова намера даривања (*intentio liberalis*). О каузи в. С. Перовић, 323–338; Ј. Радишић, 84–86. О поређењу и упрошћеном изједначавању каузе и *consideration* в. О. Антић, „Кауза“, *Правни живот* 10/2005, 840–844.

⁷ Ово је преовлађујуће мишљење енглеских правника, јер има и мишљења (на пример, *Atiyah*, 1986), по којим теорија противчинидбе служи судовима само као изговор да оспоре утуживост обавезе из уговора, за коју оцене да нема оправданог разлога да ужива правну заштиту у случају да немају други јаснији правни основ за одбијање захтева. Ово мањинско мишљење, у ствари, се приближава изједначавању каузе уговорне обавезе континенталног права са противчинидбом енглеског права, в. E. McKendrick, 86.

⁸ A. Farnsworth, 47.

⁹ J. Cartwright, *Contract Law – An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford 2007, 118–129; *Chitty on Contracts*, I (ed. H. G. Beale), Sweet & Maxwell, London 2004, 215–219, 224–225, 229–233; G. Treitel, 29–35; E. Errante, 62.

¹⁰ Рецимо, уговор у енглеском праву постоји и кад један уговорник обећа другом лицу 1.000 фунти, ако се за Божић окупа на плажи Брајтона, иако, објективно гледано, нема никакву корист од саговорничковог купања, те тиме нема ни каузу за своју обавезу.

¹¹ G. Treitel, *Chitty on Contracts I*, 218.

Да би српски правници схватили значај противчинидбе, као услова за настанак уговора у енглеском праву, најбоље је да се укаже на пресуду у парници *Combe v. Combe* (1950).¹²

Комбови су се венчали 1915. године, а растали се 1939. Суд је отпочео поступак развода фебруара 1943. године на захтев супруге. Истог месеца супруг је током бракоразводне парнице, преко својих адвоката, понудио у писменој форми да плаћа на име издржавања бившој супрузи 100 фунти годишње нето (без пореза на доходак). Он је био обавезан да јој плаћа издржавање по тадашњем закону Британије, иако је она годишње имала приходе између 700 и 800, а он само 650 фунти. Супруга је његову понуду прихватила, те у бракоразводној парници није истакла захтев за издржавање. Никакво писмено одрицање од захтева за издржавање није потписала, већ се поуздала у писмено обећање супруга. Одлука суда о разводу брака постала је правноснажна неколико месеци касније. Након тога, адвокати госпође Комб су писмено опоменули г. Комба да је дужан да накнаду за издржавање плаћа тромесечно у једнаким оброцима у означене датуме. Г. Комб им је одговорио да у свом писменом обећању није одредио да ли ће годишњу накнаду за издржавање да плаћа једнократно или у оброцима, те да тренутно нема новца. Након тога је ниједном није платио, иако га је г-ђа Комб више пута опомињала. Коначно је јула 1950. године, након више од шест година од правноснажности развода, поднела тужбу да јој се плате неисплаћене накнаде у износу од 675 фунти.

У насталој парници, првостепени суд је одбио тужбени захтев за износ од 75 фунти, јер је био застарео, док га је у преосталом делу усвојио.¹³ По жалби туженика, другостепени суд је одбио у целости тужбени захтев, уз образложење да никакав уговор о издржавању између парничних странака није закључен, а да је тужиљино право на издржавање престало правноснажним окончањем бракоразводне парнице, због тога што пре њеног окончања није поднела захтев за издржавање. По схватању енглеског суда, уговор није био закључен, јер се г-ђа Комб није обавезала ни на какву противчинидбу свом бившем супругу за примање издржавања, чак ни на то да се, за узврат, одриче тужбеног захтева за издржавање, што је нужан услов за постојање неформалног уговора. Да се у бракоразводној парници одрекла од захтева за издржавање, дала би противчинидбу, те би уговор био утужив. Осим тога, како уговор није сачинила у посебно прописаној форми (*deed*), њен супруг правно није обавезан ишта да плати, јер је његово писмено обећање неутуживо. Да је такав писмени уговор са-

¹² В. (1951) King's Bench Division (K.B.) 215

¹³ Рок застарелости овог протраживања у енглеском праву је шест година од доспелости.

чини́ла, бивши муж би био обавезан да плаћа издржавање, иако у уговору није било њене противчинидбе.¹⁴

4. ВРСТЕ ПРОТИВЧИНИДБЕ

Чинидбе на које се уговорници обавезују могу да буду било које радње које правом нису забрањене. Те радње могу да буду позитивне (на пример, давање или чињење) или негативне (пропуштање, уздржавање, трпљење), као и у српском праву. Због тога је пуноважан и уговор којим се давалац противчинидбе обавезе да се одрекне неког права (невршење права, као пропуштање), које по закону има (на пример, права на издржавање), под условом да за узврат добије од друге стране неку корист (на пример, новац, кућу или другу накнаду). Противчинидба не мора да се састоји само у давању материјалне вредности, већ може да буде и нематеријална (на пример, уздржавање од алкохолних пића за награду), али је нужно да бар за једног уговорника представља неку економску вредност. Уџбенички пример широког схватања противчинидбе је спор *Hamer v. Sidway* (САД, 1891).¹⁵

Вилијам Стори је марта 1869. године био гост на златној свадби (50 година од венчања) родитеља свог истоименог сестрића, тада петнаестогодишњег дечака. У присуству осталих гостију јавно је обећао да ће дечку платити 5.000 долара, ако се буде уздржао од коришћења алкохола и дувана, као и псовања, коцкања картањем и билијаром до 21. године. Сестрић се уздржао од наведених порока, те је након навршене 21. године писао ујаку, тражећи обећану награду. Ујак му је писмено одговорио да је зарадио 5.000 долара, али му их није исплатио, обећавши да ће му ту суму чувати уз камату. Сестрић је пристао, те тужба није поднета до ујакове смрти 12 година касније. У међувремену је сестрић продао (пренео) своје потраживање награде на треће лице, након чега се оно више пута преносило, да би га

¹⁴ У овом случају се радило о очигледно неправедном захтеву супруге, јер је имала довољно сопствених средстава за издржавање. Како је имала веће приходе од супруга, очигледно да јој је захтев био шиканозан. То је био, чини се, главни разлог због којег се суд довијао у одбијању њеног захтева, позивањем на теорију противчинидбе. У супротном, да га је одбио из других разлога (на пример, да супруга има довољно својих средстава, те да јој није потребно мужевљево издржавање), пресуда би му била противправна. За разлику енглеског суда, српски суд у овом спору не би морао да се довија, јер српско право даје право на издржавање само за рад неспособном или незапосленим супругу, који нема довољно својих средстава за издржавање, и то најдуже пет година. Због тога би и наш суд вероватно одбио захтев у овом случају, као неоснован, али из друкчијих разлога него енглески суд. В. чл. 151. и 163. Закона о породици, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

¹⁵ 27 N. E. 256 (N. Y. 1891)

коначно стекао Хамер. Кад је Хамер затражио исплату од Сајдудеја, као извршиоца завештања покојног ујака, овај је то одбио у име наследника. Хамер га је тужио, а Сајдудеј је у одбрани истакао да између сестрића и покојног ујака није било уговора, јер сестрић није обећао противчинидбу ујаку.

У насталој парници првостепени суд је усвојио тужеников приговор и одбио тужбени захтев, али је другостепени суд усвојио захтев и обавезао туженог да плати обећану награду. Другостепени суд је у пресуђењу применио критеријум погодбе (*bargain test*) кроз два питања. Прво, да ли је сестрић *извршио* противчинидбу ујаку. Друго, да ли је та противчинидба обећана и извршена у *замену* за ујаково обећање. На оба питања суд је одговорио потврдно, јер је сматрао да се сестрић уздржавао од порока до своје 21. године, због тога што му је ујак обећао награду. Суд је сматрао да је такво уздржавање било „терет“ за сестрића, јер га је лишило уживања у тим пороцима, који му иначе објективним правом нису били забрањени.¹⁶

Чинидбе уговорника су најчешће *узајамне*, јер се састоје од користи коју сваки уговорник даје другом као накнаду за корист коју од ње прима. Противчинидба се у пракси најчешће састоји у преласку неке вредности из имовине уговорника у имовину сауговорника, као накнада за вредност коју по том уговору добија из сауговорникове имовине. Рецимо, продавчева ствар прелази у имовину купца, а за узврат купчев новац улази у имовину продавца. Због тога се истиче да се теорија противчинидбе заснива на *узајамности* и да нема уговора ако у његовој основи не лежи *погодба* (нагодба, *bargain*) између уговорника. Сауговорници, значи, морају да један другом нешто учине.¹⁷ У америчком праву се каже да противчинидба мора да буде *углављена* (*bargained for*) *погодбом* (*bargain*), тако да сваки уговорник очекује (захтева) радњу другог. Противчинидба је *углављена* („погођена“), кад уговорник захтева неку радњу од сауговорника у замену за радњу коју му је обећао, као што му је сауговорник чини у замену за уговорникову обећану радњу. То значи да мора да се заснива на чину размене вредности између уговорника.¹⁸

Иако се противчинидба најчешће заснива на размени вредности (користи) сауговорника и тиме на *узајамности* њихових обавеза, постоје одступања од *узајамности*, чиме се проширује појам уговора у „општем праву“. Прво, није нужно да оба уговорника приме *корист* (*benefit*), као накнаду за оно што сауговорнику дају. Довољно је

¹⁶ A. Farnsworth, 48; E. Erante, 80.

¹⁷ G. Treitel, 29; R. Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, London 2004, 68.

¹⁸ A. Farnsworth, 45.

и да један уговорник другом учини корист, а да од њега не прими било какву корист, под условом да сауговорник сноси неки *терет* (губитак, *detriment*). Рецимо, уговор постоји и кад сауговорник пристане да преспава ноћу сам у пећини за накнаду од другог уговорника (сауговорника), јер се сматра да је такво ноћење његова ваљана противчинидба (терет), иако никакву вредност давалац накнаде (сауговорник) не прима за узврат од њега. Друго, уговорник не мора да се обавезе на противчинидбу сауговорнику, већ може да се обавезе и да чинидбу учини у корист трећег лица. То је случај кад, на пример, отац, као уговорник, плати мајстору, као сауговорнику, да овај ћерки уреди стан.

5. ДВОСТРАНИ И ЈЕДНОСТРАНИ УГОВОРИ

„Опште право“ разликује двостране и једностране уговоре, због тога што противчинидба може да буде или корист, коју њен давалац чини сауговорнику, или губитак (терет) за њега. Двостран уговор (*bilateral contract*) је такав који ствара обавезе на чинидбу за обе стране (на пример, купопродаја, закуп, залога). Једнострани уговор (*unilateral contract*) ствара обавезу само за једну страну (*promisor*, давалац обећања) да другом учини неку корист (на пример, плати награду), ако овај сноси неки терет (*promisee*, прималац обећања). То је, на пример, случај кад отац обећа бицикл сину, ако постигне одличан успех у школовању. Овакво обећање обавезује његовог даваоца, али не и примаоца, јер он не мора да испуни услов, који му је давалац поставио. И кад је прихватио услов, у сваком тренутку може да одустане од њега, а давалац не може судским путем да га натера на његово испуњење. Једина санкција коју прималац обећања трпи кад прекрши своје обећање, јесте губитак права на корист, која му је обећана. Ова подела уговора слична је нашој подели на двострано обавезне и једнострано обавезне уговоре, али је ипак различита. У српском праву двострано обавезан уговор ствара обавезе за оба уговорника (на пример, купопродаја), док једнострано обавезан уговор ствара обавезу само за једног, а право за другог (на пример, послуга, поклон, улог на штедњу). У „општем праву“, међутим, једностани уговори нису исто што и једнострано обавезни уговори у српском праву. Они су у српском праву, у ствари, једностране изјаве воље (једнострани правни послови), као посебан извор облигација. „Опште право“ не познаје једностране правне послове као изворе облигација, јер у њима види само уговоре између даваоца и примаоца обећања, те их сврстава у једностране уговоре. Отуда су јавно обећање награде или менични послови, као једнострани правни пос-

лови српског права, у „општем праву“ уговори, и то једнострани.¹⁹ Једностране изјаве воље које не могу да се сврстају у једностране уговоре нису обавезујуће за изјавиоца, који у сваком часу може да од њих одустане, док на њих неко лице не пристане (на пример, понуда за закључење уговора, конкурс). Типичан израз овог схватања је преседан у парници *Carlill v. The Carbolic Smoke Ball Company* (Енглеска, 1892).²⁰

Компанија „Угљена димна лопта“ објавила је у гласнику „Пол мол“ 13. новембра 1891. године оглас следеће садржине: „Компанија ‘Угљена димна лопта’ ће платити 100 фунти накнаде сваком лицу које се разболи од грипа или друге прехладе, након употребе лопте три пута дневно две недеље према приложеном упутству. Код Удружене банке у улици Рицент положено је 1000 фунти, чиме се исказује наша озбиљност у овом питању. Током последње епидемије продато је више хиљада угљене димне лопте, као превентиве овој болести, а ни у једном случају није утврђено да се корисник лопте разболео. Једна угљена димна лопта ће трајати неколико месеци целој породици, због чега је најјефтинији лек на свету, по цени од 10 шилинга, без плаћања поштарине. Лопта може да се напуни по цени од пет шилинга. Адреса – Компанија ‘Угљена димна лопта’, Принцезина улица 27, Трг Хановер, Лондон“.

Г-ђа Карлил је купила једну лопту, поуздајући се у оглас. Лопту је користила тачно три пута дневно од 20. новембра 1891. до 17. јануара 1892. године, кад је постала грипозна. Након тога је тужила Компанију, тражећи накнаду, како је обећано у огласу. Тужена компанија је оспорила основ тужбеног захтева, истичући два приговора. Први је да није закључила уговор са тужиљом, по којем би била обавезна да јој плати 100 фунти због болести, него само уговор о продаји лопте. Други приговор је да, ако је уговор и закључен, онда је он ништав, јер се ради о опклади или о осигурању. Ако је тај уговор опклада, нишав је, јер је законом забрањен, а ако је осигурање, ништав је, јер није закључен у складу са прописима, као и што је противан јавном поретку, пошто туженик није осигуравајуће друштво. Суд је оба приговора одбио, усвојивши тужбени захтев у целости. Сматрао је да се не ради о опклади, нити о осигурању, те да је туженик дужан да савесном лицу исплати огласом обећану накнаду. Одлуку је образложио да је тужилца закључила једностран уговор са тужеником о исплати накнаде оног часа кад се разболела, иако је користила лопту према упутству.²¹

¹⁹ G. Treitel, 18; 29–35; J. Cartwright, 119–129; A. Farnsworth, 47.

²⁰ B. (1892) Queen’s Bench (Q.B.) 484, 492.

²¹ Српски суд би вероватно у овом случају донео исту пресуду, али је не би засновао на уговору, већ на јавном обећању накнаде, као извору облигација.

6. УСЛОВИ

Да би уговор у енглеском и другим англо-америчким правима био пуноважан није довољно да је противчинидба допуштена, одређива и могућа, као што наше право захтева за основ обавезе или њен предмет, већ мора да испуни и четири додатна услова. Њима се још више сужава појам уговора у англо-америчком праву у односу на наше.

Први услов је да уговор *не сме* да се односи на *радњу из прошлости*, односно на радњу која је извршена пре закључења уговора. То значи да лице које је своју радњу извршило у корист другог, не може његовим накнадним пристанком да добије за њу накнаду. Једно лице је, рецимо, помогло другом, тако што му је својим аутом одвукло ауто до мајстора, који му се покварио на путу. Ако након поправке аута помогнуто лице обећа помагачу да ће му платити награду од 100 фунти за тегљење и пружену помоћ, по „општем праву“ између њих нема никаквог уговора, иако по нашем њега има, под условом да помагач пристане на награду. По *common law* схватању, обећање помогнутог лица се односи на радњу која је извршена пре давања његовог обећања помагачу, те га оно не обавезује, нити помагач овлашћује на тужбу за награду, јер се сматра да већ извршено тегљење није ваљана протичинидба за награду. Ипак, ако помагач пре окончања тегљења (на пример, пре откачињања ужета) затражи од помогнутог неку накнаду, а овај на то касније пристане, сматра се да су закључили пуноважан уговор, јер је бар једна страна дала понуду за уговор, пре него што је коначно извршила своју чинидбу. Значи, да би уговор био пуноважан у „општем праву“, уговорници морају да изврше своје чинидбе у часу његовог закључења или након тога, било да то учине истовремено или у различито време.²² Наше право не поставља никакве сметње за закључење уговора након обављања радње једног лица у корист другог. Због тога је допуштено да неко учини корист другом, за корист коју је од њега раније примио, ако овај на то пристане.

Од услова да се обећања у уговору смеју да односе само на будуће радње, постоје изузеци, у којим је уговор пуноважан иако се односи на радњу која је већ извршена у часу давања обећања неког од уговорника односно на радњу из прошлости. У САД се ти изузеци свode на накнадно признавање обећања испуњавања ранијих *моралних* обавеза. Три су основна случаја моралних обавеза из прошлости: 1) кад дужник обећа да испуни своју *застарелу* обавезу, 2) кад *стечајни* дужник обећа након окончања стечаја (на пример, опстао услед реорганизације) да испуни своје обавезе, које су му отпуштене у сте-

²² J. Cartwright, 124; G. Treitel, 34–35; A. Farnsworth, 54.

чају и 3) кад дужник у *рушљивом* уговору новим обећањем прихвати да испуни своју чинидбу, под условом да је ново обећање пуноважно по објективном праву (на пример, кад малолетник по стицању пунолетства прихвати да испуни обавезу из уговора закљученог за време малолетства). Судска пракса је колебљива у признавању општег изузимања моралних обавеза од услова да узвратна чинидба мора да буде будућа, да би уговор био утужив.²³ У неким споровима одбија увођење нових изузетака из разлога моралности (правичности), а у другим их уводи, чиме ствара правну несигурност.

У парници *Mills v. Wyman* (1825) амерички суд је одбио захтев примаоца обећања.²⁴

Милс је неговао Вајмановог двадесетпетогодишњег сина неколико недеља, кад се овај разболео пошто се вратио са неког поморског путовања. Вајман није имао никакву обавезу према Милсу у вези неге његовог одраслог сина, али је Милсу писмом обећао, из захвалности за доброчинство, да му надокнади трошкове неге. Кад је касније одбио да му их накнади, Милс га је тужио. Врховни суд Масачусетса је одбио његов захтев као неутужив, иако је тужени отац имао моралну обавезу. Сматрао је да се изузеци од услова да чинидба мора да буде будућа не могу проширивати изван наведена три случаја, те да у овом спору није било уговора између парничара.

У парници *Webb v. McGowin* (САД, 1935), која је била готово истог чињеничног стања као парница Милса против Вајмана, суд је усвојио тужиочев захтев.²⁵

Веб је херојским чином спасао живот Мекгауну, али се тешко повредио, оставши доживотни богаљ. Мекгаун је из захвалности усмено обећао да ће плаћати 15 долара сваке две недеље Вебу до краја Вебовог живота, иако га право на то није обавезивало. Обећање је испуњавао осам година, кад је умро, након чега су извршиоци његовог завештања одбили даље плаћање. Суд је усвојио Вебов захтев, сматрајући да је Мекгаун „поштовао споразум све до своје смрти. Пошто је Мекгаун примио материјалну корист од Веба, као примаоца његовог обећања о исплати, био је морално обавезан да му плаћа некада за учињену услугу“.

Да би се унела правна сигурност у питање пуноважности моралних обавеза, Американци су у *Restatement Second* (одсек 80) предвидели опште правило, по коме је „обавезујуће обећање којим његов давалац признаје да је раније примио корист од примаоца обећања, и то у мери потребној да се спречи неправда“. Ипак, при-

²³ A. Farnsworth, 54–60.

²⁴ 20 Mass (3 Pick) 207, 209–210 (1825).

²⁵ IGS So. 196–198 (Ala. App. 1935).

знање раније примљене користи није обавезујуће, ако је давалац обећања корист примио на поклон од примаоца, или по другом основу који га не чини неосновано обогатеним. Најзад, обећање чинидбе за ранију корист коју је давалац обећања примио није обавезујуће, ако је она несразмерно већа од користи коју је примио од примаоца обећања.²⁶

Други додатан услов пуноважности уговора „општег права“, који не познаје српско право, је да противчинидбу мора да *изврши саговорник*, а не треће лице. Отуда, споразум по којем се један уговорник обавезује другом да му плати неку накнаду, ако треће лице учини неку радњу, није уговор и не обавезује даваоца обећања, јер његов саговорник не дугује било какву противчинидбу. Међутим, кад уговорник обећа награду саговорнику, ако овај подстакне треће лице да учини нешто у корист уговорника, онда је саговорникова радња подстицања трећег довољна противчинидба, да се сматра да је са даваоцем обећања (уговорником) закључио пуноважан уговор. Ово је случај са заступањем или посредовањем, где налогодавац обећава заступнику награду (на пример, провизију од 5%), ако овај наведе треће лице да са њим закључи уговор.²⁷ Наше право не предвиђа овакву сметњу за уговор.

Трећи услов је да противчинидба *не сме* да буде радња, на коју је саговорник *иначе обавезан* по закону или неком уговору према уговорнику. Тад се сматра да нема уговора, јер се таквим уговором само потврђује постојећа обавеза саговорника, што је бесмислено. Међутим, ако саговорник пристане да изврши додатну чинидбу, поред већ постојеће на коју је обавезан, за накнаду од уговорника, сматра се да је такав уговор пуноважан. То је, рецимо, случај кад се грађевинар обавезе наручиоцу радова да их заврши пре уговореног рока, али уз услов да му наручилац плати вишу цену.²⁸

Последњи додатни услов је да саговорникова противчинидба мора да има неку *економску вредност* за уговорника. Она мора на неки начин да буде економски вреднована, иако не мора да се састоји у исплати новца. Ако саговорникова противчинидба има чисто моралну вредност за уговорника, онда њихов споразум није правно обавезујући, јер није уговор. Међутим, за разлику од нашег права, које води рачуна о начелу еквиваленције у двостраним и теретним уговорима, у „општем праву“ се о томе не води рачуна. Отуда чинидба уговорника и протичинидба његовог саговорника не мора да су ни приближно једнако вредне. Протичинидба може бити и симбличне вредности у односу на чинидбу, па је уговор пуноважан, ако је то давалац чинидбе свес-

²⁶ A. Farnsworth, 60.

²⁷ G. Treitel, 35, 36; E. Errante, 64.

²⁸ J. Cartwright, 125.

но прихватио. Ако, рецимо, једно лице пристане да кола, која тржишно вреде 2.000 фунти, прода пријатељу по цени од 200 фунти (па и мање – на пример, за једну фунту), уговор је пуноважан.²⁹ Ипак, ово правило не сме да се злоупотребљава на штету лица која су у невољи, јер тада „опште право“ допушта оштећенику да тражи поништај уговора по основу „несавесног погађања“ (*unconscionable bargaining*), слично нашем институту прекомерног оштећења.³⁰ У том смислу је познат спор *Fry v. Lane* (Енглеска, 1887).³¹

Џон Браун Фрај, који је умро октобра 1854. године, завештањем је оставио доживотно плодуживање целе имовине супрузи до њене смрти или поновне удаје. Истим завештање је ту имовину оставио у својину деци свог покојног брата Џорџа Фраја, с тим да она могу да уђу у посед имовине по смрти супруге или њене поновне удаје. Услов да његови братићи и братанице наследе имовину био је да исплате два налога (легата) од по 250 фунти њиховим корисницима. Завештањем су били одређени повереници (*trustees*), чија је дужност била да се старају о заоставштини и извршењу оставиоачеве последње воље. Заоставштина се састојала од државних обвезница („конзола“) у номиналној вредности од 823 фунте, својине на фарми код Бристола и закупу куће у Бристолу, при чему је давала укупан приход од 130 фунти годишње. Тестамент је отворен и потврђен четири месеца после смрти оставиоца (јануар 1855). Његова супруга је умрла 31 годину касније (1886), а да се није поново удавала. Иако није морала, сама је исплатила један од два налога, што остали наследници нису знали, чиме је повећала вредност заоставштине. Завештаоцев покојни брат, Џорџ, имао је петоро деце, тако да су његовом смрћу стекла „голу својину“ са петинским уделима у заоставштини до смрти оставиоачеве супруге, јер нису могли да је користе, пошто ју је она настањивала и користила. Сви његови братићи и братичине били су неуки и сиромашни људи. Један од њих, Вилијам, био је водоинсталатер, а други, Џон Браун (млађи), био је перач веша, који је зарађивао само 1 фунту недељно.

Притиснут немаштином Вилијам је свој петински удео заоставштине продао 1878. године (значи, пре смрти своје тетке одосно завештаоцеве супруге) извесном Лејну, по цени од укупно 170 фунти. Уговор је написао и потписао Лејнов адвокат (*solicitor*), по имену Оливер, који је више штитио интересе купца, уместо да буде непристрасан, јер је наплатио хонорар за услугу и Вилијаму. При томе, сазнао је и да је један од два легата извршен, те да продати удео више вреди него што је уговорена цена, али то није рекао Вилијаму. Вилијамов брат Џорџ,

²⁹ J. Cartwright, 121–123.

³⁰ J. Cartwright, 176.

³¹ (1889) Chancery Division (Ch.D.) 312.

најмлађе дете оставиочевог брата, узео је зајам у износу од 200 фунти од извесног Хенрија, при чему му је овај исплатио 156 фунти, а остатак је била камата. Као обезбеђење свог дуга, Џорџ му је заложиио свој удео у заоставштини. Зајам и залагање је извршено уз посредовање адвоката Оливера, као и адвоката Реја и Буша, који су самовласно преузели улогу повереника заоставштине, кад су тестаментом именовани повереници умрли, још пре смрти оставиоцеве супруге. Пошто Џорџ није вратио о доспелости зајам, Хенри је продао његов удео Вајтиту по цени од 270 фунти, намиливши своју тражбину.

Кад је оставиочева супруга умрла 1886. године, суд је продао заоставштину, а приходе задржао у депозиту до окончања оставинског поступка. Заоставштина је продата по цени од чак 4.509 фунти, тако да је по одбитку судских и других трошкова и дажбина у депозиту остало 3.651 фунта. То је значило да би сваком од наследника требало да припадне износ од по 730 фунти. Пошто су се наследници осетили превареним, дошло је до парничења са купцима њихових удела. Туженици су оспорили основе тужбених захтева, тврдећи да нису тужиоце преварили. Тврдили су да ни једном радњом нису изазвали заблуду тужилаца о вредности удела у заоставштини. Напротив, само су се погађали са њима око куповне цене односно износа зајма и камате, а тужиоци нису морали да прихвате понуђене износе. Како нема преваре, ни уговори не могу да буду поништени.

Енглески суд је утврдио да тужиоци нису преварени, те да се по том основу уговори не могу да пониште. Суд је, ипак, сматрао је да су тужиоци, као продавац односно зајмопримац, били неуки људи у великом сиромаштву, а да адвокати, чије су услуге користили, нису штитили њихове интересе, те да нису имали независну стручну помоћ. Пошто су туженици били учени, искусни и имућни људи, који су уз то уживали стручну помоћ правника, суд је закључио да су искористили тежак положај и неукост тужилаца, да би се знатно окористили. Због тога су били несавесни и безобзирни, те је оправдано да се такви уговори пониште, јер су засновани на „несавесном погађању“, као и што је оправдано да се свакој страни врати оно што је од друге стране примила. Суд је обавезао Вилијама да врати Лејну 170 фунти са каматом од дана кад их је примио, а Џорџа да плати Вајтиту 270 фунти. Тако је Вилијаму остало 560, а Џорџу 460 фунти од 760 фунти колико је сваком требало по наслеђу да припадне.

7. ДОБРОЧИНИ УГОВОРИ

Једна од најдрастичнијих последица теорије противчинидбе у англо-америчком уговорном праву је да добротчини споразуми и друга добротчина обећања (*gratuitous promises*), као што су поклон, пос-

луга или бесплатна остава, нису уговори. Они нису уговори, јер прималац добротинства не даје добротинитељу било какву противчинидбу за узврат, што је услов за његову утуживост. Отуда су такви споразуми правно необавезујући и неутуживи, што значи да прималац обећања нема право да тужи његовог даваоца, како би га судски принудио да испуни обећање, ако се предомислио након његовог давања. То, ипак, не значи да људи у земљама система општег права не дају поклоне и да бестеретни послови не могу да буду пуноважни уговори и тиме утуживи. То само значи да поклон не може да буде неформалан (усмен) уговор, јер нема противчинидбе поклонопримца. Да би поклон био обавезујући за поклонодавца нужно је да буде закључен у посебној писменој форми, *deed*.³² Правило да поклон у *deed* форми јесте пуноважан, иако нема поклонопримчеве узвратне чинидбе, важи у Енглеској и већини њених бивших колонија, али не и у САД. У САД ни писмена форма не даје пуноважност и утуживост уговору о поклону.³³

Неутуживост поклона због строге примене теорије противчинидбе очигледна је у пресуди донетој у парници *Dogherty v. Salt* (САД, 1919).³⁴

Чарлс Наполеон Догерти, као дете од осам година, био је са својом старатељком Сузаном Тивиз, у посети код своје тетке Хелене Догерти. Тетка је волела Чарлса, те му је, чувши од његове старатељке да је заиста добро дете које вредно учи, издала сопствену меницу на износ од 3.000 долара. Меница је садржавала клаузулу да је њен издавалац (тетка) примио вредност од имаоца (Чарлса), те да доспева по смрти издаваоца или пре тога. Давши му меницу, тетка је објаснила Чарслу да „не изгуби папир, јер ће једног дана бити вредан“. После теткине смрти старатељка је покушала да наплати меницу из заоставштине у име малог Чарлса, али је то одбила Ема Солт, извршилац теткиног завештања. Старатељка је тужила у име малолетног Чарлса извршитељку завештања, али је суд одбио захтев, уз образложење да Чарлс није обећао нити учинио било шта за узврат покојној тетци, да би заслужио менични износ. Он није пружио противчинидбу ни као сношење терета. Једина штета од одбијања добротинства је разочарање њега, као детета, у поштење и обећања одраслих, што није довољно, јер се не ради о правном терету, у смислу предузимања неке

³² *Deed* постоји кад су испуњена четири услова: 1) на лицу исправе мора да је означено да се ради о тој форми (садржи израз *deed*); 2) исправа мора да садржи састојке уговора (обавезе уговорника); 3) уговорници морају да потпишу исправу; 4) уговорници морају да потпишу исправу у присуству сведока, који својим потписом потврђује да су странке потписале уговор. B. J. Cartwright, 116.

³³ E. Errante, 68; 80.

³⁴ 227 N. Y. 200, 125 N. E. 94 (1919).

радње, коју иначе не би морао, односно уздржавању од радње, на коју би иначе имао право. Тиме је суд закључио да се ради о обичном поклону, упркос писменој форми обећања (меници) и клаузули да је „вредност примљена“.

Да би се изиграла теорија протичинидбе и претерена формалност, у државама система општег права често се добротини уговори скривају фиктивним (привидним) усменим теретним уговорима. Ту се ради о одступању од начела еквиваленције, које мора да се поштује у теретним и двостраним уговорима у континенталним правима. Одступање система општег права се састоји у правилу да противчинидба мора да буде *задовољавајућа* (*sufficient*), али не мора да буде *примерена* (једнака, *adequate*)³⁵. То омогућава да се уговор о поклону прикаже као уговор о продаји са симболичном ценом. Поклонодавац усмено обећава поклонопримцу одређену корист, а поклонопримац му за узврат за њу плаћа симболичну накнаду (на пример, за нов рачунар плаћа једну фунту). Уговорници тиме приказују као да се ради о теретном и двостраном уговору, који формално испуњава услов противчинидбе, иако битно неједнаке вредности. Такав уговор је допуштен и обавезујући је. Ако се „продавац“ (у ствари, поклонодавац) касније предомисли и одбије давање користи „купцу“ (у ствари, поклонопримцу), овај има право да га тужи, под условом да је испунио или да је спреман да испуни своју симболичну протичинидбу (на пример, да плати једну фунту). На тај начин англо-амерички правници привидним (фиктивним) уговором о продаји усклађују уговор о поклону са теоријом противчинидбе, дајући му правну снагу, јер уговор о продаји има противчинидбу (макар симболичну), те је пуноважан, а уговор о поклону (и други добротини уговори) је немају, те су необавезујући. Енглески судови сматрају да немају право да испитују мотиве уговорника у оваквим привидним уговорима, осим кад се њима прикривају нечасне радње. Исти став имају амерички судови, иако *Restatement Second* (одсек 71) предвиђа да „уговор не треба да буде утужив, ако противчинидба није стварна, већ номинилна (привидна)“.

Српско право, за разлику од „општег права“, признаје поклону својство уговора, али за његову утуживост захтева посебну форму. Наиме, за поклон покретности захтева се њена предаја (реална форма) или писмена форма, а за поклон непокретности писмена форма оверена од суда.³⁶ У супротном, уговор о поклону покретне ствари ствара само природну облигацију за поклонодавца, а уговор о покло-

³⁵ Е. Errante, 66.

³⁶ Српски грађански законик из 1844. године (чл. 361) по основу Закона о неважности правних прописа из 1946. године; чл. 4. Закона о промету непокретности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 42/98.

ну непокретности је ништаван. Ова правила српског права нису битно различита од „општег права“.

8. ПРИВИДНИ УГОВОРИ

Допуштеност привидних (фиктивних) уговора у континенталним правима, укључујући и наше, редовно је забрањено, углавном из пореских разлога и разлога заштите интереса трећих заинтересованих лица (на пример, наследника), која њима могу да буду изиграна. Та права занемарују (ниште) привидан уговор, а признају, као пуноважан, онај који су уговорници њиме скривали и који су, у ствари, закључили.³⁷ Због тога се и континентални правници запањују кад сазнају за допуштеност привидних уговора у „општем праву“. Разлози због којих су привидни уговори забрањени у континенталним правима, у *common law* системима се решавају на друкчији начин, те тамо нема потребе за санкцијом њихове ништавости.³⁸

9. УЛОГА НАМЕРЕ

Српско право уговором сматра само споразум који су странке постигле у *намери* обавезивања, било да тиме стварају нов облигациони однос, или да мењају или гасе постојећи.³⁹ То важи и за једностране правне послове, као другу врсту правних послова поред уговора, као двостраних правних послова. Отуда, страна која је изјаву дала без намере обавезивања, није правно обавезна и не ступа ни у какав правни однос било са ким. Ако настане спор поводом њене „неозбиљне“ изјаве, на њој лежи терет доказивања одсуства намере обавезивања. Насупрот томе, намера у систему општег права нема тако значајну улогу за настанак и пуноважност уговора, али се њен значај разликује у енглеском и америчком праву.

Енглеско право не придаје намери странака у уговору толики правни значај, као српско. Наиме, у енглеском праву споразум постаје уговор и тиме правно обавезује уговорнике, ако испуни један од два услова. Први је да саговорник обећа споразумом извршење противчинидбе, као накнаду за уговорникову чинидбу. Пошто садржи противчинидбу (*consideration*), такав уговор може да буде и неформалан, осим кад закон захтева посебну форму. Други начин правног оснаживања споразума је његово закључење у посебној писменој

³⁷ ЗОО, чл. 66.

³⁸ J. Cartwright, 115; 122; G. Treitel, 215–216.

³⁹ J. Радишић, 71.

форми – *deed*. Ако је споразум закључен као *deed*, сматра се уговором и кад не садржи сауговорникову противчинидбу. Споразум који не испуни ниједан од ова два алтернативна услова није уговор и не ствара правне обавезе за уговорнике, макар да су имали намеру да се правно обавезу.⁴⁰

Упркос томе што занемарује значај намере обавезивања уговорника за постојање уговора, енглеско право је, ипак, уважава кад уговорник оспорава постојање уговора, изговарајући се да није имао намеру да се правно обавезе, иако уговор има противчинидбу или има форму *deed*-а. Ако уговорник није имао намеру обавезивања у часу давања обећања, оно га правно не обавезује. Међутим, у таквим случајевима често долази до спора са другом страном, која тражи испуњење обећања. Ако дође до спора, јавља се питање ко сноси терет доказивања непостојања намере обавезивања код уговорника, који избегава испуњење свог обећања. Ту се води рачуна да ли је уговор трговински или не, као и да ли су углавци (клаузуле) у уговору изричите или подразумевајуће.

Ако је уговор трговински, што значи да је закључен између трговаца или између трговца (професионалца) и потрошача, претпоставља се намера обавезивања оба уговорника. Због тога, уговорник који оспорава своју намеру обавезивања, како би избегао неку или све уговорне обавезе, сноси терет доказивања њеног непостојања у часу кад је дао изјаву. Ако уговор није трговински, води се рачуна да ли је споразум закључен у писменој форми са јасним и изричитим углавцима или је усмен, без јасних углавака. Ако је уговор писмен, нарочито кад то захтева закон (на пример, продаја непокретности), као и кад су углавци изричити и јасни (*express provision*), онда страна која оспорава намеру обавезивања сноси терет доказивања њеног непостојања. Због тога адвокат (*solicitor*), који у састављању таквих споразума хоће да заштити своју странку од претпоставке да је у намери обавезивања закључила уговор, уноси у исправу углавак, који јасно указује да да је у питању само споразум, а не уговор (на пример, *subject to contract* – што значи „под условом закључења уговора“). Тиме наглашавају да споразум није правно обавезујући, иако су се стране сагласиле о његовим битним састојцима. Исто, ако је уговор закључен, али странка није сигурна у своју вољу да испуни неку обавезу, која јој се намеће неким углавком, у њу се ставља израз „клаузула части“ (*honour close*), чиме јој се одузима правна обавезност. Ако је уговор усмен, као и кад углавак није изричит, него се подразумева по праву (*implied term*), без обзира да ли је део усменог или писменог уговора, претпоставља се непостојање намере обавезивања код уговорника који је оспорава, те терет њеног доказивања сноси његов сауговорник (противник у пар-

⁴⁰ J. Cartwright, 139.

ници). Та страна сноси терет доказивања саговорникове намере обавезивања у још неколико случајева. Прво, у споразумима који су у целини нејасни (*vague agreements*), или у обичним трговинским разговорима (*sales talk*). Друго, у споразумима који дају једној страни право да по нахођењу тражи испуњење обавезе друге стране или да испуни своју обавезу, или кад јој се остави превелико нахођење (дискреција) у одређивању услова уговора. Најзад, треће, договори у браку и породици о начину вођења домаћинства и заједничког живота (на пример, ко иде у набавку, ко кува и спрема, ко подучава децу, колико запослени супруг даје незапосленој супрузи новца за вођење домаћинства и др.), такође, су неутуживи. Насупрот томе, ако супружници живе одвојено због неслоге, иако се још нису званично развели, такви њихови договори подлежу општим правилима постојања и утуживости уговора.⁴¹

За разлику од енглеског, америчко право не допушта саговорнику да избегне своју обавезу изговором да није имао намеру обавезивања, ако уговор има противчинидбу. Отуда му не допушта да доказује одсуство те намере. Ипак, ни амерички судови не виде уговоре у „друштвеним“ споразумима (на пример, договор да се дође на вечеру код пријатеља, који прекрши неки од њих), као ни у породичним споразумима. У породичним споразумима амерички судови не виде уговоре, уз образложење да се „не мешају у односе у домаћинству због лоших последица које мешање може да изазове“.⁴²

10. ОДСТУПАЊА ОД ТЕОРИЈЕ ПРОТИВЧИНИДБЕ

Теорија противчинидбе је врло ограничавајућа у одређивању шта је уговор, тако да је „присиљавала“ судове да понекад доносе бесмислене и неправичне одлуке у парницама. Англо-америчка судска пракса је због тога осмислила низ изузетака од строге примене теорије противчинидбе, чиме је санкционисала „непослушне“ уговорнике и у споразумима у којим није било противчинидбе. Два су главна начина избегавања њене примене. Један начин је у широком тумачењу израза „корист“ или „штета (терет)“, којима се одређује садржина противчинидбе, а други је теорија естопела.

Први начин избегавања примене теорије противчинидбе омогућен је неодређеношћу садржине противчинидбе. Опште је прихваћено да она може да се састоји у користи за уговорника, коју он прима од саговорника, или у терету (губитку) за саговорника, без икакве користи за уговорника. Како су изрази „корист“ (*benefit*) и

⁴¹ J. Cartwright, 140; G. Treitel, 58–62.

⁴² E. Errante, 62; 78.

„терет“ (*detriment*) врло неодређени, судови их понекад, кад сматрају то оправданим, широко, па и прешироко, тумаче, дајући им и значење које заиста језички немају. Тако је суд у једном спору обавезао туженика да испуни обавезу тужиоцу, утврдивши да је тужилац испунио своју противчинидбу тиме што се оженио својом вереницом! Иако се женидба веренице редовно схвата као корист, а не као терет, за младожењу (саговорника и тужиоца у овом спору), суд је ту радњу протумачио као „терет“, јер она за туженика није била никаква корист. Да је није тако протумачио, морао би да одбије тужбени захтев због непостојања протичинидбе у уговору, што је сматрао неоправданим, имајући у виду све околности случаја.⁴³

11. ТЕОРИЈА ЕСТОПЕЛА

Други начин избегавања примене теорије противчинидбе и, тиме, проширивања појма уговора у „општем праву“ је теорија естопела (*Doctrine of Estoppel*).⁴⁴ Естопел је *забрана* даваоцу неке изјаве да је накнадно оспори, ако би њено оспоравање могло да нашкоди неком лицу, које се поуздало у њену истинитост у обављању својих правних послова. Отуда, ако уговорник саопшти свом саговорнику одређене чињенице или одређену своју намеру у вези са њиховим уговорним односом, а овај се поузда у изјаву и према њој почне да се понаша, уговорник, као давалац изјаве, нема право да касније од ње одустане, тврдећи да га она не обавезује због тога што му саговорник није дао никакву противчинидбу, ако би тим одустајањем сауго-

⁴³ Ова пресуда је донета у парници *Shadwell v. Shadwell* (1860) 9 CB(NS) 159 (142 English Reports 62). Спор је настао после смрти Чарлса Шадуела поводом обећања које је дао у писму. Наиме, он је 1938. године послао свом сестрићу, Лансеју Шадуелу, писмо следеће садржине: „Драги Лансеј, срећан сам што чујем да намераваш да ожениш Елену Никол. Пошто сам обећао да ћу ти помоћи на почетку, са задовољством ти саопштавам да ћу ти плаћати 150 фунти годишње током свог живота, али само док твој годишњи приход као адвоката не достигне 600 фунти. Тражим само твој пристанак на ову моју понуду и ништа више. Твој осећајни ујак, Чарлс Шадуел“. Лансеј је у одговору прихватио Чарлсову понуду, а потом се оженио Еленом. Чарлс је умро 1860. године, при чему је првих дванаест година плаћао Лансеју обећано, а након тога више није. Како Лансеј није успео да зарађује више од 160 фунти годишње у адвокатури, а извршиоци Чарсловог тестамена су оспорили оставиоачеву обавезу да плати дуг за преосталих шест година у износу од 1.000 фунти, Лансеј их је тужио. У насталој парници, туженици су истакли приговор да споразум између Лансеја и Чарлса није уговор, јер нема противчинидбе. Протичинидбе нема, јер је Лансејева обавеза била само да ожени Елену, што значи да је чинидба према трећем лицу ван уговора, а не према Чарслу. Друго, тврдили су да тужиоачево венчање није ни корист за Чарлса, ни терет (већ ужитак) за тужиоца, тако да опет нема противчинидбе. Суд је одбио њихове приговоре и пресудио у корист тужиоца. B. G. Treitel G, 31–32.

⁴⁴ J. Cartwright, 129–137; G. Treitel, 49–50; 54–56.

ворник претрпео штету. Примена ове теорије се најлакше схвата кроз приказ главног преседана у којем је примењена. Ради се о пресуди донетој у парници *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (Енглеска, 1877).⁴⁵

Хјуз, као власник зграде и закуподавац, саопштио је Метрополитенској железничкој компанији, као њеном закупцу, захтев да изврши одређене оправке на згради, и то у року од шест месеци. Компанија је по закону била дужна да то учини, поред плаћања закупнине, што је, у ствари, била њена противчинидба закуподавцу, за корист (чинидбу) коју је од њега примала коришћењем његове зграде. Уместо да одбије или да прихвати захтев, купац му је у одговору понудио да му прода своје право закупа пре истека закупног рока по цени од 3.000 фунти. Закуподавац је ушао у преговоре са закупцем око куповине права закупа, али су преговори пропали. Како су се преговори одужили, а током њих купац није извршио било какве оправке, закуподавац је, по прекиду преговора, саопштио закупцу да му отказује уговор о закупу, јер није извршио тражене оправке, које је био дужан да учини, у року од шест месеци од кад га је опоменуо. Пошто је купац одбио да напусти зграду и наставио уредно да плаћа закупнину, Хјуз га је тужио, тражећи од суда да га исели. Суд му је одбио захтев, уз образложење да је ток рока за оправку зграде био „суспендован“ (застој, по нашем праву) за све време трајања преговора, наставивши да тече тек по њиховом прекиду. Суд је одлуку образложио тиме што би туженик претрпео велику штету услед прекида пословања због отказа и исељења, иако се поуздао током преговора у вољу закуподавца да му откупи право закупа. Како би било бесмислено да током преговора врши оправке, које би, у случају успеха преговора, неосновано обогатиле закуподавца, суд је сматрао да је закуподавчев отказ неправедан, док рок од шест месеци по прекиду преговора не истекне.⁴⁶

Естопел има више врста. За уговорно право је посебно значајан *обећавајући* естопел (*as to the promise*), који постоји кад давалац изјаве обећава неко своје будуће понашање. Зависно од последица које изазива, може да буде стварноправни и облигациони.

Стварноправни естопел (*proprietary estoppel*) изазива стварноправне последице између даваоца и примаоца изјаве. Он постоји кад давалац изјаве призна неко стварно право на својој ствари другом лицу или му обећа стицање стварног права на њој, које иначе овај не би могао да има односно да стекне, на основу чега прималац изјаве учини трошкове поуздајући се у изјаву. Пошто прималац изјаве учини трошкове верујући у њену истинитост и озбиљност, давалац изја-

⁴⁵ (1877) 2 Appeal Cases 439.

⁴⁶ E. McKendrick, 117.

ве нема право да је оспори, ако би то оспоравање изазвало штету савесном примаоцу изјаве, макар да давалац изјаве није имао намеру да се њом правно обавезе, па ни у случају кад прималац изјаве није дао или обећао било какву противчинидбу даваоцу. Стварноправни естопел најчешће настаје у породичним односима. На пример, кад отац сину дозволи да гради кућу на очевом земљишту, обећавши му да ће ту моћи да живи, па син сагради кућу, сматра се да је стекао својину на кући и окућници, те отац нема право касније да му то оспори.⁴⁷

Ситуације на које се односи стварноправни естопел наше право решава кроз институт конвалидације уговора, правно неоснованог обогаћења и накнаде штете. Рецимо, ако на основу усменог уговора родитељ детету омогући градњу куће, издвојивши посебну парцелу за њу на свом земљишту, завршетком градње куће се сматра да је уговор о поклону парцеле испуњен и конвалидиран, те да дете има право да се укњижи као њен власник. Ако закупац уложи у просто-рије закупаца, уз његов пристанак, па га овај после из њих истера, закупац има право од закупаца да тражи повраћај улагања и накнаду штете, али не стиче сувласнички удео по основу улагања.

Облигациони естопел (promissory estoppel) постоји кад се изјава не даје у вези стварних права, него у вези постојећег уговорног односа њеног даваоца и његовог саговорника. Он се састоји у томе што се уговорнику, који је саговорнику недвосмислено саопштио, речима или понашањем, да се неће строго држати својих права у уговору, забрањује да се касније, током испуњења уговора, пошто се његов саговорник поуздао у саопштење, понаша друкчије и да тражи строго поштовање својих права, ако би то саговорнику створило велике неприлике. Примећује се да теорија естопела веома наличи српском начелу савесности у парницењу. Оно гласи да суд не пружа заштиту права лицу које је несавесно у њиховом остваривању односно да се „не слуша онај ко се позива на сопствену срамоту“ (*Nemo auditur ipse turpitudinem alegans*).⁴⁸

У вези са облигационим естопелом постоји битна разлика између енглеског и осталих земаља *common law* система. У енглеском праву он није извор облигација, јер не може да ствара за уговорнике нова права, нити да им их увећава, већ само може да их умањује или укида. Енглези кажу да је он „штит“ за савесног примаоца изјаве, а не „мач“ у његовим рукама (*It is a „shield“, not a „sword“*). Насупрот томе, у осталим земљама *система општег права* ово ограничење је углавном напуштено. Рецимо, у судској пракси САД он може да ствара и нова права, због чега се сматра извором облигација. Енглески

⁴⁷ G. Treitel, 300–301.

⁴⁸ О начелу *Nemo auditur*, в. детаљније С. Перовић, 458.

правници то не прихватају, јер сматрају да би се тиме угрозила разлика између теорија противчинидбе и естопела.⁴⁹

12. РИЗИК

Лица из Србије која уговарају примену енглеског или другог англо-америчког права на своје уговорне односе са странцима треба су свесна ризика којем се због тога излажу. Она треба да воде рачуна да је *common law* појам уговора битно ужи од српског, те да обухвата углавном само двостране и теретне уговоре српског права. Осим тога, треба да су свесни да англо-амерички правници уговором сматрају и правне послове, које ми сматрамо једностраним изјавама воље. Најзад, треба да су свесни и да свака измена уговора у „општем праву“ не мора да буде обавезујућа, ако је погодна само за једну страну, јер тада друга страна не даје противчинидбу, тако да нема ни уговора. Изузетно, ако се изменом погодује једном уговорнику (рецимо, српском), он може да се изговара теоријом естопела у измени, ако други уговорник (на пример, страни) тражи поновно дословно поштовање својих уговорних права, која је имао пре измене. Ако српски уговорници не буду свесни овог у преговорима око уговора, као и при његовом закључивању и испуњавању, ризикују спор и његов губитак, само због своје правне неукости. Да би избегли овај ризик, препоручује се српским уговорницима да сваку измену писменог уговора сачине у писменом облику (у облику *deed-a*), јер таква форма даје правну снагу споразуму и кад у њему нема сауговорникове протичинидбе (на пример, радње српског уговорника).

13. ЗАКЉУЧАК

Кључни састојак појма уговора у англосаксонском праву је противчинидба, јер је уговор само споразум, који за сваког уговорника ствара обавезу да изврши одређену чинидбу (радњу), било у корист другог уговорника (сауговорника) или трећег лица. Те радње могу да буду или корист, коју уговорник даје за корист коју прима од другог сауговорника, било сношење одеђеног терета за корист коју од њега прима. Она може да буде давање или чињење, које иначе уговорник не би морао да обави, или пропуштање радње (уздржавање) или трпљење, на шта иначе не би био дужан. У америчком праву се још захтева да су чинидба уговорника и протичинидба сауговорника израз погодбе о размени вредности. Кад се сауговорник обавезе споразумом на узвратну чинидбу према другој страни, смат-

⁴⁹ J. Cartwright, 133–137; E. Errante, 74.

ра се да постоји уговор, без обзира на то шта је циљ таквог обавезивања. Англосаксонско право нема представу ни о предмету, ни о основу (каузи) уговора односно обавеза које уговор ствара, као што га има континентално. Због тога су у заблуди многи континентални правници, који у притивчинидби виде каузу (разлог обавезивања) сауговорника, јер о њој англосаксонски правници ретко воде рачуна у оцени пуноважности и утуживости уговора. И кад је циљ притивчинидбе неморалан или на други начин недопуштен, англосаксонски суд поништава уговор само по приговору туженог, а никако по службеној дужности.

Ако се упореде чињенице које обухвата узвратна радња (противчинидба) система општег права, могло би се, уз доста опреза, рећи да је то приближно скуп чињеница које заједно обухватају предмет и кауза уговорних обавеза оба уговорника у континенталним правима. Отуда су погрешна, површна и преуска схватања континенталних правника који тврде да је узвратна радња у англосаксонском уговорном праву, у ствари, „узрок, повод, основ, разлог одлучујући утицај, који је навео, мотивисао уговорне стране да ступе у уговорни однос“.⁵⁰ Ово због тога што англосаксонска права сматрају да је циљ обавезе уговорника само један састојак уговора, схваћеног као нагодбе, а самим тим и само један део његове чинидбе, коју он предузима за узврат према сауговорнику.⁵¹ Ако је, са становишта континенталног права, предмет обавезе уговорника радња, на коју се обавезао према сауговорнику, а да је кауза његове обавезе испуњење сауговорникове обавезе, онда може да се опрезно тврди да противчинидба „општег права“ приближно обухвата и предмет и каузу, те да је кауза (циљ) обавезе уговорника само један њен састојак.

Nebojša Jovanović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON THE NOTION OF CONTRACT IN ENGLISH LAW

Summary

There is a widespread misapprehension among the lawyers that any agreement on honest transaction should stand for a ‘contract’ and enjoy legal protection as such in every legal system. Furthermore, there is a

⁵⁰ О. Антић, 841.

⁵¹ А. Farnsworth, 63.

tendency amongst Serbian traders to consent to the choice of law clauses which stipulate a foreign law to be applied to resolve any disputes arising under the contract, not fully aware of the repercussions of such a choice. The aim of this article is to offer an explanation of the notion of contract in English law and to point out the most important differences in the ways in which contract is understood in Serbian and English law.

The notion of contract in English law is based on the Doctrine of Consideration which restricts it to some extent in comparison with the Serbian comprehension of contract. What frequently happens is that Serbian lawyers misconstrue the common law notion of consideration and equate it to the notion of 'cause'. Therefore, this article deals with the notion of contract in common law, the Doctrine of Consideration, the content of consideration and its application to unilateral, bilateral, gratuitous and fictitious contracts, as well as with the role of intent and the Doctrine of Estoppel. In addition, it shows the main differences between the notions of contract in English and American law. Finally, the author offers an interpretation of the idea of consideration by comparing it with the notions that are familiar to Serbian lawyers. The author's conclusions are supported by his comprehensive English case law research.

Key words: *Contract. – Consideration. – Estoppel. – Cause.*

Др Миодраг А. Јовановић

ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ПОСТОЈЕ ЛИ КОЛЕКТИВНА ПРАВА?^{*} (I део)

Полазећи од формулација неколико одредби, како унутрашњег, тако и међународног права, аутор покушава да утврди да ли се, поред физичких и правних лица, може говорити о настанку треће категорије субјеката права – колективитета, односно група. Иако поготово неке норме међународног јавног права недвосмислено упућују на такав закључак, аутор се опредељује за испитивање заснованости таквога концепта унутар неколико правнотеоријских модела. У том погледу, аутор настоји да покаже да кохерентан концепт колективних права није могуће засновати у интересној теорији Џ. Раза, као ни у теорији партиципаторних добара Д. Реома, већ једино у оној која у основи следи поставке корпоративне теорије П. Џоунса. Ова теорија је, опет, нераскидиво повезана са становиштем „вредносног колективизма“, према којем су колективитети инхерентно вредни.

Кључне речи: *Колективна права. – Интересна теорија. – Партиципаторна добра. – Корпоративна теорија. – Вредносни колективизам.*

1. ЈЕДАН МОГУЋИ ПРИСТУП ПРОБЛЕМУ

Када се постави питање да ли постоје колективна права, заправо се настоји утврдити да ли титулар субјективног права може бити неки колективитет, односно група. Потрагу за одговором на то питање започињемо покушајем да се одгонетне ко је титулар права загарантованих одредбама које следе.

^{*} Овај рад је урађен у оквиру истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске Уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)*.

Пример 1. „Музеји, архиви и институције за заштиту споменика културе чији је оснивач држава, обезбедиће представљање и заштиту културно-историјског наслеђа националних мањина са своје територије.“

Пример 2. „Посета музеју у дане викенда је бесплатна за студенте и пензионере.“

Пример 3. „Сваки народ има право на поштовање свог националног и културног идентитета.“

Пример 4. „Припадници националних мањина могу слободно употребљавати свој језик и писмо, приватно и јавно.“

Пример 5. „Припадници националних мањина имају право на васпитање и образовање на свом језику у институцијама предшколског, основног и средњег васпитања и образовања. За остваривање права из овог члана може се прописати одређени минималан број ученика.“

Размотримо најпре која су субјективна права зајемчена овим одредбама. У првом случају реч је о праву представљања и заштите културно-историјског наслеђа националних мањина у културним институцијама чији је оснивач држава. У другом примеру, по среди је право бесплатне посете музеју у дане викенда. У трећем случају се гарантује право на поштовање националног и културног идентитета. У четвртном се јемчи право на слободну употребу језика и писма, како у јавној, тако и у приватној сфери. У последњем примеру се говори о праву на васпитање и образовање на матерњем језику у институцијама предшколског, основног и средњег васпитања и образовања, чије остваривање се може условити минималним бројем ученика који ће похађати такву наставу.

Према традиционалној дихотомији, субјекти права могу бити физичка и правна лица, иако правна историја познаје како проширивање (на пример, на животиње), тако и сужавање ових двају категорија (на пример, искључење робова из правног субјективитета). Међутим, чини се да у бар једном од већ наведених случајева, оним под бројем три, језичка формулација правне норме недвосмислено упућује на закључак да би титулар датог субјективног права био „народ“ као колективитет. Иако ова одредба припада једном неформалном акту који је сачинила и објавила група правника и публициста,¹ уговорно међународно јавно право познаје неколико „права народа“, односно колективитета, од којих су најпознатија она на самоопредељење, мањинска права, као и право одређених група на постојање.² Ипак, то што међу-

¹ Article 2, *Universal Declaration of the Rights of Peoples*, Algiers, 4 July, 1976.

² Ц. Крофорд (*J. Crawford*) поменула права смешта у прву категорију „права народа“, која се тиче постојања и културног и политичког опстанка група. У другој

народноправни инструменти помињу права народа не би требало узети као крунски доказ да колективитети, попут народа или мањинских заједница, *треба да буду* третирани као титулари права. Ово посебно стога што су „ови документи осведочено двосмислени, како у свом одређењу носилаца права, тако и у одређењу права која се њима могу приписати.“³ Отуда, како то Галенкампова (*Galenkamp*) напомиње, „питање оправдања колективних права није емпиријско, већ нормативно питање. Оно се не тиче питања да ли ова права ‘постоје’, „ већ пре „да ли *треба* да постоје“.⁴ Отуда се потрага за одговором на питање из наслова текста наставља прегледом релевантних правнотеоријских настојања да се утемеље колективна права.

2. ИНТЕРЕСНА ТЕОРИЈА И ПРОБЛЕМ ЗАСНИВАЊА КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Једно од тренутно најутицајнијих правнотеоријских утемељења субјективних права, поред Хартове (*Hart*) теорије „слободног избора“ (*choice theory*),⁵ представља интересна теорија Џозефа Раза (*Raz*).

категорији се налазе много разноврснија права, попут оног на трајан суверенитет над природним ресурсима, права на развој, на животну околину и на међународни мир и безбедност. Док су права из прве категорије прошла „кроз значајан процес развита у овом веку (а у случају права мањина и у прошлом веку)“, дотле су права из друге категорије „суштински нова, и у већини случајева ембрионална.“ J. Crawford, „The Rights of Peoples: ‘Peoples’ or ‘Governments’?“, *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Clarendon Press, Oxford 1988, 57–58. J. Динштајн је још 1976. године заступао став да се у међународном праву могу наћи три права народа (*peoples*). Поменута три права су: право на физичко постојање, на самоопредељење и на искоришћавање природних ресурса. На другој страни, Динштајн наводи и два права која припадају мањинама, као колективитетима: право на физичко постојање и право на опстанак посебног идентитета (чл. 27. Пакта о грађанским и политичким правима). При том, ваља напоменути да је појам народа у његовој интерпретацији близак ономе што се подразумева под етничким концептом нације, док под појмом *nation* он подразумева свеукупност држављана једне државе. Y. Dinstein, „Collective Human Rights of Peoples and Minorities“, *International and Comparative Law Quarterly*, 25, 1/1976, 102–120. В. и *Peoples’ Rights* (ed. P. Alston), Oxford University Press, Oxford, 2001.

³ Y. Tamir, „Against Collective Rights“, *Multicultural Questions*, (eds. C. Joppke, S. Lukes), Oxford University Press 1999, 179 фн. 27. Стога се ова ауторка определила за приступ који се не темељи на овим документима, већ на „независном оправдању“ (*independent justification*) сопствених ставова, долазећи, при том, до закључка да „неорганизовани колективитети“, какви су нације или мањинске заједнице, не могу бити носиоци права.

⁴ M. Galenkamp, „Collective Rights: Much Ado About Nothing?“, *Netherlands Quarterly for Human Rights*, 9, 3/1991, 293.

⁵ H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford 1988.

Овај аутор дефинише субјективно право на следећи начин: „*X* има право ако и само ако *X* може имати право, а, под условом да су друге ствари једнаке (*other things being equal*), аспект *X*-ове добробити (његов интерес) јесте довољан разлог за држање неког(их) другог(их) лица под дужношћу.“ Раз затим додаје да је титулар права или онај „чија је добробит од врховне вредности“ или, пак, нека „вештачка личност“, каква је корпорација.⁶ Ова теорија начелно допушта могућност да и колективитети, попут нација, буду титулари права.⁷ Како се, међутим, само на основу већ дате дефиниције колективитети не могу подвести под категорију титулара права, он поставља и додатне услове. Поред захтева за постојањем одређеног аспекта интереса људских бића који оправдава установљавање дужности другог или других лица, он каже да код колективних права интереси о којима је реч морају бити интереси у погледу јавног добра, па је такво и происходеће право. Најзад, интерес ниједног појединачног члана групе у погледу тог јавног добра није по себи довољан да би оправдао заснивање нечије дужности.⁸

Тамирова исправно примећује да оваква Разова поставка у крајњој линији подразумева анализу трошкова и добити (*cost-benefit analysis*) установљења једнога права. Стога, и ослањање ове теорије на критеријум „добробити“ (*well-being*) која поседује „врховну вредност“ (*ultimate value*), претпоставља заокружену теорију интереса који би били вредни правне заштите. Како таква теорија код Раза није формулисана у изричитом облику, Тамирова из познатих премиса изводи закључак да утемељење колективних права не може почивати на индивидуалним интересима чланова колективитета, како то овај аутор тврди у чланку са Маргалитом (*Margalit*), говорећи о праву на самоопредељење.⁹ Наиме, у том тексту, Раз, додуше, одбацује становиште онтолошког индивидуализма али, ипак, није спреман да

⁶ J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1986, 166.

⁷ Раз каже да његова теорија права не имплицира нужно индивидуализам: „Државе, корпорације и групе могу бити титулари права. Банке поседују легална и морална права. За нације се уобичајено претпоставља да имају право на самоопредељење, итд.“, *ibid.*, 180. Босхаммерова примећује да у дискурсу о колективним правима Разова интересна теорија има предност у односу на Хартову теорију избора. Не само да у том дискурсу питање интереса доминира у односу на питање аутономије, које је битно за ову потоњу теорију, већ је интересна теорија и инклузивнија, будући да би се према њој као право признало све што и унутар теорије избора, док обратно не важи. S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 2003, 36–37. И Тамирова напомиње да би теорију избора било готово немогуће применити на колективитете, јер их је тешко замислити као рационалне и аутономне субјекте, в. Y. Tamir, 166.

⁸ *Ibid.*, 208.

⁹ Y. Tamir, 166.

одбаци и вредносни индивидуализам¹⁰ („морални значај групних интереса почива на њиховом значају за појединце“).¹¹ Овај став је навео Јеал Тамир да закључи да „постојање колективитета може заиста бити од значаја, а његов опстанак може наметати извесне дужности, али све док неко није спреман да устврди да су колективитети врста субјеката чије је постојање од врховне вредности, Разова дефиниција се руши.“¹²

Питер Џоунс (*Jones*) уочава још један проблематичан аспект Разовог концепта колективних права, заснованих на вредносном индивидуализму. Он сматра да се на основу општих поставки поменуте теорије не може закључити који би колективитети могли бити титулари одређених субјективних права. Тачније, „према овом схватању групних права, групе које поседују права могу бити скупови појединаца које не повезује ништа више осим интереса у погледу одређеног питања.“ Џоунс овај став поткрепљује примером бициклиста у граду у којем не постоји изграђена бицикличка стаза. Сваки од њих појединачно може имати интерес да таква стаза буде направљена, али то према Разовој теорији неће бити довољно да се на страни града заснује дужност на такво чињење. Међутим, интерес свих бициклиста заједно може бити довољан за стварање дужности, па би се у том случају могло рећи да „бициклисти колективно поседују право – групно право – на изградњу бицикличке стазе.“¹³

Ако се уз све речено има у виду и околност да Раз, у тексту са Маргалитом (*Margalit*), настоји управо супротно, да унапред утврди потенцијалне колективитете-титуларе права на самоопредељење, и то на основу обележја која би била релевантна за оправдање тога права,¹⁴ онда најмање што се може рећи за покушаје овога аутора да

¹⁰ Овде се синтагме „вредносни индивидуализам“ и „вредносни колективизам“ користе на начин како их је дефинисао Мајкл Хартни. Док *value-individualism* означава становиште по којем су „заједнице важне због свог доприноса добробити појединаца“, дотле *value-collectivism* представља гледиште по којем „колективни ентитет може поседовати вредност независно од свога доприноса добробити индивидуалних људских бића.“ М. Hartney, „Some Confusions Concerning Collective Rights“, *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), Oxford University Press, Oxford 1995, 206–207.

¹¹ А. Margalit, J. Raz, „National Self-Determination“, *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), 87.

¹² Y. Tamir, 167.

¹³ P. Jones, „Group Rights and Group Oppression“, *Journal of Political Philosophy*, 7, 4/1999, 357–358.

¹⁴ Аутори налазе шест таквих карактеристика. Прва се односи на културу која прожима и обухвата различите и важне аспекте живота припадника групе, тако да они бар делом сопствени идентитет одређују припадношћу групи. Друго се тиче околности да чланови групе одрастајући унутар дате културе бивају „обележени њеним карактером.“ То значи да групе у питању морају бити повесно повезане, јер се

утемељи колективна права јесте да су противречни и недоследни. То је стога што Разова правно-теоријска аргументација нема одговарајуће политичко-филозофско упориште. Тачније, то упориште не омогућује да одређена права колективитета буду сматрана инхерентним, а не пуким продуктом контекстуализоване анализе трошкова и добити од случаја до случаја. Тамирова добро запажа да узрок тог проблема почива у околности да Разова теорија не нуди прецизан одговор на питање шта треба да се налази на страни трошкова, а шта на страни добити. Она каже: „У одређивању природе права, да ли треба да правимо априорну процену шта би анализа трошкова и добити могла бити под нормалним околностима, или треба да трагамо за актуелним засебним случајевима у којима право треба да буде примењено? Ако пођемо потоњим путем, нећемо бити у стању да понудимо деконтекстуализовано, априорно просуђивање о правима – чак ни о основним правима.“¹⁵ Стога и Разова теорија има смисла једино ако се колективна права априорно утемељују на анализи трошкова и добити у „нормалним“ околностима, где се појам „нормалног“ односи „само на оне поступке који су морално оправдани.“¹⁶ У таквој поставци, са сигурношћу се може рећи да би једно колективно право било „прескупо“ ако би од њега користи имала само неколицина појединаца. Али, што је још важније, колективно право

само кроз заједничку историју култура може развијати и преносити. Трећа карактеристика се односи на чланство у овим групама. Оно, по правилу, није формално институционализовано, већ се своди на неформално признање да неко припада датој групи. То подразумева да је припадништво овим групама увек ствар међусобно признавања. Четврто обележје се односи на значај који припадништво једној групи има за самоидентификацију сваког њеног члана. Маргалит и Раз су свесни да основ самоидентификације може бити, рецимо, и припадност кругу обожавалица научне фантастике, али напомињу да су заинтересовани само за оно чланство које поседује „висок друштвени профил“. Односно, реч је о припадности оним групама на основу којих човек жели да буде препознат и идентификован од стране других. Тако стижемо до петог обележја, које каже да је „чланство у групи ствар припадања, а не постигнућа.“ Оно значи да чланство најчешће није ствар слободног избора – „*One cannot choose to belong. One belongs because of who one is.*“ Стога, одлука да се промени припадништво групи подразумева дуг процес одрицања од сопствене културе и усвајања образаца нове културе. Најзад, шесто обележје се односи на величину групе. Маргалит и Раз кажу да мале, „лицем-у-лице“ групе, у којима се сви међусобно познају, не могу бити кандидати за титулара права на самоопредељење. За то је потребна „анонимност групе“, код које се међусобно признавање чланова не заснива на познавању, већ на поседовању заједничких особина. На основу свега реченог, аутори закључују да поред нација и народа, као „очигледних кандидата“ за ово право, и неке друге групе у одређеним ситуацијама испуњавају наведене захтеве. Примера ради, то би могле бити етничке групе или племена, које су налик националним групама. Надаље, то би каткада могле бити и религијске и расне групе, као и друштвене класе, в. А. Margalit, J. Raz, 81–85.

¹⁵ Y. Tamir, 168.

¹⁶ *Ibid.*

које би изискивало сувише тешке терете не би ни могло да буде за-
снoвано као право или би као такво престало да постоји. Отуда се
кључна дилема може формулисати на следећи начин: „Будући да сва
права могу бити реализована на различитим тачкама дуж континуу-
ма, како можемо да одредимо тачку дуж овог континуума у којој
ћемо себе ситуирати како бисмо проценили трошкове свакога пра-
ва?“¹⁷ Не само да Раз користи различите стандарде за процењивање
индивидуалних и колективних права, утолико што код ових потоњих
узима екстремније облике реализације права као стандарде евалуа-
ције, већ нас оваквим приступом нужно помера с априорне анализе
трошкова и добити ка контекстуализованим, засебним случајевима у
којима поједина колективна права могу бити оправдана.

Најзад, све ово повлачи за собом и тешкоћу да се оправдају
колективна права са недовољно конкретизованом садржином, какво
је већ поменуто право сваког народа да његов национални и култур-
ни идентитет буду поштовани. Како ово право захтева прецизирање
у погледу начина остваривања, поставља се питање да ли је за пош-
товање националног и културног идентитета једног народа довољно,
рецимо, ако држава омогућава емитовање телевизијског програма на
језику датог колективитета, као што то јемчи мађарски закон о мањи-
нама;¹⁸ или је, пак, потребна институционализација права датог на-
рода на одређени облик политичке децентрализације, као што је то
процесом деволуције у Уједињеном Краљевству омогућено Шкотима
и Велшанима;¹⁹ или је, чак, неопходно једном народу, као конститу-
тивном делу федерације, омогућити право да у извесној мери само-
стално иступа у међународним односима, као што је то учињено
последњим уставним реформама у Белгији.²⁰ Према ономе са чиме
располажемо у Разовој интересној теорији, свако од наведених права
морало би да буде оправдано као колективно тек пошто се контексту-
ализује анализа трошкова и добити у сваком засебном случају, док
би оправдање и постојање права на поштовање националног и кул-
турног идентитета једног народа зависило од тога који од облика ње-

¹⁷ *Ibid.*, 169.

¹⁸ Мађарски Закон о правима националних и етничких мањина из 1993. годи-
не прописује у чл. 18, ст. 1, да „државни радио и телевизија – према одредбама по-
себног закона – обезбеђују редовно припремање и емитовање емисија националних
и етничких мањина.“ нав. према, М. Митић, *Националне мањине – права припадни-
ка мањина и заштита територијалног интегритета држава*, Службени лист СРЈ,
Београд 1998, 396.

¹⁹ В. опширније у V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford Uni-
versity Press, Oxford 1999, 201 и даље.

²⁰ В. опширније у A. Alen, R. Ergec, *Federal Belgium After the Fourth State
Reform of 1993*, Ministry of Foreign Affairs, External Trade and Cooperation for Devel-
opment, Brussels 1998, Одељак *International Relations – Cooperation Agreements*, 57 и
даље.

говог остваривања би послужио као стандард за процењивање поменуте анализе. Ако се има на уму да је у погледу колективних права Раз много захтевнији и ригорознији него када је реч о индивидуалним правима, произилази да би ово и слична недовољно одређена права тешко могла бити заснована и оправдана као колективна. Да парадокс буде већи, најбројнија права у међународном поретку, за која се уобичајено сматра да су колективна, управо су на такав, недовољно одређен, начин и формулисана. Стога Тамирова још једном погађа суштину ствари када упозорава да „би природа права требало да буде одређена његовим оправдавањем, а не начинима његове примене.“²¹

3. ТЕОРИЈА ПАРТИЦИПАТОРНИХ ДОБАРА И ПРОБЛЕМ ТИТУЛАРА КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Још један очигледан проблем Разове интересне теорије је у томе што омогућава да било које интересно повезивање појединаца буде сматрано довољним за заснивање колективног права, што доводи до пролиферације могућих титулара ових права. Тачније, према овом концепту: „(i) било који скуп појединаца који имају заједнички интерес може поседовати право као група; (ii) релевантни заједнички интерес може бити интерес само у погледу једне ствари; и (iii) ништа се више од њих не захтева да би били титулари групног права осим тога да њихови интереси, узети колективно, јесу довољно јаки да завршавају посао.“²²

Дениз Реом (*Réaume*) упозорава да се сваки аналитички увид у природу субјективних права мора састојати од најмање три компоненте. Најпре се мора утврдити какву врсту захтева у себи садржи утемељење неког субјективног права – да ли је то захтев да се заштити одређени избор који врши титулар (Харт) или, пак, да се заштите неки његови витални интереси (Раз). Комплетна теорија, међутим, мора се позабавити и питањем природе титулара права, као и природом добра у погледу којег се полаже право.²³ Отуда, ова ауторка сматра да се наведени проблем Разове теорије, који се тиче потенцијално великог броја титулара колективних права, може отклонити тако што ће се прецизније одредити појам добара која могу бити објекат поменутих права, што је, по њеном суду, у Разовој интересној теорији изостало.

²¹ Y. Tamir, 169.

²² P. Jones, (1999a), 358.

²³ D. G. Réaume, „Individuals, Groups, and Rights to Public Goods“, *University of Toronto Law Journal*, 38, 1/1988, 1–2.

Реомова своју анализу започиње тезом да се мора правити разлика између тога како се добра стварају и како се она уживају.²⁴ У том смислу, важно је уочити да сва јавна добра не морају нужно бити уживана јавно. Примера ради, чист ваздух је по свом карактеру јавно добро свих оних који га удишу, али њега појединци могу уживати приватно и сваки од њих, као индивидуа, може имати користи од чистог ваздуха. Отуда, по мишљењу ове ауторке, у појединим случајевима јавна добра могу бити разумно сматрана објектима индивидуалних права. Међутим, унутар скупа свих јавних добара постоје она која се називају „партиципаторним“. Ова добра „укључују активности које не само да захтевају мноштво како би добро било створено, већ су вредна само због заједничког учешћа мноштва“.²⁵ Дакле, по среди су добра која морају бити уживана јавно и то је оно што се вреднује и што их чини добрима. Пријатељство или тимска игра су добра која су на овај начин јавна онима који у њима узимају учешће. Надаље, живот у културном друштву, заједнички језик или припадност одређеној верској заједници, такође су превасходно партиципаторна јавна добра, иако у неким својим аспектима она не морају бити таква. Крајњи закључак који Реомова изводи јесте да појединци могу поседовати права само у погледу оних добара која могу индивидуално уживати. Како партиципаторна добра могу бити уживана само од стране колективитета, то и колективна или групна права могу бити само она у погледу партиципаторних добара. При том, ова ауторка је скептична у погледу могућности да се оправдају „колективна права“, тј. она којима се ограничавају права индивидуалних припадника датог колективитета, док, с друге стране, сматра много вероватнијим ону врсту права на партиципаторним добрима која су усмерена против остатка друштва (каква су, на пример, права језичких мањина). Реомова ова потоња права назива „групним правима“.²⁶

Тезу да појединац не може бити титулар субјективног права заснованог на интересима у погледу партиципаторног добра, Мораута (*Morauta*) сматра својеврсним ограничењем способности да се

²⁴ *Ibid.*, 7.

²⁵ *Ibid.*, 10.

²⁶ На једном месту она изричито каже: „Ако, стога, постоје било каква неиндивидуална права, вероватније је да она буду групна, а не колективна права.“ *Ibid.*, 17, 24. О разматрањима на тему партиципаторних јавних добара В. и у, L. Green, *The Authority of the State*, Clarendon Press, Oxford 1988, 206–209; L. Green, „Two Views of Collective Rights“, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 4, 2/1991, 320–321. Ова ауторка је склонија називу „заједничка добра“ (*shared goods*). В. и, J. Waldron, „Can Communal Good be Human Rights?“, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, 354 и даље. Као што се из наслова види, овај аутор користи израз „комунална добра“.

буде титулар неког права (*holding constraint*).²⁷ Он сматра да овај закључак не произилази из, иначе коректне, премисе, да појединац не може сам уживати добра, која је Реомова дефинисала као партиципаторна. Анализом њене аргументације, овај аутор долази до закључка да она нужно имплицира два међукорака, која као таква нису изричито формулисана. Према првом, „Појединац може бити титулар права само ако је могуће да појединац поседује контролу над погодностима тог права.“ Према другом, „Појединац не може имати контролу над погодностима права које је засновано на интересима у погледу партиципаторног добра.“²⁸

Мораута узима у разматрање матерњи језик, који као пример партиципаторног добра наводи и Реомова. Иако је јасно да ово добро не може бити уживано самостално од стране било ког појединца, то још увек не значи да интереси у погледу овога добра не могу засновати индивидуално субјективно право. Наиме, Мораута каже да „иако је тачно да ја не могу да говорим свој језик уколико га други људи не говоре са мном, па стога ја не могу самостално да уживам добро какво је употреба сопственог језика, савршено је могуће дати ми овлашћење да захтевам од других да на мом језику говоре са мном.“²⁹ Из свега реченог, Мораута изводи закључак да *holding constraint* није одржив унутар поставки теорије партиципаторних добара, што значи да ако и постоје субјективна права чији су титулари колективитети, то нису нужно она која су заснована на интересима у погледу партиципаторних добара.

Чак и ако критика овога аутора не би била утемељена,³⁰ додатни проблем по теорију партиципаторних добара представљало би то што ни сама Реомова није убеђена да колективитети поседују капацитет да буду титулари субјективних права. Она каже да би додељивање права групама отворило читав низ проблема неодређености. Један такав проблем тиче се, на пример, недовољно јасних граница колективних ентитета, док се други односи на питање шта се може сматрати аутентичним гласом групе.³¹ Најзад, ако би за утемељење

²⁷ J. Morauta, „Rights and Participatory Goods“, *Oxford Journal of Legal Studies* 22, 1/2002, 91.

²⁸ *Ibid.*, 101.

²⁹ *Ibid.*, 104.

³⁰ А чини се да она то јесте. Кључни разлог зашто и појединци могу бити титулари права која су заснована на интересима у погледу партиципаторних добара лежи у томе што критеријум за одређење титулара субјективног права не представља начин вршења права (тј. уживања добра), као што Реомова имплицира. О том проблему ће више речи бити у другом делу рада.

³¹ D. G. Réaume, „The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?“, у J. Baker (ed.), *Group Rights*, University of Toronto Press, Toronto 1994, 124. И о овим питањима ће бити говора у другом делу рада.

концепта колективних права и било одлучујуће то да она могу бити заснована искључиво на интересима у погледу партиципаторних добара, питање који би колективитети представљали потенцијалне титуларе тих права и даље би остало отворено. Наиме, Џоунс исправно уочава да, иако је Реомова имала намеру да понуди критику Разове теорије, и њен приступ допушта могућност да у погледу одређених партиципаторних добара, какво је, на пример, тимска игра, титулар колективног права буде скуп појединаца, којег колективитетом чини једино то што поседује заједнички интерес у погледу датог добра, а не било каква обележја која би их групом чинила независно од самог добра.³²

Чарлс Тејлор (*Taylor*) је, такође, усредсређен на дефинисање једне врсте јавних добара, која он назива „несводљивим друштвеним добрима“ (*irreducible social goods*), али начин на који то чини оставља далеко мање недоумица у погледу могућих титулара права над таквим добрима. Овај аутор наводи два могућа начина да добро препознамо као несводљиво друштвено. Један начин је да кажемо да за нас као појединце постоје извесне ствари које нам причињавају задовољство, извесна искуства нас испуњавају, а извесне исходе вреднујемо као позитивне. Али ове ствари су такве каквим их ми доживљавамо – добре, позитивне, испуњавајуће – само зато што такво значење имају у одређеној култури. Култура је та која ова добра чини могућим. Отуда, „ако желим да максимизирам ова добра, ја онда морам да желим да сачувам и ојачам ову културу.“ Сама култура као добро, или још прецизније као „*locus* за нека добра“, није индивидуална по свом карактеру. Култура, наставља Тејлор, није, пак, ни прост инструмент индивидуалних добара: „Она не може бити одвојена од њих као њихов пуки контингентни услов, нешто без чега би у принципу она (индивидуална добра, М. Ј.) могла да постоје.“³³ Други начин да установимо несводљиво друштвена добра јесте да се претходно направи разлика између онога што је „конвергентно“ и онога што је „истински заједничко“ (*genuinely common*). Конвергентна ствар је она која има исто значење за један велики број људи, али значење као такво није међу њима признато у јавној сфери. Ствар је, пак, заједничка „када постоји не само за мене и за тебе, већ за нас, и као таква је призната... Заједничка схватања су неразложива (*undecomposable*).“³⁴

Да ли ова разматрања имају икаквог практичног значаја за наш политички живот? Тејлор нас на примеру Квебека уверава у потврд-

³² P. Jones, (1999a), 360.

³³ C. Taylor, „Irreducible Social Goods“, у *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1997, 136–137.

³⁴ *Ibid.*, 139.

ност одговора. У тој канадској федералној јединици се култура, оличена у француском језику, схвата као несводљиво друштвено добро и у првом и у другом смислу тог појма. Тамо је, каже Тејлор, на делу „политика одбране језика као заједничког добра, које се сматра довољно важним да му се у неким случајевима да примат над индивидуалним циљевима, што би у другим околностима било сматрано као прекорачење легитимних ограничења.“³⁵ Овим законодавним мерама³⁶ он се позабавио и на другом месту, у свом надалеко познатом спису *Политика признања*.³⁷ Иако се Тејлор изричито не бави питањем колективних права, његова разматрања о култури, као несводљивом друштвеном добру, за последицу имају став да опстанак овог добра представља предмет субјективних права, каква су језичка или права на самоуправу, „која могу бити схваћена тако да додељују овлашћења колективитетима“.³⁸ Релевантни колективитети, које Тејлор успутно назива народима, културама, мањинама, аутохтоним народима, могу се подвести под генерички појам *етнокултурне групе*, која своју различитост може темељити у језику, етницитету, култури, обичајима, религији и слично, али која у сваком случају није пуки збир појединаца са заједничким интересом у погледу једног друштвено несводљивог добра.

4. КОРПОРАТИВНИ КОНЦЕПТ И МОРАЛНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ КОЛЕКТИВИТЕТА

Цоунсов покушај да заснује корпоративни концепт групних (колективних) права започиње управо питањем да ли поједини колективитети поседују морални субјективитет независан од индивидуалних припадника групе.³⁹ Он каже да када људи постављају пи-

³⁵ *Ibid.*, 140.

³⁶ О каквој је политици заправо реч? Квебек је на пољу заштите француског језика донео бројне законске прописе. На пример, родитељима франкофонима и имигрантима није дозвољено да своју децу уписују у школе на енглеском језику, док је англофонима остављена могућност избора (Закон бр. 101). Такође, донет је већи број одредби којима се ограничава употреба енглеског језика у сфери пословања.

³⁷ С. Taylor, „The Politics of Recognition“, *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, (ed. A. Gutmann), Princeton University Press, New Jersey 1994.

³⁸ *Ibid.*, 54.

³⁹ Јеал Тамир сматра да Разова интересна теорија колективних права може бити одбрањена само ако прихвати тезу „да групе поседују интересе који су несводљиви на интересе појединаца“, те да ти интереси, односно добробит колективитета, представљају врховну вредност коју ваља заштити колективним правима. Међутим, као што је већ истакнуто, Раз није спреман да напусти позиције вредносног индивидуализма. Он каже: „Културне и друге групе имају сопствени живот. Али њихови морални захтеви за поштовањем и просперитетом почивају у

тање да ли колективитети могу бити титулари права, они то чине на исти начин као када питају да ли фетуси, животиње или будуће генерације могу да буду носиоци права. Тачније, иза тако формулисаног питања стоји дилема да ли „треба да доделимо морални статус групама на начин како морални статус додељујемо индивидуалним лицима. Ако је одговор потврдан, онда групу можемо појмити, као што појединца можемо појмити, као несводљив ентитет који је титулар права.“ С друге стране, негативан одговор значи да људи „поричу да групе могу бити носиоци права управо зато што поричу да групама можемо исправно доделити ону врсту несводљивог моралног статуса какав додељујемо појединцима.“⁴⁰

Овај аутор своје становиште, по којем колективитети поседују морални субјективитет, назива „корпоративном“ теоријом, како би јасно нагласио да потенцијални титулар права јесте група, као јединствен корпоративни ентитет, а не скуп интересно повезаних појединаца, што је импликација Разове теорије, коју назива „колективистичком“. Дакле, оно што једну групу чини потенцијалним титуларом права није то што њени припадници имају одређени заједнички интерес који их повезује, већ то што група поседује морални статус који је „логички предуслов“ и претходи интересима и правима групе.⁴¹

Цоунс илуструје разлику између своје и Разове теорије на примеру права на национално самоопредељење. Он каже да ће, према корпоративном концепту, нација бити сматрана ентитетом који поседује дистинктиван живот и идентитет који други морају признати и поштовати. Стога нација треба да буде политички призната и да ужива право на самоопредељење: „Негирати нацији ово право значи повредити њен статус као нације, као што негирати некоме право да сам обликује сопствени живот значи повредити његов статус као личности“. Насупрот овом утемељењу права на самоопредељење стоји аргументација коју је Раз развио заједно са Маргалитом, према којој је поменуто право засновано на интересима оних који припадају групи, а не на основу самог статуса нације (*nationhood*). Према том гледишту, у крајњем исходу „нације поседују права на самоопредељење само зато што та права служе добробити појединаца.“⁴²

потпуности на њиховом значају за просперитет индивидуалних људских бића.“ J. Raz, „Multiculturalism: A Liberal Perspective“, *Dissent*, Winter 1994, 72. Стога, Тамирова закључује да „на својим сопственим основама Разов аргумент не успева да зашнује статус група ... као потенцијалних носилаца права“, Y. Tamir, 171.

⁴⁰ P. Jones, „Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights“, *Human Rights Quarterly* 21, 1/1999, 86.

⁴¹ P. Jones, (1999a), 363.

⁴² *Ibid.*

Доунс напомиње да не намерава да изврши темељну анализу критеријума које би један колективни ентитет морао да задовољи да би био титулар права. Очито је, наставља он, да се они који подржавају корпоративни концепт не морају слагати у погледу свих тих критеријума. Ипак, „постоји један услов на којем сваки поборник корпоративног концепта мора инсистирати: да група која је титулар права поседује јасан идентитет као група.“ Морални идентитет групе која је потенцијални титулар права не сме зависити од претходног постојања интереса или права.⁴³

Ово становиште је, заправо, на трагу теза које је у серији чланака 70-их и 80-их година двадесетог века изнео Вернон Ван Дајк (*Van Dyke*). Поменути аутор је вратио проблем мањинских култура и колективних права у средиште либерално оријентисане политичке теорије.⁴⁴ Полазећи од иницијалне сличности између двају потенцијалних субјеката права – корпорација, као правних лица, и народа, нација, као група, он истиче да су ове потоње „другачије од корпорација утолико што не представљају творевине државног права. Оне настају – као што је то понекад случај са нацијама – независно од државе, отварајући питање да ли оне могу имати морална права и способност да изложе моралне захтеве, независно од њиховог правног статуса.“⁴⁵

Упориште за своје тврдње о правном субјективитету различитих колективитета он је налазио не само у бројним међународно-правним инструментима, већ и у унутрашњем праву многих земаља које се уобичајено називају либералним демократијама. Из правног статуса тих колективитета, по његовом мишљењу, лако се може извести закључак у погледу њиховог моралног субјективитета. Ван Дајк каже: „Нелогично је, на пример, сматрати да народ колоније, који колективно стиче субјектива права (*legal rights*) у моменту додељивања независности, не поседује моралне захтеве до тог момента.“⁴⁶ Он је, при том, имао недоумице у погледу потенцијалних колективитета – титулара права, па је као кандидате наводио етничке заједнице, нације и народе зависних територија, али и државе и синдикате, који су правна лица. С друге стране, могућност правног суб-

⁴³ *Ibid.*, 365.

⁴⁴ Кимлика га зато назива „једним од пионира проучавања права етничких група“, в. W. Kymlicka, „Introduction“, *The Rights of Minority Cultures*, 4.

⁴⁵ V. Van Dyke, „The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory“, *The Rights of Minority Cultures*, 33.

⁴⁶ V. Van Dyke, „Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought“, *Group Rights – Perspectives Since 1900* (ed. J. Stapleton), Thoemmes Press, London – New York 1995, 184.

јективитета је одрицао групама које су настале случајним повезивањем, као и друштвеним и економским класама.⁴⁷

5. У ОДБРАНУ „ВРЕДНОСНОГ КОЛЕКТИВИЗМА“

Цоунс је исправно уочио да се кључне недоумице када је реч о концептуализацији колективних права воде управо око тзв. питања о вредности група као могућих титулара права (*value-of-group question*). Ово се, пак, питање тиче „вредности постојања одређених група и значаја заштите ових група од сила које би могле да их ослабе и униште, можда чак и до тачке у којој та заштита односи превагу над одређеним правима појединаца (било унутар или изван групе).“⁴⁸ У том погледу, Тамирова је у праву кад каже да „све док неко није спреман да устврди да су колективитети врста субјеката чије је постојање од врховне вредности, Разова дефиниција се руши.“⁴⁹ Као што смо видели, сâм Раз није спреман да прихвати позицију „вредносног колективизма“, већ остаје доследан ставу да вредност групе у крајњем зависи од њеног доприноса добробити индивидуалних припадника групе.

Као што сам то на другом месту подробније објаснио,⁵⁰ постоје најмање три стратегије за оспоравање позиције „вредносног колективизма“ Према првој, ова позиција је утемељена у тешко одбрањивој претпоставци да је постојање колективитета, у онтолошком смислу, нешто друго у односу на постојање њених индивидуалних припадника. Да би показала „апсурдност“ те претпоставке, Босхамерова наводи пример шпанских колонијалних освајања које је резултирало уништењем Инка цивилизације и поставља питање: „Да ли су Шпанци, дакле, *поред* Инка уништили *додатно*, да се тако изразим, и Инка заједницу?“ (курзив у оригиналу).⁵¹ Иако је ова ауторка уверена у самоочигледност негативног одговора, испоставља се да ствари нису тако једноставне. Наиме, на супротан закључак наводи анализа најтежег кривичног дела из корпуса незастаривих, међународних кривичноправних деликата – геноцида. Лемкин (*Lemkin*), творац термина геноцид, који представља кованицу од грчке именице γένος (раса, нација, племе) и латинског глагола *caedere* (убити), наглашавао је да

⁴⁷ V. Van Dyke, (1995), 33.

⁴⁸ M. Hartney, 203.

⁴⁹ Y. Tamir, 167.

⁵⁰ M. Jovanović, „Collective Rights – A Case Study of Interdisciplinary Approach in Jurisprudence“, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (специјални број)/2008 (у штампима).

⁵¹ S. Boshammer, 124.

је „геноцид усмерен против националне групе као целине, а да су радње које у себе укључује усмерене против појединаца, не у њиховом индивидуалном капацитету, већ као чланова националне групе“.⁵² Отуд, криминализована „намера да се уништи, у целини или делимично“ релевантна група може у *принципу* бити установљена и приликом лишавања живота једног јединог припадника групе⁵³ и то је управо оно што ће злочин геноцида разликовати од „обичног“ кривичног дела убиства. У основи геноцида је, стога, идеја да се физичка егзистенција колективитета *може* појмити одвојено од постојања његових индивидуалних припадника, не нужно у феноменолошком смислу, већ у смислу концептуално дистинктивног *добра* које завређује кривичноправну заштиту.⁵⁴

Друга стратегија оспоравања „вредносног колективизма“ је структурирана око донекле различите аргументације. Овде се не пориче засебно постојање колективитета, али се одриче могућност да интереси који се приписују групи буду ишта друго до интереси индивидуалних припадника групе. Тако, говорећи о проблему етнокултурног опстанка, Киш наводи: „Ми можемо да кажемо да заједница има интерес у погледу опстанка и развитка сопствене културе, уколико такође можемо да кажемо да појединци који чине ту заједницу имају интерес у погледу очувања заједнице и развитка њене културе“. Другим речима, „ако нема никога ко *за себе* очекује погодности од опстанка заједнице, онда ми не можемо разумно рећи да постоје интереси у погледу опстанка заједнице“.⁵⁵ Ово резонување полази од претпоставке да појединци у стварности калкулишу о могућим погодностима опстанака оних добара која чине културни идентитет групе, каква су језик, вероисповест, обичаји, итд. Не само да је тај сценарио мало вероватан, него је још мање вероватно свесно и вољно самоукидање једног колективитета од стране његових припадника. Правећи на једном месту опаску о језику једног народа, Дворкин каже да би „једва имало смисла рећи да би људи у наредним генерацијама више волели да им језик није на одређени начин осиромашео, губљењем одређене структуралне могућности. Недостајале би им

⁵² R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1944, 79.

⁵³ Сасвим је друга ствар то што би у пракси такав покушај за тужиоца био „Сизифов посао“.

⁵⁴ Наш правни великан Тома Живановић је наглашавао да је објекат кривичног деликта, једнако као и објекат моралног деликта, „једно људско добро (*интерес*), добро, које се, по себи, овде појављује као морално добро (*Moralgut*)“. Т. Живановић, *Основни проблеми етике (Филозофије моралне)*, Глас CLXIV, Српска Краљевска Академија, Београд 1935, 25.

⁵⁵ J. Kis, „Beyond the Nation State“, *Social Research* 63, 1/1996, 227.

речи којима би изразили – то ће рећи, показали – жаљење⁵⁶. Другим речима, ако би и будуће генерације, које немају могућност да активно учествују на положај матерњег језика, пре желеле да он буде сачуван него не, онда то још и пре важи за актуелну генерацију. Исти би закључак једнако важио и за друга добра који конституишу групни идентитет.

Хартни, ипак, примећује још и то да, ако се тврди да је колективни интерес нешто више од пуког агрегата индивидуалних интереса припадника групе, онда „у принципу, мора бити могуће да се он сукобљава са интересом већине чланова групе.“⁵⁷ Међутим, ни таква ситуација није незамислива. Да ли би, рецимо, са ове временске дистанце било могуће рећи да је интерес већине Срба 1941. године уистину био да се повлачењем из Тројног пакта сачува образ и част нације, а да би заправо колективни интерес нације да опстане и да се развија био боље и трајније обезбеђен да то није учињено на тако нагао и демонстративан начин, што је за последицу имало одмазду сила осовине и велике људске и материјалне жртве. Чини да је једно такво тумачење сасвим легитимно, премда свакако оспориво.

Најзад, трећа стратегија оспоравања „вредносног колективизма“ почива на порицању инхерентне моралне вредности колективитета. Маргалит и Раз, на пример, кажу да, иако су групни интереси несводиви на интересе припадника групе, „морални значај групног интереса зависи од његове вредности за појединце“.⁵⁸ Хартни такође напомиње да „има смисла“ рећи да нешто, рецимо опстанак или развитак заједнице, може бити добро за њу, чак иако то није добро за њене индивидуалне чланове. Међутим, овај исказ, иако тачан, морално је ирелевантан. Разлог лежи у томе што „животи индивидуалних људских бића поседују врховну вредност, а колективни ентитети изводе сопствену вредност из својег доприноса животима индивидуалних људских бића.“ Стога и опстанак заједнице може бити морално релевантан само ако представља добро за њене чланове.⁵⁹

За поборнике ове тезе, најснажнији доказ у прилог позиције „вредносног индивидуализма“ јесте њена самоочигледност. Тако, Хартни говори о „истини вредносног индивидуализма“,⁶⁰ а следи га и Босхамерова која поручује „да је тврдња о примарном значају слободе и добробити појединца, које је вредно заштите од било каквих

⁵⁶ R. Dworkin, „Can A Liberal State Support Art?“, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1985, 230.

⁵⁷ M. Hartney, 209.

⁵⁸ A. Margalit, J. Raz, 450.

⁵⁹ M. Hartney, 206–207.

⁶⁰ *Ibid.*, 208.

колективних циљева и колективних ‘ентитета’, *достигло* (обележио М. Ј.) статус објективне истине“, будући да „нико у западном свету и западњачкој филозофији не доводи озбиљно у сумњу ову тврдњу, па се она може узети здраво за готово“.⁶¹

Управо овај последњи исказ упућује на суштину проблематичности тезе о самоочигледности. Наиме, рађање и потоња доминација поменутог становишта, које Тејлор назива „атомизмом“ и „методолошким индивидуализмом“,⁶² јесте плод управо одређеног друштвено-историјског контекста. Бобио (*Bobbio*) успон ове доктрине, која је била оштро супротстављена средњовековној идеји органског карактера државе и њеној инхерентној вредности, везује за 17. век и појаву Локове (*Lock*) књиге *Two Treatise of Government*.⁶³ Данас се, међутим, може приметити да је дошло до „бесповратне трансформације у начину на који се схвата групни идентитет“.⁶⁴ Чак и они аутори који овај тренд не одобравају у нормативном смислу, приморани су да признају његово постојање у стварности.⁶⁵

Поред указивања на то да, противно увреженим схватањима, са „вредносним индивидуализмом“ није дошло до „краја историје“, позиција „вредносног колективизма“ се може бранити и неким супс-тантивнијим аргументима. Тако, Тејлор уверљиво показује, на примеру језика, да нису сва добра „сводива“ и „инструментална“. Он каже да је „језик створен и одржаван у континуираним међуодносима који се одигравају у језичкој заједници. Ова потоња је *locus*; и то је оно што у крајњем искључује методолошки индивидуализам“.⁶⁶ Језик, као и друга културна добара јесу, стога, инхерентна добра.⁶⁷

Да сумирамо. Показано је да се за колективне ентитете може појмити да егзистирају независно од својих индивидуалних припадника. Надаље, видели смо да се и о колективним интересима може говорити тако да се под тим не подразумева пуки механички збир индивидуалних интереса. Најзад, разјашњено је да је становиште „вредносног индивидуализма“ продукт једне историјске епохе и да као такво не може бити сматрано „истином“. У исто време, насупрот уверењу противника „вредносног колективизма“ да је ова позиција

⁶¹ S. Boshammer, 137.

⁶² C. Taylor, 128–129.

⁶³ N. Bobbio, *The Age of Rights*, Polity Press, Cambridge, 1996, 41.

⁶⁴ D. Miller, „Group Rights, Human Rights and Citizenship“, *European Journal of Philosophy* 10, 2/2002, 186.

⁶⁵ Френк га pejоративно назива „постмодерним неотрибализмом“, в. Т. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, Oxford 1995, 140, 143.

⁶⁶ C. Taylor, 134.

⁶⁷ *Ibid.*, 137.

„контраинтуитивна“;⁶⁸ постоји много показатеља у новијим инструментима, како међународног, тако и унутрашњег права, да живимо у времену у којем је „вредносни колективизам“ признат управо интуитивно, ако већ не на систематски начин.

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа)

Miodrag A. Jovanović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade School of Law

ARE THERE COLLECTIVE RIGHTS?

(Part one)

Summary

Proceeding from wording of several legal provisions, both of domestic and international law, the author tries to determine whether, besides natural and juristic persons, one may speak about the emergence of the third category of right-holders – collectives, groups. Though particularly certain norms of public international law indisputably imply this kind of conclusion, the author nevertheless decides to examine the justifiability of this concept within several legal-theoretical models. In this respect, the author tends to demonstrate that the coherent concept of collective rights is not possible to ground neither in the interest theory of J. Raz, nor in the theory of participatory goods of D. Réaume, but only in the one that follows the basic propositions of the corporate theory of P. Jones. This theory is, on the other hand, tightly connected to the standpoint of „value-collectivism“, according to which collectives are intrinsically valuable.

Key words: *Collective rights. – Interest theory. – Participatory goods. – Corporate theory. – Value-collectivism.*

⁶⁸ S. Boshhammer, 134.

Др Весна Клајн-Татић

виши научни сарадник
Института друштвених наука у Београду

ЛЕГИТИМНОСТ ДОНОРСТВА ЉУДСКИХ ОРГАНА НА КОМЕРЦИЈАЛНОЈ ОСНОВИ

*Упркос чињеници да закони о трансплантацији широм света редовно садрже одредбе којима се забрањује трговина органима намењеним лечењу, аутор настоји да докаже да је донација људских органа теретним правним пословима, макар били *sui generis*, и с етичке и с правне тачке гледишта легитимна. Аутор утврђује, најпре, да су органи од живих и од умрлих давалаца ствари у смислу грађанског права, али ствари посебне врсте – *sui generis*, која је условљена њиховим пореклом, те да се, стога, не могу уподобљавати другим стварима у грађанскоправном промету. Потом, аутор заговара став према коме је располагање људским органима, као стварима *sui generis*, имовинскоправни посао по својој правној природи. При том објашњава да посао којим се располаже има своје особености и да се не може подвести под до сада познате правне послове. Бесплатно располагање није поклон, јер не може да изазове она дејства и последице које поклон обично има. А ако је такво располагање и теретно, оно није куповина и продаја, пошто не може никада да повлачи одговорност, односно гаранцију за скривене недостатке ствари. Гаранцију квалитета донираних органа (као ствари *sui generis*) треба да дају одговорни центри за посредовање, трансплантацију и координацију. Сматра да законе о трансплантацији треба изменити, јер оскудица органа изискује да буде хитно преовладана; у супротном, нелегална трговина људским органима и злочини повезани с њом биће подложни цветању.*

Кључне речи: Законодавство о трансплантацији органа. – Даваоци. – Људски органи. – Ствари *sui generis*. – Комерцијализација донорства органа.

Савремени закони о трансплантацији по правилу садрже одредбе којима се, на разне начине, забрањује трговина органима намењеним лечењу. Забрана се санкционише и казним мерама. Стицање материјалне добити коришћењем болести човека која угрожава његов живот, сматра се дубоко неморалним чином. Сем тога, постоји

уверење да би материјална корист могла бити подстицај потенцијалним даваоцима органа да сами штете своме здрављу. Трговином органима умрле особе вређа се њено људско достојанство. Здравље, дакле, не сме постати добро које се купује и продаје.¹ Та идеја је недвосмислено исказана и у нашем праву: „За давање делова људског тела ради пресађивања не може се узимати никаква новчана накнада или имовинска накнада. Под накнадом се подразумева и пружање услуга или давање било каквих погодности“.² Једном речју, принцип бесплатног донорства органа један је од основних принципа у материји донорства. Бојазан од инструментализације људског тела и појава „бубрежних колонија“ у Индији, условили су јединствен став у законодавству да људски органи не могу бити предмет продаје. „Бубрежна колонија“ у Индији наводи се у литератури као метафора за неку врсту трансфера здравља са сиромашних на богате. Сиромашни су били принуђени, да би преживели, да продају своје бубреге оформивши насеље „донора“ ових органа.³

Међутим, чини се да је забрана продаје органа ствар инерције и непромишљања законодавца о девастирајућим последицама таквог решења. У најмању руку је необично што закони о трансплантацији

¹ Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд 2004, 115 фн.41.

² Члан 12. Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела, донет у време СФРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 63/1990 (у даљем тексту: Савезни закон) као и чл. 24–26. На ово питање се односи и чл. 54а, ст. 1–5: „Насилно узимање људских органа или делова тела“ Кривичног закона Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 26/77 и *Службени гласник РС*, бр. 29/03. У француском законодавству в. чл. 665–12 и 665–13 *Loi No. 94–654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *Journal officiel de la République Française*, 30 juillet 1994, а у немачком § 17. и § 18. Закона о давању, узимању и пресађивању органа од 11.11.1997. године (скраћено: Закон о трансплантацији), *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1997, Teil I*, Nr. 74, 2631–2638; в. и чл. 10. канадског *Trillium Gift of Life Network Act*.

У литератури в. З. Кандић-Поповић, „Донорство органа – пример француског права“, *Актуелни правни проблеми у медицини* (Љ. Круљ *et al.*), ИДН, Београд 1996, 35; Љ. Круљ, „Немачки Закон о трансплантацији“, *Правни живот*, бр. 9/98, 279; П. Каличанин, *Медицинска етика и медицинско право*, Београд 1999, 286; 298; В. Беширевић, „Богови су пали на теме – о уставу и биотици“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/06, 205. Ово питање је изазвало пажњу и низа организација, в. *Multi-Organ Transplant Program – Legal Aspects*, London Health Sciences Centre 1996–2005, <http://www.ihse.on.ca/transplant/legal.htm>, 9. август 2006; Council of Europe, Committee of Ministers Recommendation Rec (2004) 7 of the Committee of Ministers to member states on organ trafficking (Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2004 at the 884th meeting of the Ministers' Deputies), [https://wed.coc.int/View Doc.](https://wed.coc.int/View Doc..), 1–3, 11. август 2006; Изјава о трговини живим органима, октобра 1985. и Изјава о односу лекара према трансплантацији људских органа, септембра 1994. *Светског медицинског удружења*, итд.

³ З. Кандић-Поповић, 34 фн. 23.

широм света скоро једнообразно изричу ову забрану. Такође је не-обично што ниједан од ових закона не налази да је потребно (чак, неопходно) да се изјасни о томе шта су људски органи, одвојени од тела донора, по својој правној природи, као ни да утврди ко има право својине на њима. Стога се намеће мисао да је изречена забрана трговине људским органима више ствар правне политике, него научно-поправно утемељеног става. Основне правне претпоставке за допустивост донорства људских органа на комерцијалној основи јесу: прво, да су људски органи ствари у грађанскоправном смислу и да су предмет правних послова, и друго, да су људски органи власништво донора односно да донор има право својине на њима. Право својине подразумева право контроле, располагања и продаје.

Француски законодавац, на пример, упркос успостављању забране продаје елемената људског тела, не негира правну природу људских органа, ткива и ћелија као „ствари у промету“ (*choses en commerce*). Донорство се заснива уговором, а према члану 1128. *Code civil*-а, предмет уговора могу бити само ствари у промету.⁴ Гледиште о правној природи људских органа у циљу трансплантације, које ми заступамо у овом раду, није усамљено.⁵ Јасно изјашњавање о поменим претходним правним питањима у законима о трансплантацији од круцијалног је значаја. Уз уважавање свих специфичности и ограничења у погледу допустивости располагања људским органима на комерцијалној основи у правном промету, која су условљена поре-клом ових ствари, омогућило би, или би бар дало прилику, да се превлада проблем перманентне оскудице трансплантабилних органа и повећа њихова понуда, пре свега, од живих донора који су, са медицинске тачке гледишта, повољнији од умрлих. С друге стране, пажљивим обликовањем правне процедуре, илегално тржиште људских органа могло би се неутралисати, или чак угасити, и увести комерцијално располагање човековим органима у нормалне тржишне токове понуде и тражње. Најзад, пошто мрежа за комерцијално обезбеђивање органа већ постоји, трговина органима не може данас бити ограничена унутар једне јурисдикције. Ма који облик легализације и ограничења на праксу трговине органима мора бити међународног карактера, да би био делотворан.

Указаћемо, најпре, на питање правног статуса људског тела и његових делова у грађанском праву уопште и на појам људског органа у упоредном праву посебно, а потом ћемо се усредсредити на пи-

⁴ *Ibid.*, 35–36.

⁵ В. на пример J. Mason, R. Smith, G. Laurie, „Body as property“, *Law and Medical Ethics*, Butterworths, London – Edinburgh – Dublin 1999⁵, 485–486; E. Deutsch, *Medizinrecht*, Springer-Verlag 1997³, 365; R. Kishore, „Human organs, scarcities, and sale: morality revisited“, *J. Me Ethics* 2005, 31: 326–365, <http://jmc.bmjournals.com/cgi/content/full/31/6/362>, 9. август 2006, итд.

тање даваоца као продавца које је спорно и са етичке и са правне тачке гледишта. Наведена питања размотрићемо како из угла правне теорије, тако и са становишта позитивног права, пре свега, правних прописа земаља-чланица Европске уније, САД, Канаде и Индије, као и међународних докумената Савета Европе. Прописи страних правних система биће упоређени са одговарајућим прописима нашег позитивног права, као и наше правне теорије.

1. ПРАВНИ СТАТУС ЉУДСКОГ ТЕЛА И ЊЕГОВИХ ДЕЛОВА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

1.1. Општи поглед

Опште правило да људско тело и његови делови не могу да буду ствар или објект права представља лепу тековину правне цивилизације. Тврдња, међутим, да људско тело односно његови делови постају, додуше, у новом виду, изузетно и у ограниченом обиму, поново ствари у праву, па и у грађанском праву, није узрокована назадовањем људске цивилизације, него једном њеном веома корисном тековином – развојем медицине, тачније биомедицине. Није, дакле, реч о враћању на старе варварске правне установе у којима је људско тело било ствар, већ о увођењу нових правних уснова које треба да дају одговарајућу правну форму захтевима живота у вези са могућношћу пресађивања појединих органа и ткива са тела једног човека на другог, трансфузијом крви, инсеминацијом, у искоришћавању састојака неких људских органа, ткива и ћелија за производњу различитих лекова, као и у научне сврхе.⁶

Поставља се питање: какве су теоријске могућности и практичне последице конструисања делова људског тела као ствари. Како је већ било речено, основна претпоставка комерцијалног коришћења човекових органа и других делова тела јесте да они могу да буду предмет правних послова. При том, наравно, треба правити разлику између особе као носиоца субјективних права и обавеза, с једне стране, и људских органа и других делова тела као предмета правних послова, с друге стране.⁷

Тело живог човека као целина није ствар, већ предметни део личности, а право на тело човека је његово темељно лично право. С друге стране, правна квалификација одвојених делова тела (органа,

⁶ А. Гамс, „Људско тело и његови делови као ствари у грађанском праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1–2/2006, 192 и даље.

⁷ М. Сјеничић, „Комерцијално коришћење човекових телесних супстанци – Осврт на немачко право“, *Правни живот*, 9/2003, 319–320 фн. 9.

тківа, ћелија и других телесних материјала) је, у правној теорији, спорна. Једно је становиште да се ради о стварима подобним за својину, а друга струја заступа мишљење да треба водити рачуна о пореклу органа и других делова тела и да, стога, на њима треба признати опстојеће право личности носиоца органа и других делова тела односно да су они, и после одвајања, опстајући део личности носиоца тих органа одн. делова тела.⁸ За оба мишљења њихови противници и поборници износе ваљане разлоге за и против, али превагу ипак односи стварноправно орјентисан став: органи и други делови тела одвојени од човека ствари су подобне за промет и налазе се у својини носиоца органа односно другог дела тела живог човека. Право на сопственом телу продужава се као својина на одвојеним деловима тела. Ипак, одвојени делови тела (па и људски органи) имају, у односу на друге ствари у правном промету, посебан положај условљен њиховим пореклом. Личноправне везе носиоца органа или других делова тела са самим органима или другим деловима тела опстају и након одвајања од тела. Ови органи и други делови тела, макар и ствари, представљају проистикање личности носиоца која је у њих дубоко урезана. Повреда права личности носиоца органа или другог дела тела неадекватним коришћењем одвојених делова тела испитује се независно од својинских односа на деловима тела. Дакле, код сваког коришћења људских органа и других делова тела треба, независно од питања својине, испитати да ли се повређује право личности ранијег носиоца права. Опште право личности је, путем поступања са одвојеним деловима тела, повређено онда када околности поступања шкоде личноправним интересима носиоца делова тела односно када су прекршене (порекнуте) нужне претпоставке за реализацију његове личности или су повређене његове личне вредности.⁹

Леш је, услед нестанка правног субјективитета, додуше, ствар, али ипак није део имовине и на њему не може постојати право својине, нити може бити предмет правног промета. Када човек престане смрћу да постоји, добра која су била за њега везана не постају слободна, већ на њима, па и на лешу као целини, опстаје право личности умрлог, што омогућава и осигурава посморталну заштиту личности. Поред тога, настаје и право наследника (рођака) умрлог на бригу о њему, али не и њихово право својине на лешу. Када се ради о одвојеним деловима леша, постоји, сходно § 1922. немачког Грађанског законика, на пример, искључиво право присвајања наследника, које је ограничено путем постојећег права личности умрлог. Наследници немају аутономно овлашћење, ни право одлучивања у односу на одвојене делове леша. Они смеју да предузимају само мере које су у

⁸ *Ibid.*, 320 фн. 10.

⁹ *Ibid.*, 320 фн.13, 14 и 15.

сагласности са поштовањем личности умрлог. Повреду опстојећег права личности, у случају одвојених делова тела леша, треба доказивати независно од односа својине на лешу.¹⁰

Како се ембрион цени као потенцијални живот, њега треба правно квалификовати као живог или као умрлог човека, у зависности од тога да ли се ради о живом или угинулом ембриону.¹¹

1.2. Појам људског органа у упоредном праву

Људски орган изгледа, на први поглед, појмовно неспоран. Ипак, уочљиво је да законодавства појединих земаља различито одређују тај појам. На пример, у Закону о трансплантацији органа Велике Британије (*Human Organ Transplants Act*) из 1989. године, наведено је да се људским органом сматра бубрег, јетра, срце, панкреас, плућа, коштана срж, рожњача, око, кост, кожа, као и сваки други орган који је одређен посебном регулативом Секретара здравствених и хуманих служби (*Secretary of Health and Human Services*), осим крви. То значи да се регенеративна ткива, попут коже, сматрају органима. У британској правној теорији указује се на чињеницу да давање ткива које се може брзо заменити – као што је крв и коштана срж – не изазива, у пракси, веће техничке и етичке проблеме осим оних о комерцијализацији, а да су главни проблеми повезани са давањем нергенеративних ткива. Осим тога, истиче се да је принцип *common law*-а да ниједна особа не може да пристане да буде убијена или озбиљно повређена. Тиме је случај давања срца живе особе искључен. Ово је, наравно, екстреман пример. Изван њега, оцену законитости узимања органа од живих особа, која зависи од одмеравања разлога ризик-корист који су укључени у поступак, тешко је донети са сигурношћу, зато што се техничке границе медицине непрекидно шире. Пре неколико година о законитости давања јетре рекло би се исто што и о срцу. Данас је, међутим, коришћење сегмената (делова) јетре одраслог у педијатријској трансплантационој терапији прерасло стадијум експеримента и клиничког испитивања. У ствари, пошто се јетра регенирише и анатомски и функционално, делимично давање јетре више је сродно давању (и пресађивању) коштане сржи, него трансплантацији органа. С друге стране, по *common law*, узимање (даривање) органа живих (као што је давање живог плућног крила) законито је и морално, под условом да неће нужно узроковати велику повреду даваоцу. Хируршка операција која није, сама по себи, терапеутска, биће пуноважна све дотле док се за задате последице повреде може доказати да нису противне друштвеном интересу.

¹⁰ *Ibid.*, 320–321 фн. 17.

¹¹ *Ibid.*, 321 фн. 19.

У француском праву се људски орган, где се сврстава и коштан срж, разграничавају од ткива, ћелија и продуката људског тела, тако да кожа нема статус органа, за разлику од решења које је усвојено у британском праву (чл. 671–7 француског Закона). Упркос томе што се у погледу донорства органа, ткива и ћелија установљавају одређени заједнички принципи, у погледу донорства органа установљавају се шира ограничења, а предвиђене су и строже казне ако се орган уступа за новчану накнаду. Интенција француског законодавца је да у неким аспектима правног режима друкчије третира даваоце органа од давалаца других елемената и продуката људског тела. Примера ради, експлицитно се забрањује узимање органа од живих давалаца мимо терапеутског циља (што није случај са решењем које усваја британско право), док се ткива, ћелије и продукти људског тела, осим у терапеутске, могу да узимају и у научне сврхе.

У нашем праву су органи, као и ткива и ћелије, дефинисани као делови људског тела који представљају функционалну целину, који се чувају под посебним условима који спречавају њихову квалитативну промену, који су обрађени – типизирани и чија је подударност услов за успешно пресађивање (чл. 2, ст. 2. Савезног закона). У нашој правној теорији истиче се да из ове одредбе општег карактера произилази да људски органи, све врсте ткива, коштан срж, репродуктивне ћелије, као и кожа, имају као функционална целина, статус делова људског тела, што их изједначава у погледу правног режима узимања. Такво решење оцењује се као неоправдано, будући да у српском праву не постоји посебно законодавство у домену асистираних репродукције (и пренаталне дијагнозе). Осим тога, у одредбама чл. 2, ст. 1. Савезног закона и чл. 78. Републичког закона¹² изричито се наводи да се делови тела могу узимати и пресађивати само ако је то медицински оправдано, односно ако је то најповољнији начин лечења лица. Из тога се може закључити да је узимање ткива и ћелија и у научном циљу искључено, што је у супротности с преовлађујућим становиштем које се, по овом питању, заступа у законодавству западних земаља, одговарајућој Конвенцији Савета Европе и у правној теорији.

На основу изложених решења, уочљиво је да је појам људског органа различито дефинисан и да може да укључи, осим тзв. „компактних“ органа (као што су бубрег, панкреас, итд.) и друге елементе, као што је коштан срж или регенеративна ткива, као што је кожа. Међутим, разграничење органа (без обзира шта тај појам подразуме-

¹² Закон о здравственој заштити Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.17/92. Чланови 78–85. 333 Србије из 1992. остали су на снази после ступања на снагу новог 333 Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр.107/05 (скраћено: Републички закон).

вао) од ткива, ћелија и продуката људског тела, има јасне правне кон-секвенце. Органи су (посебно, нерегенеративни), као предмет до-норства, по правилу подвргнути строжем правном режиму, посебно када је реч о донорству *inter vivos*. То важи и у погледу циља (изри-чита забрана узимања органа ван терапеутског циља) и у погледу мотива (забрана продаје), а понекад и у погледу круга прималаца (на пример, блиски сродници). С друге стране, ткива, ћелије и продукти људског тела као предмети донорства подлежу „блажем режиму“, па је у неким правним системима допуштена, на пример, продаја крви и семене течности, а понекад се, како је речено, циљ донорства про-ширује (терапеутски и научни циљ).¹³

2. ДАВАЛАЦ КАО ПРОДАВАЦ

2.1. Општи поглед

Недовољан број давалаца органа у односу на број потенцијал-них прималаца на листама чекања на донацију органа, трајно је и нерешено питање од самих почетака извођења трансплантационих операција. Није неуобичајено за оне који су на листама чекања да умру пре него што приме подесан (одговарајући) орган. Законодавне политике у законима о трансплантацији, као што су ограничавање појма смрти на смрт možданог стабла; рутинско прибављање органа с увођењем обавезног „захтевања тражења“ од стране тимова на одељењима интензивне неге; увођење претпостављеног пристанка донора;¹⁴ повишење границе горњих година старости донора; по-пуштање ограничења која се односе на „генетски блиско донорство“ (донацију између чланова исте породице) и допуштање донација од странаца (недродника) – нису решиле проблем оскудице органа за трансплантацију. Закони о трансплантацији, посебно у земљама-чла-ницама Европске уније, регулисани су и недовољно и незадовоља-вајуће, тако да већина јурисдикција није у стању да обузда илегални саобраћај органа.¹⁵

Проблеми оскудице трансплантабилних органа и илегалне тр-говине органима истрајавају већ скоро три деценије. Забрана тргови-не органима у законима о трансплантацији која, такође, истрајава, очигледно показује да ово законско решење није реалистично. По

¹³ Упор. В. Клајн-Татић, „Етичка и правна разматрања донорства *inter vivos*“, *Правни живот*, Том I, 9/2007, 334–336 фн. 8–12.

¹⁴ Упор. В. Клајн-Татић, „Узимање органа од умрлих давалаца – медицински, етички и правни проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2007, 271–287.

¹⁵ Упор. R. Kishore, 1–2.

правилу, исправност једног законског решења потврђује или демантује сâм живот (време). Законско решење о коме је овде реч демантује живот, јер оно неоправдано идеализују не само стварне друштвене односе, него и природу човека као такву. Да ли, дакле, законску забрану трговине људским органима треба изменити и допустити донорство људских органа на комерцијалној основи; да ли такође, треба уважити општа правила грађанског права у погледу правне природе и права својине на људским органима, о којима је раније били речи, а о којима се закони о трансплантацији не изјашњавају? С циљем да дођемо до одговора на постављена питања и оценимо исправност критичког осврта који смо изнели у погледу мањкавости и нереалистичности садашњих законских решења у законима о трансплантацији, потребно је да се упустимо у анализу три питања: прво, моралног садржаја појединог поступка давања органа за новац; друго, аргумената против финансијског подстицаја и продаје и, треће, правне природе правног посла – донације органа.

2.2. Морални садржај појединог поступка давања органа за новац

Моралност је увек контекстуална; зависи од тога како и у ком контексту се тумаче вредности. Основни етички проблем укључен у трансплантацију органа јесте да ли особа има право да ужива живот на основу органа који припада другом. Кад је једном извршен избор да се на ово питање одговори потврдно, то је, онда, и признање (спремност) да се нанесе повреда једној особи (у овом случају донору) да би се унапредило здравље друге особе (у овом случају примаоца) или да би се продужио њен живот. Тиме је жртвован дуго негован принцип о незлочинству у медицини (*primum non nocere*). Да ли органи долазе путем донације (дара, добротинства) или продаје ствари (органа), ствар је индивидуалног избора и околности. Чак и ако особа даје свој орган вољно и без ма које мисли о рекомпензацији, она трпи повреду свог тела. Чињеница је да је у сваком дару или донацији укључена извесна врста очекивања, мада се она можда не односи на материјалну корист. У случају живих давалаца, орган се даје одређеној особи која, у ствари, можда није, са медицинске тачке гледишта, у највећој потреби или најзаслужнија с обзиром на озбиљност њене болести, период чекања, године старости, породичне околности, способности даваоца да сноси посттрансплантациону терапију и друге критеријуме. Ово значи да је поступак донације обележен разматрањима о персоналним односима, избору и преференцијама.

Донација није увек тако искрен поступак алтруизма или људске солидарности (као што то желе да представе закони о трансплантацији), већ је пре мотивисана жељом да се спасе живот неком бли-

ском и драгом, због потребе даваоца за сигурношћу у погледу сопствене удобности и будућности. Чак и донација извршена странцу није без разматрања о могућој користи, на пример, жељом да се испуни религиозна дужност, исправи погрешно поступање у прошлости, добије морална сатисфакција или, да човек види самог себе као доброг Самарићанина. Према томе, процена (суд) о вредностима поступка особе (даваоца) којој се узима орган да би ослободила другог човека од болести или да би га спасла од неизбежне смрти, не може да буде назван неморалним просто зато што је поступак удружен са разумним материјалним разматрањем.¹⁶ Ако је принцип праведности врховни принцип, и ако желимо да одмераваом поступке у складу са тим принципом, онда се мора рећи да од поступка трансплантације имају корист/профит: прималац, пре свега, затим, трансплантациони хирург, болничари (болничарке), болница и компаније лекова. Свако ће бити плаћен у неком облику, изузев даваоца. Даваоцу не само што неће бити плаћено, већ ће он често морати, по садашњим законима о трансплантацији, да говори неистину о природи односа који има (а који, заправо, можда нема) са примаоцем, поготово у случају да орган донира странцу – несроднику. Извесно је да има људи, и то не мали број њих, који би оценили да је ова ситуација непоштена у односу према даваоцу.¹⁷ Према законима о трансплантацији у већини јурисдикција у свету, продавац органа изједначен је са криминалцем који је извршио гнусан злочин, будући да се продаја органа третира као озбиљан преступ.¹⁸ Чини се да овакво законско решење показује суштинско неразумевање овог проблема. Јер, давалац који продаје свој орган чини то и у доброј вери да је његов орган намењен да сачува живот љуског бића и он је убеђен да не чини тиме ништа неморално или нехумано. Криминалац (злочинац) нема таква морална уверења или оправдања, већ извршава дело само због своје личне добити, не марећи за губитак или повреду коју наноси жртви. Према томе, изгледа да законодавне политике на пољу трансплантације органа нису сагледале све моралне аспекте овог питања и да одражавају јединствени друштвени патернализам.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*, 2.

¹⁷ Упор. S. Dubner and S. Levitt, „Freakonomic – Flesh Trade“, *The New York Times* – Magazine Published: July 9, 2006, <http://www.nytimes.com/2006/07/9magazine/>, 1–3, 11. август 2006.

¹⁸ В. на пример *Human Organ Transplant Act* 1989s 1(5) Velike Britanije (London: HMSO, 1989) који прописује казну за донора до осам година затвора и/или глобе, као и Венецуеле (*Law of 19 July 1972 of Venezuela on Organ Transplantation*, „International Digest of Health Legislation“ 1972: 23: 636); у Индији казна се може протезати изнад 7 година затвора и/или на глобу изнад 20.000 рупија, упор. R. Kishore, 2 фн. 7, 8 и 9.

¹⁹ *Ibid.*

2.3. Аргументи против финансијског подстицаја и продаје

Приговори против продаје органа су „разводњавање алтруизма у друштву, ризик да би квалитет донираних органа био смањен, сумње у вези са добровољношћу оних који прихватају финансијске подстицаје за донацију и третирање људских бића и њихових делова као робе“.²⁰ У најкраћем, аргументи против продаје органа своде се на два главна: први је да је продаја супротна људском достојанству, а други је да продаја крши једнакост. Да испитамо ове аргументе.

1) *Да ли је продаја органа супротна људском достојанству?* У данашњем етичком промишљању људског достојанства садржана је „згодна“ алатка за мерење етичког садржаја биотехничких достигнућа и њихове примене у биомедицини, повремено, без прецизирања његове истинске садржине и последица. У контексту овог разматрања, поступак продаје органа, који се заснива на потреби да се спасу бар два људска живота, један неизлечиво болесног (примаоца), другог гладног (даваоца), не мења садржину појма људског достојанства. Пре, биће супротно људском достојанству не потпомагати извршење таквог поступка. Ако продавац (донор) није у стању да дâ слободан и информисан пристанак због притиска сиромаштва и насушне потребе да дође до новца, купац (прималац) такође није у стању да дâ такав пристанак због притиска болести и хитне потребе да спасе свој живот. Отуда ниједна од укључених страна није у стању да дâ слободан и информисан пристанак због присиљавајућих околности у којима су се обе стране нашле. Другим речима, ово значи да целокупно извршење трансплантације органа није до краја у складу са принципом слободног и информисаног пристанка. Стога није ни етично, ни у складу са људским достојанством, да само продавац (донор) бива проглашен окривљеним.²¹ Осим тога, узимање органа од умрлих давалаца са претпостављеним пристанком у њихово име или, поступак проглашавања мртвом особе због смрти можданог стабла да би се омогућило да се уклоне органи из њеног тела, уведени су једино да би се повећао број трансплантабилних органа, али се то не сматра супротним људском достојанству!²² Забрана продаје органа чини ствари горим, јер се њом ограничава транспарентност, подстиче страх и подмитљивост. Ствар плаћања је логистичка димензија, а не суштински аспект трансакције (правног посла).

2) *Да ли се продајом органа крши једнакост?* Зебња да ће органи постати скупи, који иду изнад платежне моћи обичног човека,

²⁰ *American Medical Association: Council on Ethical and Judicial Affairs*, „Financial incentives for organ procurement: ethical aspects of future contracts for cadaveric donors“. *Arch Intern Med* 1995: 155: 581–9; Упор. К. Kishore, 3 фн. 10.

²¹ К. Kishore, 3.

²² *Ibid.*; упор. и В. Клајн-Татић, (3/2007), 271 и даље.

није основана. Трошкове може увек да контролише држава кроз коришћење регулаторних механизма, као што то чини у случају других добара и услуга. Осим тога, друштвено-економске неједнакости присутне су у свим круговима друштва, и у свим земљама света, не само кад је у питању продаја трансплантабилних органа. Најзад, целокупни здравствени систем предмет је тржишних закона и у сиромашним и у развијеним земљама. Многи лекови, опрема, процедуре и услуге, претерано су скупи и нису приступачни свима онима којима су потребни. Постоји увећана комерцијализација здравствених услуга, упкос снажним приговорима и апелима из јавности да здравствена заштита мора да буде расположива као благотворна мера за све. Трансплантација органа је само део овог свеукупног миљеа. Цена органа само је део укупне цене трансплантације. Ако је продаја органа експлоатација сиромашних, то није ништа више него наставак дугог процеса њихове експлоатације коју гледа свет вековима. Ако је, коначно, продаја органа сиромашних једини начин да добију новац који им је потребан да продуже своју егзистенцију, макар само привремено, како их друштво може зауставити да то не чине, када сâмо није спремно ни вољно да им обезбеди адекватна средства да преживе. Која је то врста моралности која „граби“ од сиромашних једино преимућство које им се нуди од саме природе?! Забрана продаје органа генерише неједнакости будући да врши неприкладан притисак на блиске рођаке који могу да сматрају да су принуђени да превиде ризике донације органа када њихов вољени треба да прими тако велику корист. Овај притисак своди се на принуду, која је исто толико лоша колико и она која се врши због сиромаштва и, као такву, треба је једнако искључити из донације.

Осим тога, продаја обезбеђује шири избор: продавчев орган може бити компатиблинији са примаочевим, него што је то доноров орган. Правило које постављају закони о трансплантацији, о „генетски блиском донорству“ значи, заправо, да су два члана исте породице стављена у рањиву ситуацију, која утиче на судбину и других чланова ове породице. У случају ма којих компликација или неповољних исхода, иста породица може бити жртва озбиљних несрећа и немаштине. Имајући то у виду, изгледа сигурније и правичније, да се прихвати донација од члана друге породице.²³ Наравно, транснационално кретање органа може имати за последицу да богате земље, са моћи свог новца, исцрпе органе од сиромашних земаља, чинећи популацију сиромашних земаља још рањивијом. Међутим, ово је проблем правне регулативе, која може увек лако да руководи забраном

²³ J. Kahan, „Dying to donate“, *Bioeth Exem* 2003; 7:1–4; R. Radcliffe, „Nefarious goings on“, *J. Med Philos* 1996; 21: 375–416; R. Kishore, „Organ transplantation: consanguinity or universality?“, *Med Law* 1996; 15: 93–104; Upor. Kishore, 4–5 фн. 26 i 27. Упор. В. Клајн-Татић (9/2007), 340–341.

извоза људских органа или усвајањем других прикладних стратегија. Извесно је, свакако, да разлози за забрану продаје органа нису укорени у бризи за сиромашне и болесне, већ у другим факторима који нису у вези са правом на располагање властитим органима и изискују да се о њима говори у складу с тим. „Ни умрле особе ни генетичка веза не пружају одговор на трговину деловима људског тела. Живо људско тело је животни извор прибављања органа и ткива и стога треба истражити оптималне могућности да се они искористе. Нереалистичке законе о трансплантацији треба изменити, јер оскудица органа изискује да буде хитно преовладана; у супротном, нелегална трговина људским органима и злочини повезани с њом подложни су цветању“.²⁴

2.4. Правна природа посла – донације органа којим се располаже

Наш правни писац А. Гамс, још је крајем 60-их година прошлог века, заговарао тезу да су људски органи од живих и од умрлих давалаца ствари у смислу грађанског права, али ствари посебне врсте – *sui generis*, која је условљена њиховим пореклом и да се, због тога, не могу уподобљавати осталим стварима које су у грађанскоправном промету. Осим тога, сматрао је да су располагања овим органима, као стварима *sui generis*, имовинскоправни послови по својој правној природи. При том се само поставља питање који услови треба да буду испуњени да би се таква имовинскоправна располагања људским органима сматрала моралним и самим тим правно допуштеним. Први услов је да мотив и циљ располагања морају да буду, гледишта морала, неспорни: треба да служе побољшању здравља или спасавању живота друге особе – примаоца. Циљ односно мотив мора да буде не само моралан у ширем смислу, него и хуман. Други услов је да располагање не сме да садржи у себи елементе зеленашког уговора, новчаног или другог уцењивања ни од стране даваоца ни од стране примаоца органа живе или умрле особе. То се, додуше, подразумева према општим правилима грађанског права: искоришћавање здравственог стања нужде потенцијалног примаоца и привредног стања нужде потенцијалног даваоца од стране посредника преко кога се прибављају органи, противно је праву и кривично је кажњиво. Због тога би, у оваквим случајевима, добро дошао тзв. систем регулисане цене.²⁵ Трећи услов је, али не мање важан, да у случају узимања органа од живог даваоца постоји даваочев информисани пристанак. Давалац мора да неизоставно разуме цео медицински поступак, тако да овде не постоји место за „професионалну привилегију“

²⁴ Упор. R. Kishore, 5.

²⁵ Упор. А. Гамс, 201; М. Сјеничић, 327.

лекара – хирурга који пружа обавештење (информацију).²⁶ У случају умрлих давалаца, законодавци Енглеске, Немачке, Швајцарске, Турске, САД и Канаде захтевају или сагласност умрлог исказану за живота или сагласност блиских сродника после његове смрти. Међутим, већина закона о трансплантацији држава-чланица Европске уније усваја решење о изричито исказаном противљењу за живота покојника или, у одсуству тога, о претпостављеном пристанаку покојника – донора. То значи да узимање органа од умрлих особа није у начелу забрањено, већ допуштено.²⁷

Да ли су ови правни послови имовински? Неки правни писци, нарочито француски, сматрају располагања људским органима правним пословима, али не и имовинскоправним пословима.²⁸ Но, према мишљењу које заступа А. Гамс, ова располагања морају се сматрати имовинскоправним пословима из неколико разлога. Први разлог је тај што ако су органи живог човека или кадавера ствари, макар и ствари *sui generis*, оне улазе у имовину, иако и у имовини (боље рећи у имовинској маси) морају да имају нарочит положај. Друго, правни посао је таква изјава воље (насупротив правним радњама у ужем смислу) чији се имовински ефекат у позитивном смислу (код теретних правних послова) или у негативном смислу (код бестеретних правних послова) остварује управо у имовини учесника у правном послу. Треће, у случају живог даваоца органа, несумњиво је да је давалац власник тог органа, уколико се органи и други делови тела сматрају као ствари. С друге стране, посао којим се располаже има своје особености и не може се подвести под досада познате правне послове. Ако се бесплатно уступа орган (посао без терета), он није поклон, јер не може да изазове она дејства и последице које поклон обично има (на пример, у погледу опозивања, побијања). Ако се орган уступа уз накнаду (посао са теретом), он није куповина и продаја. Такав правни посао никада не би наметао одговорност односно гаранцију за скривене недостатке ствари, рецимо, за скривене болести, наследне биолошке и физиолошке особине или реакције „ткивног имунитета“. Не постоји, дакле, могућност да се одговорност односно гаранција преносиоца људског органа од живог или од умрлог даваоца успостави на пољу грађанског права, као што је то иначе правило код двострано-теретних уговора, и за које би, иначе, по општим правилима грађанског права, одговарао преносилац. Стога би гаранцију квалитета органа давали код нас, према Савезном закону, „референтни центри за пресађивање и одређивање подударности делова људског тела“ (чл. 7), који су „дужни да чувају делове људског тела под

²⁶ Упор. В. Клајн-Татић, (9/2007), 338–340 фн. 19–25.

²⁷ Упор. В. Клајн-Татић, (3/2007), 279–281 фн. 28–36; 282–285 фн. 37–48.

²⁸ А. Гамс, 201 фн. 23.

посебним условима који спречавају њихову квалитативну промену, који су одређени – типизирани и чија је подударност услов за успешно пресађивање“ (чл. 2, ст. 2. Савезног закона).²⁹ Следи, дакле, да су располагања органима и од живих и од умрлих давалаца имовинскоправни послови посебне врсте – *sui generis*.³⁰

Изнети ставови о располагању донора властитим органима, као стварима *sui generis*, која (располагања) могу бити предмет не само добротинских правних послова, већ и имовинскоправних послова по својој правној природи, али се због својих особености не могу подвести под досада познате правне послове, чине се довољно научно утемељени, а етички и правно одбрањиви.

Сличан приступ питању даваоца – продавца заговара се и у страниј правној теорији. У британској доктрини се, на пример, констатује да је легислативни циљ Закон о трансплантацији људских органа из 1989. године (*Human Organ Transplant Act*) био да направи разлику између алтруизма и комерцијализације и да одобри прву, а да осуди другу. Доктрина о пристанку диктирала је, наводно, решење према коме је слободан, непринудан пристанак немогућ у суочавању са финансијским побудама. Усвојен је, дакле, генерални став о моралном противљењу ма којој комерцијализацији људског тела. Међутим, британски правни писци указују на то да се питање компликује са непрозирношћу британског Закона у погледу пуног признања права својине на човековим органима и другим деловима тела. Док постоји доказ у *case law* који сугерише да регенеративни телесни материјал као што је коса, крв и урин, могу бити предмет својине, судови Велике Британије и законодавство у целини, неради су да говоре о овом питању директно, кад је реч о људским органима и другим деловима тела. *Human Organ Transplant Act* не каже ништа о својини на органима као таквим и само криминализује (кажњава) оне који покушају да њима тргују.

Несумњиво је да трговина деловима тела даје повода за спектар искоришћавања, која су етички неприхватљива, зато што имају потенцијал да оштете оне који су искоришћени. Но, док нико не би био принуђен, под претњом казне, да учествује у трговини деловима тела, ипак је, према гледишту које претежно заступа британска правна теорија, прекомерно патерналистички да се избегне пристанак појединца који је вољан да прода свој орган или ткиво. То је управо она основа због које се британски Закон о трансплантацији људских органа критикује. Јер, намеће се питање да ли је, заиста, немогуће

²⁹ В. и: члан 17. Савезног закона. Упор. Службе за посредовање органима и Службе за координацију, према § 9; § 11, ст. 1–3. и § 12, ст. 2. немачког Закона о трансплантацији; Упор. Љ Круљ, 277–278 фн. 16 и 17.

³⁰ В. А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Нолит, Београд 1967, 180 и даље. Упор. А. Гамс (1–2/2006), 201–210.

замислити да комерцијални давалац органа донесе своју одлуку на промишљен начин и на властитој алтруистичкој основи. И ко, у испитивању да ли је пристанак слободан, прави разлику између спољашњег финансијског притиска и моралног притиска који се врши унутар фамилије? У најмању руку је спорно да, у затварању врата на коришћење једног дела човековог тела за добит, законодавац односно држава задаје ударац аутономији појединца у фаворизовању друштвене, фарисејске, унутрашње врлине (чедности). Нелегална трговина органима могла би бити отклоњена легализовањем плаћених даривања преко Управе за регулисање трансплантација од стране живих несродника (*Unrelated Live Transplant Regulatory Authority*).³¹ Осим тога, постоје извесни емпиријски докази да друштвено противљење плаћању за људске органе није толико снажно колико би се могло претпоставити: између 40% и 50% испитаних сматра да је пракса допуштима и примећено је да „под условом да постоје адекватна осигурања, ма који етички или законски (правни) разлози не би изискивали да се једна донација која је плаћена прогласи за болесну (морбидну)“.³² Истовремено, Европски Парламент тражи да Савет министара забрани продају органа унутар Европске уније. С друге стране, на једном међународном састанку нефролога речено је: „Осећања увреде (срамоте) и гађења која воде ка једној потпуној забрани продаје бубрега... присиљава да изгледа да поседници органа (даваоци) не захтевају никакво даље оправдање (извињење или исприку). Ипак, ако се одриче медицински третман онима који пате и умиру, нама су потребни бољи разлози од наших властитих осећања гађења“.³³ Најзад, чињеница је да је ова антипатија према продаји органа специфично западноевропско гледиште. Она и стога заслужује преиспитивање. Сумњиво је, у најмању руку, да се у земљи као што је Индија, са 1,2 милиона становника, где не постоји ниједан кадаверички трансплантациони програм и где се дуготрајна дијализа не практикује, плаћање за давање органа прогласи за неетично и за непожељно и, чак, за кривични преступ. Коначно, етичко разликовање између допуштања једном сиромашном грађанину да преузме ризик можданог оштећења у боксерском рингу и одрицање другом права да прода бубрег тешко је одредива. Дакле, по мишљењу које заговара британска правна теорија, ма која дискусија о расположивости органима од стране живих давалаца мора узети у обзир могућност њиховог снабдевања на комерцијалној основи.³⁴ Што се тиче плаћања за кадаверичке органе, британска правна теорија га, у при-

³¹ V. J. Mason *et al.*, (1999⁵), „The donation of organs and transplantation“, 348; J. Mason *et al.*, (1999⁵), „Body as property“, 485–486.

³² J. Mason *et al.*, (1999⁵), „The donation of organs and transplantation“, 349.

³³ *Ibid.*, 349 фн. 16.

³⁴ *Ibid.*, 349–350.

нципу, не одобрава. Ипак, признаје да под условом да се обликује поступак који би био строго контролисан, наиме, кроз реструктурисање Управе за регулисање трансплантација од стране живих не-сродника и под претпоставком да ће такво реструктурисање успети, награда за давање кадаверичких органа не би се показивала у тако скандалозном светлу, као што то изгледа на први поглед.³⁵

У Сједињеним Америчким Државама могућност давања органа или делова тела од живих давалаца и од кадавера за новац не искључује се ни на који начин, и сматра се да би то био добитни им-пулс. Стандардизовање награде у готовини у различитим облицима и једна „политика осигурања“ у погледу бољег положаја, опције су на врху листе у САД. Преко половине испитаника одобрава увођење потстицаја за унапређење у снабдевању органима.³⁶ Опсервација, која долази из САД, индикативна је за тренд у овој земљи, где се каже: „Једино је питање времена пре него што ће ова земља бити принуђена да одлучи о врсти комерцијалног система који треба да буде усвојен да би задовољио захтеве за могуће трансплантирање људских органа“.³⁷ Мада овакво решење може трпети приговор да изгледа сувише „амерички“, у њему су садржани многи рационални елементи и налазе се на фону реалног и прагматичног приступа питању легитимности донорства на комерцијалној основи, за који се и ми овде залажемо.

Vesna Klajn-Tatić, PhD

Senior Research Associate
Institute of Social Sciences, Belgrade

LEGITIMACY OF COMMERCIAL DEALINGS IN HUMAN ORGANS

Summary

By and large, the laws regulating human organ transplantation prohibit commercial dealings in human organs. However, the author firmly upholds legitimacy of the human organs procurement on commercial basis, both from the ethical and legal point of view; allowing for this kind of commercial dealings to constitute a class alone, *i.e.* to represent a

³⁵ *Ibid.*, 357.

³⁶ *Ibid.*, 356–357 фн. 8, 9 и 10.

³⁷ *Ibid.*, 357 фн. 11.

unique, *sui generis* type of commercial dealings. The author maintains that human organs, both from the deceased patients and the living donors, signify a particular, unique class of things – a *sui generis* category. Despite the fact that commercial dealings in human organs should be allowed, the human organs themselves may not be equated with other things people trade in.

Furthermore, the author sustains that the procurement of human organs on commercial basis cannot be classified into any of the known categories of either commercial or non-commercial dealings. The author shows that the dealing in human organs could never be identified with the unconditional gift, since the legal effects of the two are not the same. In addition, the dealing in human organs cannot be classified as a contract of sale, given that the rules on the seller's guarantee may not apply. The quality of the donated organs should be warranted by the centres for mediation, transplantation and coordination. The author calls for amending the existing laws on transplantation of human organs, in view of the fact that the scarcity of human organs leads to illegal trade and other crimes associated with it.

Key words: *Legislation on organs transplantation. – Donors. – Human organs. – Res sui generis. – Commercialisation of organs donorship.*

Др Зоран С. Мирковић,
доцент Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРАВНЕ СТУДИЈЕ КРАЈЕМ XVIII И ПОЧЕТКОМ XIX ВЕКА И БЕОГРАДСКА ВЕЛИКА ШКОЛА 1808–1813. ГОДИНЕ

Велика школа основана у Београду 1/13. септембра 1808. године већ је била предмет бројних истраживања, али су нека важна питања остала нерешена. Основно међу њима је питање карактера Велике школе, односно да ли се она може третирати као претеча Универзитета у Београду, а нарочито његовог Правног факултета. До сада је изостало детаљније сагледавање вишег и високог образовања онога времена у области правних студија у окружењу, што би могло да олакша одговор на постављено питање.

У раду се даје упоредни поглед на системе правног образовања у Руском и Аустријском царству, који су могли бити евентуални модели за угледање. Посебна се пажња посвећује правним студијама у Аустријском царству, које су похађали и завршили професори београдске Велике школе, као и они који су могли имати утицаја на њен настанак и профил. Постављају се критеријуми за поређење: наставни планови, дужина трајања наставе, број наставника, академске титуле и начин предавања. У раду се по сличним критеријумима упоређује и Велика школа (1808–1813) с потоњим Лицејем у време када је почињао с радом (1838). Аутор заступа становиште да се на основу тих поређења београдска Велика школа може третирати као претеча Правног факултета у Београду, па и Универзитета у Београду, а да је била устројена слично као и аустријске (угарске) краљевске академије.

Кључне речи: *Правне студије у Србији. – Велика школа. – Краљевска академија. – Лицеј. – Правни факултет. – Универзитет.*

1. УВОД

Ове, 2008. године, навршава се двеста година од оснивања Велике школе у Београду. Почевши свој рад 1/13. септембра 1808. године, Велика школа је већ утиском који је оставила на савремени-

ке оправдавала своје име.¹ Двојица њених познатих ђака који су оставили и писане трагове о њеном оснивању и трајању, Вук С. Караџић и Лазар Арсенијевић Баталака, су с пуно љубави и хвале писали о њој.² До сада је било бројних покушаја да се одреди карактер Велике школе: да ли је она била нешто налик на гимназију, стручну школу, да ли нешто више, као виша стручна школа, или је пак она претеча Универзитета.³ Оно што до сада није потпуније учињено, то је да се Велика школа детаљније сагледа у контексту правничког, и уопште високошколског и универзитетског образовања у Европи тог времена (па чак не само у Европи, него и у Северној Америци, дакле, у оном цивилизацијском кругу коме припада Велика школа). Такав пут би могао помоћи да се нешто сигурније одговори на питање које поставља овај текст: да ли Правни факултет и Универзитет у Београду треба да вежу почетак свога постојања за београдску Велику школу (1808–1813).⁴ У монографији поводом 165. годишњице Правног факултета Универзитета у Београду, Сима Аврамовић је записао: „Чини се да смо сами себи скратили традицију правничког школства за више од тридесет година. Из тога произлази уверење да би још једном требало озбиљно проучити и промислити шта је чинило суштину високог односно вишег правничког образовања у Европи тог времена, како је оно било организовано и како се то рефлектовало на правничко образовање у Србији. Дубоко смо уверени да би исцрпно и детаљније испитивање дало још више основа да се тврди да континуитет правних студија у нас сеже до Велике школе у Београду. Зато би можда било примереније да се годишњице постојања Правног факултета у

¹ Почетак рада Велике школе се везује за 13. септембар 1808. године по новом календару, с обзиром да је у 19. веку разлика између старог и новог календара износила 12 дана, док би у 20. и 21. веку датум почетка рада Велике школе падао на 14. септембар, с обзиром да разлика између два календара сада износи 13 дана.

² В. С. Караџић, *Грађа за српску историју нашега времена и животи најзнатнијих поглавица овога времена*, Београд 1898, 268–273; Л. Арсенијевић-Баталака, *Историја српског устанка, I део*, Београд 1898, 385–398.

³ Преглед опречних мишљења о карактеру Велике школе из Првог српског устанка видети код Р. Љушић „Од Велике школе до Лицеја (1808–1838)“, *Универзитет у Београду 1838–1988*, Београд 1988, 8–9; Љ. Кандић, Ј. Даниловић, *Историја Правног факултета (1808–1905)*, I књига, Београд 1997, 27–28.

⁴ Изузетак представља текст Првоша Сланкаменца, „Оснивање и карактер београдског Лицеја“, *Савремена школа (часопис за педагошка питања)*, година VII, Београд, 3–4/1952, 9–22, у којем аутор упоредно анализира наставне програме (и планове) на београдској Великој школи и Лицеју са наставним програмима на угарским краљевским правним академијама. Чини се да су доцније аутори преузимали закључке П. Сланкаменца, не улазећи самостално у истраживање овога питања.

Београду везују за почетак рада Велике школе, дакле за 1/13. септембар 1808. године“.⁵

Друго питање које може помоћи код одговора на централну тему овога текста је однос Велике школе (1808–1813) према Лицеју, када је основан 1838. године, односно 1841. године (тј. школске 1841/42 године), када је прешао из Крагујевца за Београд као трогодишња образовна установа са правним стручним предметима, што су уједно године од којих се до сада рачунало постојање Универзитета у Београду (1838) и његовог Правног факултета (1841). О овоме С. Аврамовић пише: „Према томе, Лицеј у почетку ништа више од Велике школе није личио на великошколску установу. Чак би се могло тврдити супротно. Тек је 1840. године Лицеју придодата трећа година, на којој су уведени и правни предмети... Узгред, мада та паралела не мора бити од значаја, број наставника на Великој школи и Лицеју се није битно разликовао – на Великој школи су била двојица, а на Лицеју тројица... Тако је тек трећа година крагујевачког Лицеја постала стручно усмерена, што се пренело и на трогодишње студије на Лицеју када је прешао у Београд 1841. године. А управо такав исти, скоро идентичан, образовни модел је био постављен у Великој школи, само доста раније.“ Изнете констатације ће бити подробно испитане и образложене.

Намеравајући да одговори на питање да ли историја Правног факултета у Београду и Београдског универзитета сеже до београдске Велике школе основане 1808. године, овај текст ваља схватити као уводни, после кога би требало да следи студија или макар два исцрпнија текста о овој теми. Из тих разлога овде се неће свестрано обухватити стање високошколског и универзитетског образовања крајем XVIII и почетком XIX века у Европи и Северној Америци, па ни у погледу стања правних студија, што далеко премашује оквире рада овог обима, него ће се фокусирати само оне земље одакле је понајпре могао да се позајми образовни модел. То су пре свега Аустријско и Руско царство, који су, што због близине, што због свесрдне помоћи устаничкој Србији, могли да буду земље – узор.

2. ОСВРТ НА ПРАВНИЧКО ОБРАЗОВАЊЕ У РУСКОМ ЦАРСТВУ КРАЈЕМ XVIII И ПОЧЕТКОМ XIX ВЕКА

У Руском царству „права историја руског правног образовања почела је тек по оснивању Московског универзитета“, 1755. године.

⁵ С. Аврамовић, „Докле досеже историја Правног факултета у Београду“, *Сто шездесет пет година Правног факултета Универзитета у Београду 1841–2006*, Београд 2006, 12–15.

Тамо је „у план наставе уврштено не само *ius naturale* и *ius gentium*, него и позитивно право, дакле, римско право (*ius commune*) и руско кривично и грађанско право. Дуго времена наставничко особље Правног факултета репрезентовао је сам Филип Хајнрих Дилтеј (*Philipp Heinrich Dilthey*), који је из Немачке приспео 1756. године. Он је подучавао све правничке предмете и постао аутор првог руског уџбеника меничног права.“⁶

И касније, али пре 1804. године, „већина професора на руским универзитетима су били Немци, као Јохан Пурголд (*Johann Purgold*), Јаков Шнајдер (*Jakov Schneider*) – теорија закона и етика, Фјодор Баузе (*Fjodor Bause*) – римско право, енциклопедија права и историја права, Георг Скјадан (*Georg Skiadan*) – природно право и народно право и Кристијан Лудвиг Јулиус Штелцер (*Christian – Ludwig – Julius Stelzer*). С оснивањем универзитета у Казану (1804), Харкову (1805) и Кијеву (1834) и поновним оживљавањем Универзитета у Санкт Петербургу, 1819. године развија се јуриспруденција и наставља се правничко образовање“.⁷

„Организација и садржај правничког образовања на филозофско – правном одељењу ‘моралних (изворно: наравствених – прим. З. М.) и политичких наука’ на руским универзитетима била је одређена Статутом Универзитета из 1804. године. Седам наставних предмета одговарало је истоименим катедрама: ‘Право најпознатијих старих и нових народа’, ‘Грађанско право и кривични поступак у Руском царству’, ‘Политичко и народно природно право’, ‘Дипломатија и политичка економија’, ‘Теоријска и практична филозофија’, ‘Догматска и морална теологија’, ‘Тумачење Светог писма и црквена историја’. Поред тога, учили су се и следећи предмети: француски, немачки, енглески, лепе уметности, под које је спадала литература, поезија и примењена уметност, и најзад ‘гимнастичко вежбање’, рачунајући и мачевање (борење)... У првој четвртини XIX века образовало се годишње 40 до 50 правника на руским универзитетима. Примерице, за десет година, 79 правника је свршило студије на санктпетербуршком Универзитету“.⁸ Ни у дру-

⁶ A. D. Rudokvas, A. S. Kartsov (St. Petersburg), „Der Rechtsunterricht und die juristische Ausbildung im kaiserlichen Russland“, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg, Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers*, 3 (herausgegeben von Z. Pokrovac), Frankfurt am Main 2007, 275.

⁷ *Ibid*, 276.

⁸ *Ibid*, 277. В. А. Кизеветтер, „Московский Университет-Исторический очерк“, *Московский Университет 1755–1930*, Юбилейный сборник (Издание Парижского и Пражского Комитетов по ознаменованию 175-летия Московского Университета под редакцией профессоров В. Б. Ельяшевича, А. А. Кизеветтера и М. М. Новикова), Париж 1930, 9–82. В. <http://museum.guru.ru/letopis/letopis.phtml?ros=1&>

гим деловима Европе студентска популација није била многобројна.⁹

Дакле, Статут Универзитета од 5. новембра 1804. године је вредео за Московски, Казански и Харковски универзитет (Санктпетербуршки универзитет је поново оживљен 1819, а Кијевски почиње са радом 1834. године). Универзитет у Дорпату (Јурјеву) је основан 1802, али је имао унеколико другачије уређење, што се види и на Правном факултету, на коме су заступљена и провинцијска права балтичких земаља.¹⁰

Ко је је могао бити евентуални преносилац руског модела правничког образовања у Србију, за сада је само предмет нагађања. Међу првима на које би се могло помислити је Теодор Филиповић (Божа Грујовић, под којим именом је деловао у Србији). Он је завршио највише школовање и постао доктор „мађарских права“ 1803. године. Пошто није добио службу у Хабзбуршком царству, отишао је у Русију и тамо добио место професора права на новоотвореном Универзитету у Харкову. Са њим је отишао и његов брат Михаило, за кога се не зна тачно шта је тамо радио (њему је тада могло бити 17 до 19 година и можда је био уписан на тамошњи Универзитет).¹¹ Са таквим искуством, Божа Грујовић сигурно би могао бити од користи Србији када је успостављала свој образовни систем, у коме су правнички предмети заузимали најистакнутије место, но он је умро годину и по пре оснивања Велике школе, 25. марта 1807. године. Додуше, своја искуства из Русије могао је, такође, пренети и Михаило Грујовић, који је био веома утицајан у устаничком врху. Надајмо се да ће даља истраживања о евентуалним руским утицајима можда донети и нека нова, извеснија сазнања.

uni=1&sci=1&sci_name=all&pers=1&pers_name=&day1=1&month1=1&year1=1804&day2=31&month2=12&year2=1804&keyword=&strt=1&lngth=20.

⁹ Eric Hobsbawm, *Europäische Revolutionen 1789 bis 1848*, Köln 2004, 269 (в. 612–613 фн. 4) каже да се у Прусској 1805. године академска омладина бројала на 1500 младих људи, а да је у овом периоду, током прве три деценије XIX века, у целој Европи, рачунајући и британско острво, било укупно једва нешто више од 40.000 студената.

¹⁰ В. Императорскій Юрьевскій, бывшій Дерптскій, Университетъ за сто лѣтъ его существованія (1802–1889), томъ I: первый и второй періоды (1802–1865), историческій очеркъ Е. В. Пътухова, Юрьевъ 1902; M. Luts-Sootak (Tartu), „Der lange Beginn einer geordneten Juristenausbildung an der deutschen Universität zu Dorpat (1802–1893)“, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, 357–390 (с прилозима).

¹¹ В. М. Ристић, „Михаило Филиповић-Грујовић (Секретар Управног савета Карађорђева доба и претседник Окружног суда Милошева доба 1785–1842)“, *Историјски гласник*, 3/1954, 54.

3. ПРАВНИЧКО ОБРАЗОВАЊЕ У АУСТРИЈСКОМ ЦАРСТВУ КРАЈЕМ XVIII И ПОЧЕТКОМ XIX ВЕКА

Још већу пажњу, чини се, треба усмерити на суседно Аустријско царство из више разлога. Најпре, што је одатле дошло много писмених и веома образованих Срба, који су узели значајног учешћа у устаничком вођству, почев од Боже Грујовића (Теодора Филиповића), Ивана Југовића (Јована Савића), Михаила Грујовића, Миљка Радонића, до бројних других знаних и незнаних.¹² Потом, што је оснивач Велике школе био баш Иван Југовић, један од најистакнутијих људи у устаничком вођству. Њему се, како наводи С. Новаковић, и приписује цела уставна радња из јануара 1811. године, након које је био секретар Совјета, а после смрти Доситеја Обрадовића и попечитељ просвете, од краја марта 1811. године.¹³ Југовић је био веома образован, знао је немачки, латински, италијански, мађарски, француски, завршио је „мађарска права“ у Пешти, био је професор у Карловцима код митрополита Стратимировића, секретар владике бачког Јовановића, потицао је из свештеничке породице, а био је и аустро-фил.¹⁴ Његова усмереност на Хабзбуршко царство је, скоро извесно,

¹² О Миљку Радонићу је записао М. Ристић да је после основне школе и гимназије завршио „права или филозофију у Пешти“. Наставља аутор: „То би значило да су му родитељи били имућнијег стања, јер му се и брат школовао на високим школама. У једном списку ‘Срба адвоката мађарских’ помиње се да је Теодор Радонић 11. марта 1802. године положио заклетву на звање мађарског адвоката. У том списку помињу се још и ови Срби из тадашњих угледних српских породица: Теодор Филиповић (у Србији звани Божидар Грујовић) и Григорије Савић, брат Јована Савића (у Србији званог Иван Југовић), сва тројица у 1802–1803. години“, М. Ристић, „Михаило-Миљко Радонић (Први министар иностраних дела у обновљеној Србији)“, *Историјски гласник*, 1–2, 1954, 239–240.

¹³ С. Новаковић, *Васкрс државе српске*, Београд 2000, 337; Л. Арсенијевић-Баталака, *Историја српског устанка, II део*, Београд 1899, 870. У конфидендном извештају од марта 1811, који говори о реформи Совјета, каже се да „Младен управља тајном Канцеларијом“, па у примедби стоји да под Младеновим именом послове води Југовић, А. Ивић, *Списи бечких архива о Првом српском устанку, књига IX – година 1811*, Београд 1971, 142 (док. бр. 118 од 3. марта).

¹⁴ В. више код Л. Арсенијевић-Баталака, (1898), 388–389, 394; М. Ристић, Јован Савић-Иван Југовић, *Архивски алманах – часопис Друштва архивиста НР Србије и Државних архива Србије*, бр. 2–3, Београд 1960, 263–264. Погледе Ивана Југовића на организацију државне централне власти у устаничкој Србији (који су сасвим у духу просвећеног апсолутизма Аустријске царевине, чија природа и теоријски основи су И. Југовићу били познати са његових студија), која дају теоријски ослонац оним снагама на челу с Карађорђем, које теже јакој централној власти у сукобу са оним војводама који теже јакој власти у нахијама и препуштању централној власти само оних послова о којима се договоре, в. „Говор Ивана Југовића у Правитељствујушћем Совјету 24. фебруара 1810“, *Грађа за историју Првог српског устанка* (редакција Р. Перовић), Београд 1954, 200–206. Податке за биографију Ивана Југовића доноси и архивска грађа, примерице: А. Ивић, *Списи бечких архива*

могла битно утицати на избор модела који је применио приликом оснивања Велике школе, чији је, у суштини, он био оснивач.

Како је изгледао тај модел вишег и високог, универзитетског образовања у Аустријском царству крајем XVIII и почетком XIX века? У време царице Марије Терезије (1740–1780) реформе у просвети се, такође, спроводе у духу тзв. просвећеног апсолутизма. Просвета постаје ствар државне, јавне сфере, што посебно долази до изражаја после укидања Језуитског реда. Папа Клемент XIV је 21. јула 1773. године издао исправу „Господин и откупитељ наш“ (*Dominus ac Redemptor noster*), којом је укинуо моћни Ред Исусоваца (*Societas Jesu*). Био је то прворазредни догађај, јер су се у рукама Језуитског реда у многим европским државама, у целини или највећим делом, налазили школство и образовање, који су се и издржавали од прихода са имања овога веома богатог црквеног реда.¹⁵ Иако то није имао за циљ, овај потез папе је отворио пут ка лаицизацији школа у Европи. Царица Марија Терезија је то искористила да би, у складу с потребама апсолутистичке монархије, реорганизовала школство које је требало да ствара образовано и лојално чиновништво. Школство у целини, укључујући и високо школство, само је део већег плана о новом уређењу целе државе, које би спровело идеју суверене државне целине насупрот дотадашњој корпоративној структури. Имала се створити апсолутистичка држава, која је себи поставила циљ да сви државни послови буду стављени у надлежност владара и новостворене централне управе, искључујући тако дотадашње партикуларистичке снаге.¹⁶

У трагању за „земљом даваоцем“ приликом евентуалне трансплантације, најпре треба размотрити стање у Угарској „и њој при-

о Првом српском устанку, књига VII–VIII–година 1810, св. 2, Београд 1966, 612 (док. бр. 469 од 16. новембра), 627 (док. бр. 481 од 24. новембра); А. Ивић, *Списи бечких архива о Првом српском устанку*, књига IX–година 1811, 224 (док. бр. 180 од 10. априла), 299–300 (док. 259 од 10. јула), 303 (док. бр. 260 од 13. јула), 305 (док. бр. 262 од 16. јула), 306 (док. бр. 262 од 16. јула), 489–490 (док. бр. 399 без датума); А. Ивић, *Списи бечких архива о Првом српском устанку*, књига XI–година 1813, Београд 1977, 35–38, 43–45, 50–51 (док. бр. 39, 47 и 55 од 16. и 31. марта и 8. априла); *Дѣловодный протокол одъ 1812. Маія 21. до 1813. Августа 5. Кара-Ворѣа Петровића*, прир. Исидоръ Стояновићъ, Београд 1848, 93 (број 1120 од 26. фебруара 1813), 97 (број 1134 од 28. фебруара 1813); В. Б. Савић, *Карађорђе, Документи III (1813–1817)*, Горњи Милановац 1988, 1329–1330 (док. бр. 958 од 20. новембра 1813. године).

¹⁵ Језуити су и у Београду почетком XVII века основали образовну установу (аутор је део података о образовним установама у Београду у XVII и XVIII веку добио захваљујући љубазности професора и декана Филолошког факултета Универзитета у Београду др Слободана Грубачића).

¹⁶ R. Meister, *Entwicklung und Reformen des österreichischen Studienwesens*, Teil I: Abhandlung, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte, 239. Band, 1. Abhandlung/I, Wien 1963, 23.

појеним земљама“ Хабзбуршког царства, јер су образовани Срби највећим делом ту завршавали студије по реформисаном школском систему. Царица Марија Терезија је, наиме, целокупан систем школства у угарским земљама уредила 1777. године прописима *Ratio educationis totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et provincias eidem ad nexas* (у даљем тексту: *Ratio educationis 1777*), који је између осталог прописао поред гимназија и универзитета и такозване краљевске академије. Краљевске академије су биле медијалне школе које су омогућавале упис на универзитете, али су такође биле и завршне школе за оне који су ступали у државне административне послове.

Неопходна способност да се издржи конкуренција на економском, војном и политичком пољу у поређењу са другим европским силама водила је ка многим реформама у друштву, међу којима и оним у образовању.¹⁷ Растао је значај образовања поданика у току процеса централизације Хабзбуршке монархије. Унификација правног поретка с циљем очувања Хабзбуршке монархије поставила је као главни циљ терезијанског просвећеног високог школства образовање способних и привржених државних службеника, у чему је правним студијама намењена нарочита улога. Овај текст ће тек дотаћи правно образовање на универзитетима према одредбама *Ratio educationis 1777*.

Седиште Универзитета у Угарској је премештено из Трнавe (малог места поред Пожуна – *Pressburg*, данашња Братислава, главни град Републике Словачке) у Будим 1777. године.¹⁸ „Истовремено је правничко образовање продужено са две на три године... Универзитетска настава је била конципирана као опште образовање; специјалистичка знања правничког позива су се могла стећи тек у пракси“.

Правне студије су биле у целости уређене по моделу Бечког универзитета. Поред римског, канонског и угарског материјалног и процесног права, били су уведени и нови предмети – политичке науке и наука о финансијама, који су одговарали представама и потре-

¹⁷ Можда није неумесно запажање да је и актуелна Болоњска декларација о тзв. Европском простору високог образовања добим делом изазвана потребом да се оно оспособи за равноправну конкуренцију с америчким високим школством.

¹⁸ K. Gönczi (Budapest/Frankfurt a. M.), „Die Juristenausbildung in Ungarn vom aufgeklärten Absolutismus bis zum Ende der Habsburgmonarchie“, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Frankfurt am Main 2007, 45. Сава Текелија у свом мемоарском делу *Описаније живота* (предговор и редакција Александар Форишковић), Београд 1966, 61 тврди да је Правни факултет Универзитета у Будимпешти, који као датум свог настанка узима 2. јануар 1667. године када је издата повеља о његовом оснивању, пресељен из Трнавe у Будим 1776. године. У монографији будимпештанског Правног факултета поводом 300. годишњице не каже се експлицитно, али посредно се да закључити да се то десило 1777. године, после објављивања *Ratio educationis 1777*, в. *История Юридического факультета Будапештского университета имени Лоранда Этвеша (1667–1967 ГГ.)*, Будапешт 1967, 12.

бама апсолутистичке управе. Владарка, царица Марија Терезија, потврдила је, осим тога, и природно право као наставни предмет. Увођењем предмета „Устави европских држава“, био је уведен у правничкој настави упоредни поглед, при чему је овај предмет био уређен по моделу Универзитета у Гетингену (*Göttingen*). Дипломатика, наука о изворима, хералдика и нумизматика били су понуђени на Филозофском факултету такође по гетингенском моделу. За наставу из ових предмета професори су били директно позивани и именовани од царице.

Значајна новина терезијанске реформе образовања је била у томе што се природно право предавало и у гимназији. Једном речју, терезијанска реформа је значила, с једне стране, почетак секуларизације науке и школства, а, с друге, корак према националној правничкој култури.¹⁹

Ratio educationis 1777 је предвиђао оснивање краљевских академија наука (*Regia scientiarum Academia*) с три двогодишња течаја – филозофски, правни и теолошки (богословски).²⁰ Остави ли се по страни теолошки течај, на академији би се најпре завршио двогодишњи филозофски курс (*cursus philosophicus*), после чега би се похађао двогодишњи правни курс (*cursus iuridicus*). Филозофске студије су биле предуслов за правне. Треба приметити да и универзитетска реформа царице Марије Терезије с почетка седамдесетих година – неколико година пре него што је издат *Ratio educationis 1777* – предвиђа да је филозофски факултет само припрема за остале факултете, а не самосвојно научнообразовно место.²¹ Дакле, *Ratio educationis 1777* је предвиђао и други степен државног правничког образовања – краљевске академије. Разлог за увођење академија у високошколски систем могао је бити и у томе што је Будимски универзитет (1784. године седиште Универзитета и његовог Правног факултета сели се у Пешту) студентима из удаљених крајева био тешко доступан. Ипак, извесно је да на првом месту царица Марија Тере-

¹⁹ О реформама на Универзитету у Угарској в. К. Gönczi, 46–47. О Правном факултету Бечког универзитета крајем XVIII и почетком XIX века в. волуминозно дело Рудолфа Кинка, R. Kink, *Geschichte der kaiserlichen Universität zu Wien*, Erster Band (Geschichtliche Darstellung der Entstehung und Entwicklung der Universität bis zur Neuzeit. Sammt urkundlichen Beilagen), I Theil (Geschichtliche Darstellung), Wien 1854, 519–622. Том други прве књиге – II Theil (Urkundliche Beilagen) и друга књига – Zweiter Band (Statutenbuch der Universität) доносе документа значајна за историју Бечког универзитета, али и уопште за историју универзитета и високог школства у Хабзбуршкој монархији. В. текст Илзе Рајтер (*Ilse Reiter*) о образовању правника на Правном факултету Бечког универзитета, нарочито стране 5–11, на интернет страници овог факултета: http://www.juridicum.at/index.php?option=com_content&task.

²⁰ Овај текст се неће детаљније бавити филозофским и теолошким студијама.

²¹ R. Meister, 27.

зија ствара ове образовне установе да би се добио већи број лојалних и компетентних правника спремних за чиновничку службу. Студенти су образовани на академијама у складу с идејама просвећеног апсолутизма. Према одредбама *Ratio educationis 1777* у угарским земљама постоји пет краљевских академија на којима су постојале и правне студије. Оне се налазе у пет дистриката, чија се седишта налазе у следећим местима: *Agram* (Загреб), *Raab* (Ћур) – од 1785. до 1802. *Fünfkirchen* (Печуј), *Kaschau* (Кошице), *Tyrnau* (Трнава) – 1784. премештена у *Pressburg* (Пожун, данашња Братислава) и *Grosswardein* (Орадеа).²²

Ratio educationis 1777 је предвидео следеће катедре за обавезне предмете правних студија академије:

1) Јавно право и оно на шта се то односи (*Ius publicum et quae eodem pertinent*), а у оквиру ове катедре су се налазила четири предмета:

- а) природно право (*ius naturalae*),
- б) опште јавно право (*ius publicum universale*),
- в) међународно право (*ius gentium*) и
- г) државно и црквено јавно право Угарске (*ius publicum Hungariae tam politicum quam ecclesiasticum*).

2) Отаџбинско (народно) право с прихваћеним обичајним правом (*Ius patrium una cum usibus et receptis consuetudinibus*),

3) Политичке, трговачке и финансијске науке (*Politica, commercium et rei aerariae scientiae*),

4) Историја европских земаља, Општа историја и Колегијум јавних новости (*Historia provinciarum europearum, Historia universalis et Collegium novorum publicorum*).²³

Сви предмети прве катедре, са необичним називом „Јавно право и оно на шта се то односи“, предавали су се по уџбенику „Природно право“.²⁴ Под називом природно право овај предмет је преузет и у Србији на Лицеју.

²² О почелима правних студија на Правном факултету у Загребу и уопште у Хрватској в. V. Bayer, „Osnivanje Pravnog fakulteta u Zagrebu (1776. god.) i njegovo definitivno uređenje (1777. god.)“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 19, 2/1969, 221–288 (с прилозима); D. Čepulo (Zagreb), „Legal education in Croatia from medieval times to 1918: institutions, courses of study and transfers“, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Frankfurt am Main 2007, 81–151.

²³ *Ratio educationis totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et provincias eidem ad nexas*, Vindobonae 1777, 331–340 (параграфи 185–189).

²⁴ О предметима катедре *Ius publicum et quae eodem pertinent* и уџбеницима по којима се предавало на угарским краљевским академијама, в. V. Bayer, 256–258.

Ratio educationis 1777 помиње да је изучавање историје на правном курсу представљало проширивање знања стечених на филозофским студијама. Историја европских земаља се изучавала на правним студијама академије читаву прву годину. У другој години правних студија се предавала општа историја, која је требало предавати на основу „синхронистичке табеле“ (*tabela synchronistica*), при чему се имала приказати и географија тих земаља у датом времену. Историјски приказ је требало да обухвати и историју религије, културе, трговине. Поред овога, професор историје је требало да држи студентима „колегиј јавних новости“, тј. да их упознаје са савременим догађајима у Европи и свету, а на основу података које би црпео из универзитетског часописа и других одобрених часописа. Овакву идеју је, изгледа, преузела и београдска Велика школа, јер после историје и географије у прве две године, на другој и трећој уводи предмет географско – статистичка историја Мађарске, Русије, Енглеске, Француске, Пољске, Аустрије и Турске.²⁵ Разликује се донекле само избор земаља: *Ratio educationis 1777* прописује да се предаје историја римских папа, Француске, Шпаније, Енглеске, Данске, Шведске, Напуља и Русије од Петра I.

Образовање правника на краљевским правним академијама било је више оријентисано према пракси него правне студије на универзитету. „Преко краљевских академија“, рећи ће угарски аутор К. Gönczi, „постигли су правна наука и образовање правника у Угарској значајан напредак... Из реда професора академија регрутовало се наставничко особље на Краљевском универзитету... Реформе Марије Терезије су суштински допринеле да је тежиште правничког образовања пребачено на академску основу.“²⁶ Увид у стање правних студија на краљевским академијама и њихов значај у развоју правничке културе у Угарској, нарочито се може добро сагледати кроз Краљевску правну академију у Ђуру, која је тамо обновљена 1802. године, да би од тада, па до 1848. године, „постала једно од најпроминентнијих центара за правничко образовање“ и дала већину професора Универзитета у Пешти.²⁷

Потребама праксе још више се окреће високошколски систем Јозефа II, наследника царице Марије Терзије на престолу. Цар је 1781. године потврдио *Ratio educationis 1777*. Наставни предмети су били од стране владара наново уређени, у складу с основним задатком да образују будуће чиновнике. У правничком подучавању су за-

²⁵ Појам „статистика“ (касније код нас и „штатистика“) је обухватао основне елементе државног, односно уставноправног уређења једне земље. В. детаљније фн. 37 у овом раду.

²⁶ К. Gönczi, 51.

²⁷ *Ibid*, 61.

узимали централну позицију политичке и камералне науке, а као нови наставни предмет се појављује куријална стилистика (*stylus curialis*) односно куријални штил, како ће овај предмет назвати његов први предавач на Лицеју, Јован Стерија Поповић. Тај предмет се бавио судским и управним поступком.

Други *Ratio educationis publicae totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et Provincias eidem adnexas* из 1806. године (даље: *Ratio educationis 1806*) је био у знаку рестаурације старог поретка и деловао је у извесним елементима заостало у поређењу са својим предходником из 1777. године, који је био израз доба просвећености. Но, с друге стране, *Ratio educationis 1806* донео је промене које су значиле напредак у правним студијама. Најпре, продужио је трајање правних студија на краљевским академијама на три године. Изоставио је са правних студија општу историју и историју сталежа, али је уврстио нове предмете: статистику, рударско право и трговачко и менично право. Тежиште наставе на краљевским правним академијама се све више помера према правној науци (дакле, не само правној пракци). Сада је наставни план, поред природног права, обухватио и римско право.

Према *Ratio educationis 1806*, план правних студија је био структуриран нешто другачије. На првој години у првом семестру су се слушали *Ius naturae* и *Ius Ecclesiasticum publicum et privatum*. У другом семестру *Ius Publicum, Universale, et Gentium; et horum in nexu Ius quoque publicum Hungariae et Ius Ecclesiasticum, ut supra*.

На другој години у првом семестру су били *Politia, et Scientiae Camerales et Institutiones Iuris Civilis Romani*. У другом семестру *Ius Cambiale, Mercatorium, Ius Feudale in compendio, et Ius Criminale*.

На трећој години у првом семестру су предвиђени *Statistica Hungariae, et Ditionum hereditariarum Caesareo-Regiarum, nec non aliorum Europae Regnorum* и *Ius privatum Hungariae, seu Patrium*. У другом семестру *Ius Montanum, seu Metallicum* и *Continuatio Iuris Patrii, et Stylus Curialis*.²⁸

Тако је изгледало стање у угарским земљама Хабзбуршког царства крајем XVIII и почетком XIX века. У другим деловима овога великог царства има елемената који такође могу бити релевантни за ово истраживање. Реформе Јозефа II, у духу просвећеног апсолутизма, су посебно видљиве у образовном систему. Поред Патента о толеранцији из 1781. године,²⁹ који је спровео секуларизацију школства отварајући врата и некатолицима, цар је спровео и редукцију универ-

²⁸ *Ratio educationis publicae totiusque rei litterariae per Regnum Hungariae et Provincias eidem adnexas*, Buda, 1806, Tab. IX (видети и стране 94–95 и 120–121).

²⁹ R. Kink, (1854 с), 589 (док. бр. 186 од 13. октобра 1781).

зитета, тако да су задржани само универзитети у Бечу, Прагу и Лембергу. Остале високе школе и универзитети су претворени у лицеје са ограниченим програмом студија.³⁰ „Правно образовање је за време владавине Јозефа II у духу *Gesamtstaatsidee* (идеје о државној целини – прим. З. М.) било бирократизовано; универзитет је мутирао у центар за образовање чиновника.“³¹

Као пример преображаја универзитета у лицеј, посебну пажњу привлачи Универзитет у Грацу (*Karl – Franzens Universität zu Graz*), који је под јесен 1782. године претворен у Лицеј (да би поново био уздигнут на ранг универзитета царском одлуком од 27. јануара 1827. године).³² Правни факултет Универзитета у Грацу је основан 1778. године. На Лицеју, поред двогодишњих филозофских студија, које су се сматрале као „пролазне“ (*Durchgangstudium*) за друге високошколске смерове, постојале су теолошке студије, који су трајале четири године, док су правне и медицинске трајале две године. На правним студијама Лицеја била су само двојица професора. Први, професор Тилер (*Tiller*) је предавао „цело“ природно право (*das ganze Naturrecht*), затим историју римских закона (*die Geschichte der römischen Gesetze*) и римске законе (*die römischen Gesetze*), где се говори о Јустинијановим Институцијама, Дигестама, итд. Другом, професору Винклеру (*Winckler*), пало је у задатак да предаје основе општег црквеног права и основне појмове из земаљских закона (*die Hauptgrundsätze aus dem allgemeinen Kirchenrechte und aus den Landesgesetzen*).³³ Из препоручене литературе се посредно сазнаје да су се од „земаљских закона“ учили државно, кривично и феудално право, али и статистика, стилистика и политичке науке. У кратким, пак, наводима радних обавезама ове двојице професора стоји да је Винклер плаћени предавач пандекта, Дигеста, земаљских закона и кривичног права, док је Тилер плаћени предавач природног, међународног, државног и грађанског права и Институција. До душе, сачувана грађа даје местимице и податке који међусобно противурече. Стање се није променило, како у погледу наставних пред-

³⁰ В. детаљније P. Skrejkova (Prag), „Die juristische Ausbildung in den böhmischen Ländern bis zum Ersten Weltkrieg“, *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg*, Frankfurt am Main 2007, 163–164.

³¹ K. Gönczi, 52.

³² Слична судбина је била, на пример, и Универзитета у Инсбруку, који је цар Јозеф редуковао на ниво Лицеја 29. новембра 1781. године. Ову судбину је поделио и Универзитет у Салцбургу 1810. године, након што је Салцбург прикључен Баварској. Детаљније в. http://www.uni-salzburg.at/portal/page?_pageid=117,58990&_dad=portal&_schema=PORTAL

³³ *Geschichte der Karl Franzens-Universität in Graz*, Festgabe zur Feier ihres dreihundertjährigen Bestandes, verfasst von Dr. Franz von Krones, O. Ö. Professor, Graz 1886, 465–470.

мета, броја професора, тако и свега другог, све до школске 1810/1811. године.³⁴

4. УПОРЕДНА АНАЛИЗА И ОЦЕНА

Упоредна анализа београдске Велике школе (1808–1813) и правничког образовања у Хабзбуршком царству онога времена (тј. краљевских правних академија у угарским земљама Хабзбуршког царства и лицеја у другим деловима овога Царства) се усмерава на неколико тема: предмети на правним студијама, дужина трајања наставе, број наставника, академске титуле и начин предавања.

Предмети. На првој години Велике школе су предавани следећи предмети: крокирање (премеравање, геометрија), општа историја, општи земљопис, рачуница, немачки језик. На другој години: општа историја, општи земљопис, рачуница, немачки језик (као наставак предмета који су се учили на првој години), затим статистика Србије, стилистика и географско – статистичка историја Мађарске, Русије, Енглеске, Француске, Пољске, Аустрије и Турске. На трећој години: немачки, стилистика, географско – статистичка историја поменутих држава, међународно право („право народно“ вероватно превод немачке речи *Völkerrecht* за поменуту правну дисциплину), државно право, кривично право и „начин суђења криминалног“. Поред немачког језика на све три године су предавани морална поука (етика), црквено певање и борилачке вештине (егзерцир с пушком и фехтовање – мачевање, које је било и на руским универзитетима).³⁵

Дуго је било владајуће мишљење да је само трећа година Велике школе имала правни карактер. Љ. Кандић је, анализирајући садржај наставних предмета, дошла до закључка који оповргава ово мишљење: „Неки предмети који су предавани на прве две године као општеобавезни предмети и били значајни за опште образовање великошколаца, обухватили су доста државноправне материје. Овде се, пре свега, мисли на ‘Географично – статистичну историју’... и ‘Всеобщче гражданско землеописаније’... Због тога се не би могло прихватити постојеће мишљење да су се правни предмети изучавали само на трећој години.“³⁶ Ово становиште потврђује листа предмета на београдској Великој школи (1808–1813) који имају правни карактер. На другој години су то статистика Србије, стилистика и географско – статистичка историја Мађарске, Русије, Енглеске, Француске,

³⁴ *Ibid*, 474, 504–505, 588–589.

³⁵ В. Стојанчевић *et al.*, *Историја српског народа (од Првог устанка до Берлинског конгреса 1804–1878)*, књига V, том I, Београд, 1994², 76; Р. Љушић, 7.

³⁶ Љ. Кандић, Ј. Даниловић, 28.

Пољске, Аустрије и Турске,³⁷ а на трећој стилистика, географско – статистичка историја поменутих држава, међународно право, државно право, кривично право и „начин суђења криминалног. Укупно временско трајање правних предмета би, у складу са овом рачуницом, износило једну и по годину, од укупно три године. Анализирајући програме правних предмета београдске Велике школе (1808–1813), Ј. Кандић је закључила „да је садржина правних предмета сложена и да су аутори програма дали одговарајућу теоријску подлогу“.³⁸

Непосредно поређење наставних предмета Велике школе и правних студија на угарским краљевским академијама показује следеће паралеле:

статистика Србије³⁹ – *Statistica Hungariae, et Ditionum hereditariarum Caesareo-Regiarum (Ratio educationis 1806)*;

³⁷ Оновремени садржај предмета статистика био је веома удаљен од данашњег колоквијалног значења те речи. Професор права на краљевским академијама у Загребу и Ђуру, а потом на Универзитету у Будиму и Пешти (где постаје и ректор 1786. године), Адалберт Адам Барић, у књизи *Statistika Europe* из 1792. године је написао: „<1.1> Статистиком се опћенито назива познавање садашњег устроја неке државе. <2> Под устројем мислимо на укупност јавног права и обвеза између поданика и владаоца...“

<2.1> Због тога ми кажемо да је статистика сазнање о стању сваке државе, а под стањем се мисли на све њезине особине и предмете; тако у свакој држави мора постојати териториј, морају се наћи грађани који ће територију наставати; а под термином ‘особине’ мислимо на пажње вриједне особине, оне које имају везе са сврхом државе у цијелости, биле те особине добре или лоше.

<3.1> Дакле, укупност ових околности бити ће статистика...

<5.1> Студиј статистике тројак је, састоји се од: 1. повијести држава, 2. излагања садашњег стања држава, 3. укупности начела која поучавају што срећи грађана користи или одмаже.“

Аутор бираним речима истиче важност и корисност статистике: „<3> Овај је студиј изузетно важан за више службе и части, нпр. за саме владаре, за министре, за народне посланике. <4> Најкориснији је за предстојнике управних тијела, за савјетнике који често морају давати двору савјете о разним ратним и мировним пословима, али одакле да дају савјет без статистичког знања? <5> Дапаче, чак и у приватном грађанском животу познавање статистике изузетно је важно за образованог човјека и за оног који жели оставити дојам“, А. А. Барић, *Statistika Europe 1792, Sv. 1* (priredili Željko Pavić i Stjepko Vranjican, prijevod s latinskog Neven Jovanović, Maja Rupnik, Margareta Gašparović), Zagreb 2001, 4–7. В. и Ђ. Куртовић, „А. Барић: *Statistika Europe, II dio*“, *Statistika Europe 1792, Sv. 2*, Zagreb, 2002, IX–XXIII.

Сава Текелија је записао да је декан Правног факултета у Будиму 1782. године био професор *statisticae* Барић, који му је много помогао код уписа на студије, као и приликом одбране докторске дисертације четири године доцније (наиме, С. Текелија је имао проблема, јер су се његови ставови изнети у дисертацији разликовали од ставова професора који је предавао тај предмет), в. С. Текелија, 67–68, 71–73.

³⁸ Ј. Кандић, Ј. Даниловић, 16–27, 28.

³⁹ Л. Арсенијевић Баталака, (1899), 870–871, каже да је о уређењу Србије из јануара 1811. године „у штатистици Србије ... овако од професора у другој класи

стилистика (на другој и трећој години) – *Stylus Curialis (Ratio educationis 1806)*;

географско-статистичка историја Мађарске, Русије, Енглеске, Француске, Пољске, Аустрије и Турске (на другој и трећој години) – (*Historia provinciarum europearum, Historia universalis et Collegium novorum publicorum*) (*Ratio educationis 1777*);⁴⁰

међународно право (у суштини, међународно јавно право) – *ius gentium et ius publicum universale (Ratio educationis 1777 и Ratio educationis 1806)*;

државно право – *ius publicum (Ratio educationis 1777 и Ratio educationis 1806)*;

кривично право и „начин суђења криминалног“ – *Ius Criminale (Ratio educationis 1806)*.

Овим несумњиво правним предметима треба додати и рукопис предавања „Всеобште грађданско земљеописаније – географија (Бумага 2)“, који представља други део предмета општи земљопис, који се предавао на другој години (први део за предавања на првој години за овај предмет или није сачуван или није ни постојао), а који се највећим делом бави државним правом.⁴¹ Тада се утисак о правничком карактеру Велике школе додатно појачава, као и сличност Велике школе са краљевским правним академијама угарског дела Хабзбуршког царства.

Творци и професори београдске Велике школе⁴² су по свему судећи комбиновали предмете *Ratio educationis 1777* и *Ratio educationis 1806*. Оно што се може рећи већ на први поглед је да су и предмети филозофских студија са краљевских академија, у упрошћеном облику, дати у програму прве и делом друге године Велике школе. Мада детаљнију анализу наставног плана филозофских студија за сада остављамо по страни, пада у очи да историја, општи земљопис (географија), рачуница и геометрија (математика), који покривају

Велике школе читано“. Ово је значајан доказ о садржају предмета статистика Србије, јер је Л. Арсенијевић-Баталака управо тада почетком 1811. године био у другој класи, на којој се статистика Србије и предавала!

⁴⁰ А. Гавриловић, *Београдска Велика школа 1808–1813 (Листак из историје ослобођења Србије)*, Београд, 1902, 32–42, говори о историји и актуелним догађајима (баш као у Колегији јавних новости) у рукопису за предмет географско – статистичка историја појединих држава.

⁴¹ Објављени рукопис в. код Р. Перовић, (1954), 250–260. Аутор је у „Напоменама о текстовима“ поводом овога текста на страни 335. записао: „То је у ствари политичка географија са јаким примесима из области државног права.“

⁴² Пре свега треба имати у виду Ивана Југовића, односно за другу и трећу годину, које садрже највећим делом правне предмете, Миљка Радонића и Лазара Воиновића.

целу прву и пола друге године Велике школе, заузимају највише простора (уз филозофију) и на филозофским студијама краљевске академије у Угарској.⁴³ А велика заступљеност немачког језика на све три године студија Велике школе, такође би могла бити једна врста показатеља који су утицаји на њен профил тада били најприсутнији у време њеног настанка.

Занимљив резултат се добија и када се упореде правни предмети Велике школе (1808–1813) и Лицеја у време када је почињао са радом. То је нарочито значајно за правне студије, јер Правни факултет Универзитета у Београду баштини као годину свога настанка 1841. годину (тачније школску 1841/1842 годину), када је Лицеј прешао из Крагујевца у Београд. Ово је нужно расправити, јер су аутори, који су вршили ово поређење, узимали у обзир наставне планове и програме Лицеја (што у Крагујевцу, што у Београду), који, међутим, нису спровођени у живот, него су остајали мртво слово на папиру.⁴⁴ Тако се добијао један нереалан и дотеран списак правних предмета и њихове садржине на Лицеју у време почетка његовог рада, који је онда изгледао надмоћан у поређењу са правним предметима Велике школе (1808–1813).

Наиме, у пракси се на Лицеју у Крагујевцу 1840. године предају природно право (Јован Стерија Поповић, који самоиницијативно предаје и куријални штил) и штатистика (Игњат Станимировић). У Београду у школској 1841/42 (као и 1842/43) предају се природно право (Јован Стерија Поповић и самоиницијативно куријални штил, а када он одлази 26. октобра 1842. године и постаје начелник „Одељенија просвешченија“, његово место заузима Сергије Николић), штатистика (Игњат Станимировић) и полиција (Јован Рајић, одлази у фебруару 1842. године, а његово место заузима Георгије Петровић).⁴⁵ Дакле, правни предмети се предају само једну годину – на трећој години студија. И постоје само три (ако се узме и куријални штил, четири предмета), наспрам шест правних предмета на другој и трећој

⁴³ *Ratio educationis 1777*, 304–314.

⁴⁴ Тако Р. Љушић, 16 има у виду наставни план по Школском закону од 23. септембра 1844, који је имао да се примењује од школске 1844/45. године. В. Грујић, *Лицеј и Велика школа*, Споменик САНУ, СХХVIII, Београд 1987, 36–37, има у виду „Систему“ из почетка августа 1840, али признаје: „Међутим, на почетку рада Правног одељења Лицеја, реализација правничких студија имала је скроман оквир, и то како у првој години тако и доцније“. П. Сланкаменац, 19–20, такође пореди наставни план који је очигледно остао мртво слово на папиру, с правним предметима предвиђеним у *Ratio educationis 1806*.

⁴⁵ Ово показују документи у Љ. Кандић, Ј. Даниловић, 393–394 (прилог бр. 4), 397 (прилог бр. 6), као и 53–54. В. и *Лицеј 1838–1863, Зборник докумената*, Архивска грађа о Универзитету у Београду, књига I (приредио Радослав Љушић), Београд 1988, 180 (док. бр. 126 од 1. [13] јула 1842) – у даљем тексту: Р. Љушић, (1988 а).

години Велике школе. Ово веома јасно потврђује да правне студије на Лицеју у својим почецима чак заостају за правним студијама на Великој школи. Тек од школске 1843/44 се уводе на Лицеју три нова предмета и продужавају студије права на две године. Тада се наставни план приближава прописима *Ratio educationis 1806*, да би се са њим готово покложио доношењем Школског закона од 23. септембра 1844. године.⁴⁶

Ово поређење учвршћује дилему да ли је одрживо садашње датирање почетка рада Правног факултета Универзитета у Београду? Већ сама упоредна анализа наставног плана, односно предмета који су се предавали на ове две најстарије српске образовне институције, довољно говори за себе. Већ то указује да правне студије имају свој почетак у београдској Великој школи (1808–1813). Али, могло би се навести још по нешто.

Дужина трајања наставе. На први поглед уочљива је разлика у трајању: правне студије на београдској Великој школи трају годину и по, како је већ указано, док правне студије на угарским краљевским академијама и лицејима у другим деловима Хабзбуршке монархије трају две године. Но ова разлика је много мања него што изгледа на први поглед.

Колико је трајала настава? Какав је био дневни и недељни распоред наставе?

Према сведочењу Л. Арсенијевића Баталаке, полазници Велике школе су имали овакав распоред: „Ови [професори – прим. З. М.] нису имали одређено по колико ће који часова на недељу за предавање које науке имати. Они су, изјутра и по подне, у своје класе долазили, и толико сати у њима пробављали колико је кад и који предмет за очитовање а нарочито за истолковање задржати их неопходно могао. Сваки дан су професори редовно изјутра три а по подне два сата, дакле пет сати а више и више пута и по шест на дан, у својим класама проводили.“⁴⁷ Студент права на угарским краљевским академијама је предавања слушао четири сата, док је полазник Велике школе похађао наставу најмање пет сати дневно, „а више и више пута и по шест на дан“.⁴⁸

Надаље, на краљевским угарским академијама настава се одржава пет дана у недељи (две године), није се радило четвртком, недељом и празничним данима, док настава на Великој школи траје

⁴⁶ Школски закон од 23. септембра 1844. године, који се имао примењивати од школске 1844/1845 године, в. у: Љ. Кандић, Ј. Даниловић, 55.

⁴⁷ Л. Арсенијевић Баталака, (1898), 396.

⁴⁸ Нажалост, аутору овога текста остала је недоступна грађа са подацима о дневном и недељном распореду наставе на лицејима у Хабзбуршкој монархији.

шест радних дана, осим недеље и за време празника.⁴⁹ Из овога произлази да се трогодишња настава на Великој школи бројем сати веома приближавала четворогодишњем трајању студија на угарским краљевским академијама, односно година и по слушања правних предмета на Великој школи у доброј мери одговара двама годинама правних студија на овим академијама. Да је и у то време било значајно колики је укупан број часова наставе и колико је „оптерећење студента“ (како би то данас рекла Болоњска терминологија), указује једна занимљива паралела са Универзитетом у Бечу у другој половини XVIII века. Наиме, по прописима из 1753. године, студенти Правног факултета су студирали пет година, уколико су слушали дневно само два сата предавања. Студије су могли окончати за четири године, ако би слушали дневно три сата предавања.⁵⁰

У погледу трајања студија, Л. Арсенијевић Баталака је записао: „Намера Југовићева а доцније, по Југовићу, и Радоњићева, била је јошт коју класу осим ових двају завести“.⁵¹ Веома је вероватно да је после друге класе била планирана не само још једна, већ две, као на краљевским угарским правним академијама, што доказује и наредни ток вишег образовања у Србији.⁵²

На овом месту може бити од значаја и да се сагледа и хронологија рада београдске Велике школе. Једини који је оставио изворно сведочанство о томе, Л. Арсенијевић Баталака је записао да је школовање почело 1. септембра 1808 (по старом календару), а да су први свршени полазници завршили своје школовање и упућени у државну службу, седморица њих, августа 1812. године.⁵³ Из овога рачунања, иако он помиње каменичку катастрофу из маја 1809. године, али као мали прекид до јесени те године, произлазило би да је Велика школа трајала четири године, а узима се као опште место да је она била трогодишња. Најприхватљивије објашњење до сад је дао Р. Перовић: према његовом мишљењу Велика школа је радила школске 1808/1809, школску 1809/1810 није радила, па је поново радила школске године 1810/1811, 1811/1812 и 1812/1813.⁵⁴

Број професора. Ако се приклони мишљењу С. Аврамовића да је Велика школа имала два наставника, иако од септембра 1811. го-

⁴⁹ Ово се посредно чита код Л. Арсенијевића-Баталаке, (1898), 397: „Осим строго радних дана, Војиновић је, у недељне и друге празничне дане, после службе Божје, сам, из сопствене љубави ... предавао: моралну науку.“

⁵⁰ R. Kink, (1854 а), 467.

⁵¹ Л. Арсенијевић Баталака, (1898), 390.

⁵² Р. Љушић, (1988 а), 10.

⁵³ Л. Арсенијевић Баталака, (1898), 398.

⁵⁴ В. текст Р. Перовића „Наставленија права државнога“ од Лазара Воиновића“, *Прилози за историју Првог српског устанка*, Београд 1980, 111–123.

дине када је, највероватније, отворен и трећи разред, сваки од разреда има свог наставника, онда опет треба посегнути за упоредним погледом. О крајњој оскудици професорског кадра на загребачкој Краљевској правној академији Д. Чепуло саопштава: *This was almost customary at the beginning of the 19th century and up to the 1830s. In 1810/1811 Imbro Domin was the only professor at the Faculty of Law, while in 1825 two professors held lectures in all disciplines.*⁵⁵

Већ је поменуто стање у Грацу, где су од почетка рада Правног факултета 1778. године, као и за време правног одељења Лицеја (од школске 1782/1783. до 1810/1811. године), постојала само два професора. Мада изворна грађа до које се може доћи то не помиње, изгледа да су они држали наставу по класама (разредима), као и наставници београдске Велике школе (1808–1813).

Академске титуле које су се добијале. Ни београдска Велика школа (1808–1813), као ни краљевске правне академије, ни лицеји у Хабзбуршком царству, нису давали академске степене бachelора (*baccalaureat*), магистра и доктора, јер је њихова суштина била оспособљавање за државну чиновничку службу. У Хабзбуршком царству је додела академских степена у надлежности универзитета, што је значајна формална разлика у односу на краљевске академије и лицеје. На краљевским академијама свршени студенти су добијали сведочанство о похађању предмета одређених студија и постигнутом успеху на испитима из тих предмета. Да је вероватно овако било и на Великој школи могло би се закључити из речи Л. Арсенијевића Баталаке: „У августу месецу, по свршетку испита 1812. године, изишли су из ове школе, по свршењу више описаних наука, седам ђака у државну службу.“⁵⁶

Начин предавања. Био је готово исти, јер су професори који су предавали на београдској Великој школи били студенти краљевских правних академија или Правног факултета Универзитета у Пешти, где „се ниво правне подуче може објаснити апсолутистичком високошколском политиком, пошто је диктирање и понављање уџбеника, а не обрада и развијање мисли, била владајућа дидактичка метода.“⁵⁷ Да се овакав начин предавања примењивао и на београдској Великој школи, непосредно сведочи Л. Арсенијевић – Баталака: „Југовић је ... читао и толковао ђацима својим ... светску историју, коју је он, с немачког језика ... и превео, али, по ишчитању, он је или сам или преко кога од ђака ... ђацима и диктирао, а они су, сваки за себе, морали писати.“ На другом месту, он оставља траг о томе како је Миљко Радонић подучавао немачки: „Они су изучавали на немачком језику,

⁵⁵ Д. Џепуло, 113.

⁵⁶ Л. Арсенијевић Баталака, (1898), 398.

⁵⁷ К. Gönczi, 59.

наизуст, разговоре из речника, а и Радонић им је сочињавао разне честитке на истом немачком језику, које су такође ђаци морали преписивати и напамет изучавати.“⁵⁸

Међутим, један документ говори да је било и других облика наставе. Један судски акт из времена Првог српског устанка садржи цео судски поступак на главном претресу до изрицања пресуде. За њега издавач тог извора, Р. Перовић, са довољно основа претпоставља да је био примерак за вежбање на предмету кривични судски поступак („начин суђења криминалног“) и да га је саставио професор тог предмета Лазар Воиновић. Ако би то било тачно, онда то упућује на закључак да се у практичној настави, тј. вежбама (*exercitationes*) из кривичног поступка, примењивао модел аустријског кривичног поступка, који је Л. Воиновић веома добро знао као свршени правник у Аустријском царству.⁵⁹ Ово говори о преузимању правних идеја, тј. рецепцији односно правним трансферима, како се они данас често зову, или правним трансплантима, како би рекао А. Вотсон (*A. Watson*).⁶⁰

5. ЗАКЉУЧАК

Модел правничког образовања примењен у београдској Великој школи (1808–1813) био је унеколико модификован систем краљевских правних академија угарских земаља Аустријског царства прописан у *Ratio educationis 1777* и *Ratio educationis 1806*. Показано је да се сличан модел примењивао и у другим деловима Аустријског царства (осим Угарске „и њој припадајућих земаља“), где постоје лицеји са ограниченим програмом студија, који обухвата најпре двогодишњи филозофске, а потом двогодишње правне студије (као и теолошке, понегде и медицинске). Овај систем образовања правника на лицејима завео је Јозеф II, који још ревносније наставља политику просвећеног апсолутизма од своје мајке, царице Марије Терезије, а све са намером да се створи способно и лојално државно чинов-

⁵⁸ Л. Арсенијевић Баталака, (1898), 388–389.

⁵⁹ Текст овог „фиктивног“ судског акта и напомену о тексту в. код Р. Перовић, (1954), 274–306, 337–339. Исти аутор се је још једном вратио овом документу и утврдио да је професор београдске Велике школе (1808–1813) Лазар Воиновић, који је предавао и кривични поступак, „несумњиво аутор и овог текста“, Р. Перовић, (1980), 98, фн. 3. Поређен са судским актима аустријских судова, овај документ говори о судском поступању по аустријском моделу, в. на пример, текст С. Гавриловића „Суђење Т. А. Тицану и његова смрт (1807–1810)“, *Личности и догађаји из доба Првог српског устанка*, Нови Сад 1996, 121–132.

⁶⁰ А. Вотсон, *Правни транспланتي – приступ упоредном праву*, (превела С. Митровић, предговор С. Аврамовић), Београд 2000.

ништво, тако да се целокупан наставни план подређује том циљу. Намере родољубивих И. Југовића, М. Радонића, Л. Воиновића, твораца и првих професора Велике школе, биле су исте: бившем Београдском пашалуку, тада већ Србији, требало је створити „велико учебно заведеније“, које ће давати способне и привржене чиновнике неопходне уређеној државној власти. Да ли је случајно што се *Карађорђево законик* пише баш у ово време?⁶¹ Вероватно није случајно ни то што Иван Југовић позива, преко аустријских власти, писмене младе аустријске Србе да заузму службу у устаничкој Србији?⁶²

Најбољу потврду да је београдска Велика школа (1808–1813) имала у очима савременика ранг који су имале краљевске академије у угарским земљама Хабзбуршког царства пружају речи истакнутог професора Велике школе, Лазара Воиновића, у рукопису предавања „Свеобште грађанско земљеописаније – географија“:

„Све ове науке предају се јуности учебним заведенијам која от две струке јесу: једна су висока, а друга мала; прва називају се всеучилишта и академије, а друга зову се училишта нижа.

Дакле, всеучилишта (универзитети) и академије јесу таква заведенија у којима се јуности, кромје увеселителних, и строге науке предају. Разликују се пак ова два заведенија между собом слеђујушчима:

1. Академије у смислу обичном код многих поне народоџ не содржава[ју] цело теченије наука строгах, а всеучилишта содржавају.

2. Втора разлика ... јест та што које науке и предају се у академијама оне се у всеучилиштима понајобширније предају, и отуда науке у всеучилиштам једне јесу обичне које сваки ... обџезан јест слушати, а друге чрезџичајне које који хође може и не слушати.

3. Трећа разлика ... јест ова што всеучилишта ... имају власт достојинства учебна раздавати, које право академије немају.

⁶¹ В. детаљније З. Мирковић, *Карађорђево законик*, Правни факултет у Београду, Београд 2008.

⁶² Почетком марта 1811. године Правитељствујушћи соџет је, према наводи-ма аустријског конфидентског изџештаја, закључио да врбује младе писмене људе (претпоставља се Србе) из Хабзбуршког царства, који би провели изџесно време у Соџету и потом ишли да раде у нахије. По мишљењу И. Југовића то би било добро за аустријску ствар, јер би тако имали своје људе на џажним положајима, в. А. Иџић, *Списи бечких архива о Прџом српском устанку, књига IX–година 1811*, 139 (док. бр. 116 од 2. марта). Аустријски званичници су одбили оџу идеју, јер, како је џаменик шефа полиције изјавио, Срби су по религији ближи Русији него Аустрији, а друго, слаџољубље би могло оџе младе људи окренути да џеде непријатељску политику према Аустрији, А. Иџић, *Списи бечких архива о Прџом српском устанку, књига IX–година 1811*, 165, 167 (док. бр. 140 од 15. марта).

4. Сва почти свеучилишта имају над својима судителну власт која се не ограничава на учебној ... но простира се и до углавних [кривичних – прим. З. М.] преступленија, које и тако академије не имају“.⁶³

Ако се зна да савременици Велике школе, Вук Караџић и Л. Арсенијевић – Баталака, јасно говоре о малим школама и овој Великој школи, онда се тешко може спорити да професор те школе, кад говори о „учебним заведенијам“ која „јесу висока“, подразумева под њима и Велику школу, како јој и само име говори.

Због свега тога могло би се рећи, имајући у виду систем образовања тог времена у окружењу, да почетак рада Правног факултета Универзитета у Београду треба везати за београдску Велику школу (1808–1813). Она је направљена по моделу вишег правничког образовања у Хабзбуршком царству. И, коначно, скоро да не може бити спора да је правнички карактер Велике школе у доброј мери надилазио правне студије на Лицеју у време када је почињао са радом.

Zoran S. Mirković, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE BELGRADE HIGHER SCHOOL (1808–1813) AND LEGAL STUDIES IN THE LATE XVIII AND AT THE BEGINNING OF XIX CENTURY

Summary

The Higher School (La Haute École) was founded in Belgrade, on 1st (the Old – Julian Calendar), i.e. 13th of September 1808 (Today's – Gregorian Calendar). Despite the fact that the School has already been a subject of research, some of the questions remained unanswered. One of them relates to the character of the Higher School, that is to the issue of whether it is justified to consider the School to be a predecessor of the University of Belgrade, and especially of its Faculty of Law, or not. The method of approaching this issue may be to look into the high and higher education and the legal studies models in the region of that time.

This paper offers a comparative perspective of the educational systems in Russian and Austrian empires, that both could have served as a

⁶³ Р. Перовић, (1954), 255.

model for the system of education in Serbia. The founding fathers of the Higher School and its first professors completed their legal studies in Austria, so the author pays special attention to the Austrian system of legal education of that time. The author determines the comparison criteria: curricula, length of schooling, number of teachers, academic titles and methods of lecturing, and finds many elements in common with the legal educational model at Austrian Royal Academies. In addition, the author uses these criteria to compare the Belgrade Higher School (1808–1813) with the Lyceum. Namely, the Higher School was transformed into the Lyceum in 1838 and many of the Serbian historians were inclined to link the beginning of the university education in Serbia to the year of 1838 as the year of change. However, the author shows that the legal studies curricula before and after 1838 were essentially alike. The overall conclusion is that the Higher School in Belgrade was shaped according to the Hapsburg model of education, with the main goal to prepare officers for the state administration, lasting three years and teaching specialized legal subjects for year and a half.

Key words: *Legal studies in Serbia. – The Higher School (La Haute École) – Austrian Royal Academy. – Lyceum. – Faculty of Law in Belgrade. – University of Belgrade.*

др Вук Радовић,

доцент Правног факултета
Универзитета у Београду

КУМУЛАТИВНО ГЛАСАЊЕ ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА УПРАВЕ (I део)

Развој корпоративног управљања је последњих деценија изнедрио велики број нових правних института, међу којима се истиче и кумулативно гласање. Осим чињенице да је кумулативно гласање модерна тема, о којој европска теорија и пракса још увек нису дале коначан суд, подстицај за писање овог чланка аутор је пронашао и у околности да је овакав модалитет гласања акционара дозвољен Законом о привредним друштвима, а прецизиран и појашњен Кодексом корпоративног управљања. У том погледу је потребно објаснити постојећа решења и дати смернице друштвима о пожељним правцима њихове имплементације, али и указати на спорне аспекте у примени кумулативног гласања.

У првом делу рада су објашњени појам, дејство и примена директног гласања, као уобичајеног начина гласања акционара. Након тога, аутор је издвојио основне карактеристике кумулативног гласања и објаснио претпоставке за његову примену (законска дозвољеност и врста одлука које се усвајају). Аутор је у овом делу раду детаљно објаснио и начин примене кумулативног гласања, уз наглашавање бројних проблема који могу довести до неправичних и непожељних исхода. У другом делу рада ће бити приказана најзначајнија ограничења кумулативног гласања, међу којима се посебно издвајају: смањење броја чланова управе, укидање кумулативног гласања, једнака подела гласова, увођење класификоване управе, разрешење члана управе именованог од стране мањинских акционара и попуњавање упражњених места у управи. Анализа ограничења је од великог значаја, јер од њих зависи домен примене и ефикасност оваквог начина гласања. На основу целокупне анализе кумулативног гласања, аутор закључује да је ово правни институт који се може са подједнаком аргументацијом нападати и бранити, због чега није могуће дати недвосмислен закључак у прилог оправданости његовог увођења.

Кључне речи: *Кумулативно гласање. – Директно гласање. – Управни одбор. – Избор чланова управе. – Акционарско друштво.*

1. О НАЧИНИМА ГЛАСАЊА АКЦИОНАРА ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА УПРАВЕ

Директно гласање је традиционалан начин гласања о избору чланова управе акционарског друштва од стране скупштине акционара. Под утицајем америчког права у последње време се све више развија корпоративна пракса коришћења кумулативног гласања, као алтернативног система за избор чланова управе. Ипак, због опирања неких великих правних система, још увек се не може говорити о кумулативном гласању као универзално прихваћеном начину гласања у праву акционарских друштава.

Кумулативно гласање је усвајањем Закона о привредним друштвима 2004. године први пут уведено у право Србије, и то као претпостављен начин гласања за избор чланова управног и надзорног одбора отвореног акционарског друштва, односно као дозвољен начин за избор чланова управног одбора затвореног акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу.¹ Из тог разлога је од велике важности да се правилно разуме суштина кумулативног гласања у поређењу са директним гласањем, начин кумулирања и проблеми који том приликом могу настати, као и утицај бројних института и корпоративних техника на ограничавање ефикасности кумулативног гласања, а све у циљу схватања домашаја и смисла наших позитивноправних решења.

2. ПОЈАМ, ДЕЈСТВО И ПРИМЕНА ДИРЕКТНОГ ГЛАСАЊА

Директно гласање (равномерно гласање, стандардно правило гласања,² енг. *straight voting*) је уобичајен начин гласања за избор чланова управе. Сваки акционар број гласачких акција којима располаже множи са бројем чланова управног одбора за које ће гласати, уз обавезу да тим кандидатима равномерно расподели све гласове које има.³ У систему важења принципа једна обична акција – један глас, број обичних акција које поседује акционар представља у исто време и максималан број гласова које акционар може дати једном кандида-

¹ Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 154, 309, 327, 330.

² S. M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002, 444.

³ В. српски Кодекс корпоративног управљања – Кодекс КУ, *Службени гласник РС*, бр. 1/06, чл. 172.

ту.⁴ Акционар нема могућност да неравномерно распореди своје гласове на неке од предложених кандидата. Код директног гласања, слобода акционара се своди на избор лица којима ће дати највише унапред дефинисан број гласова. Према томе, у случају да се определи да гласа он се може одлучити да гласове да једном или неколицини кандидата, при чему је највећи број лица на које може расподелити своје гласове одређен бројем лица која се бирају. Ово правило је у српском праву изричито предвиђено, јер се гласови акционара рачунају „само ако акционар гласа за број кандидата који не прелази укупан број чланова који се бира“.⁵

Функционисање директног гласања се једноставно може објаснити на следећем примеру:⁶ акционарско друштво има 100 обичних (гласачких) акција, а бира се пет чланова управног одбора. Друштво има два акционара: акционара А који поседује 40 и акционара Б који поседује 60 акција. Акционар А (мањински акционар) располаже са укупно 200 гласова (40 акција x 5 чланова управног одбора = 200), док акционар Б (већински акционар) има укупно 300 гласова (60 акција x 5 чланова управног одбора = 300). У систему директног гласања, акционар Б ће све своје гласове равномерно расподелити на пет својих кандидата за чланове управног одбора и сваки кандидат ће добити по 60 гласова. Акционар А може сваком кандидату за кога жели да гласа да да највише 40 гласова. Како он не може ниједном свом кандидату да обезбеди више од 60 гласова, колико ће добити сваки од кандидата акционара Б, он неће имати свог представника у управном одбору друштва.

Применом правила о директном гласању лице које постане ималац преко 50% капитал-учешћа у друштву може изабрати све чланове управе.⁷ Овакав ефекат се постиже доношењем одлука о избору, односно неизбору сваког од предложених кандидата за директоре друштва. Другим речима, избор чланова колективних органа се остварује доношењем појединачних одлука, а не њиховим избором *en bloc*. У условима дисперзованог акционарства, и знатно мањи

⁴ „...акционар не може дати ниједном кандидату више гласова од броја гласачких акција које... поседује.“ F. A. Gevurtz, *Corporation Law*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000, 482.

⁵ ЗОПД, чл. 297, ст. 3, тач. 2.

⁶ Слично в. Д. Радоњић, „Правни и математички аспекти кумулативног гласања“, *Право и привреда* бр. 5–8/2003, 55.

⁷ R. W. Hamilton, *Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies – Cases and Materials*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2001, 497; A. R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, LexisNexis, New York 1999, 95; S. M. Bainbridge, 444; A. R. Palmer, *Corporations – Examples and Explanations*, Aspen Publishers, 1999, 118.

проценат гласачког капитала може на овај начин омогућити стицање фактичке контроле над друштвом.

Када је реч о доношењу одлуке о избору чланова управе директно гласање се примењује у следећим ситуацијама: прво, када законодавство прописује директно гласање као императивно правило или то чини посредно кроз забрану кумулативног гласања; друго, када је директно гласање предвиђено као диспозитивно правило, а конкретно друштво није оптирало за примену кумулативног гласања; и треће, када је кумулативно гласање предвиђено као диспозитивно правило, а друштво оптира за примену директног гласања. За све друге корпоративне одлуке (осим одлуке о избору чланова управе) директно гласање је у свим правним системима једини начин гласања од стране акционара.⁸

3. ПОЈАМ И ДЕЈСТВО КУМУЛАТИВНОГ ГЛАСАЊА

Кумулативно гласање (пропорционално гласање, енг. *cumulative voting*) је алтернативан начин гласања акционара, код кога сваки акционар број гласова којим располаже множи са бројем чланова управе који се бирају, при чему тако добијен број гласова може без ограничења расподелити на једног, неколицину или све кандидате.⁹ Они кандидати који добију највећи број гласова сматрају се изабраним члановима управног одбора.

Основна сличност кумулативног и директног гласања се састоји у једнаком броју гласова којима акционар располаже. Међутим, ту сличности престају, јер за разлику од директног гласања кумулативно гласање даје право акционару да своје гласове распореди на један од следећа три начина: прво, да све гласове да једном кандидату;¹⁰ друго, да све гласове распореди на неколико кандидата, при чему акционар одређује колико ће ком кандидату дати (на пример, да једном кандидату да више гласова него другом или да им да једнак број гласова); и треће, да све своје гласове распореди на онолико кандидата колико се чланова управе бира (опет уз могућност да им да једнак или неједнак број гласова). Закон о при-

⁸ Н. G. Henn, John R. Alexander, *Laws of Corporations*, West Group 1983, 494.

⁹ В. амерички *Model Business Corporation Act* из 1984. године (даље: МБСА), чл. 7.28(с); Кодекс КУ, чл. 171.

¹⁰ Код директног гласања максималан износ гласова који се може дати једном кандидату једнак је броју акција којима акционар располаже.

вредним друштвима помиње само прву и модификовану трећу опцију, јер акционар може „све те гласове дати једном кандидату“ (прва опција) „или их расподелити без ограничења свим кандидатима“ (модификована трећа опција).¹¹ Модификација треће опције се састоји у томе што закон говори о могућности расподеле гласова на све предложене кандидате, без обзира на број чланова управе који се бирају.¹² И поред јасне законске формулације, чини се да не би требала да буде спорна могућност расподеле гласова и на неколицину кандидата.¹³

Данас се кумулативно гласање првенствено посматра као значајан сегмент у корпусу заштите права мањинских акционара.¹⁴ Наиме, применом оваквог начина гласања мањински акционари стичу право да, и поред постојања већинског акционара, лакше изаберу своје представнике у управу друштва. Увођење кумулативног гласања не значи да је мањинским акционарима присуство у управи друштва загарантовано, већ само да су њихове шансе за избор једног или више чланова управе увећане.¹⁵

Дејство кумулативног гласања се може илустровати на следећем примеру: затворено акционарско друштво има два акционара, лице А које поседује 82 акције и лице Б које поседује 18 акција. Друштво бира пет чланова управног одбора. Ако у наведеном примеру лице Б свих 90 гласова којима располаже (5 чланова управног одбора х 18 акција) да свом кандидату за члана управног одбора, онда оно може бити сигурно да ће тај кандидат бити изабран. Овакав закључак проистиче из чињенице да лице А не може све своје гласове (410 гласова) да расподели на пет кандидата, на тај начин да сваки кандидат добије више од 90 гласова, колико је добио кандидат мањинског акционара. У случају да он да по 91 глас за четири своја кандидата, за петог му остаје свега 46 гласова.

¹¹ ЗОПД, чл. 309, ст. 5.

¹² Ово је видљиво и из правила по коме се гласови акционара рачунају само ако акционаров укупан број гласова за све кандидате не пређе укупан број гласова које има тај акционар. В. ЗОПД, чл. 297, ст. 3, тач. 3.

¹³ Кодекс КУ је исправио уочени недостатак (чл. 171).

¹⁴ Н. Hansmann, R. Kraakman, „The Basic Governance Structure“, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, (ed. R. Kraakman et al.), Oxford University Press 2005, 54.

¹⁵ Ефикасност кумулативног гласања зависи од низа фактора, а као најзначајнији се издвајају: 1) број чланова управе који се бирају; 2) број акција присутних на скупштини акционара; и 3) начин расподеле гласова, в. Е. W. Sell, L. H. Fuge, „Impact of Classified Corporate Directorates on the Constitutional Right of Cumulative Voting – a Critical Evaluation of the Wolfson v. Avery Problem“, *University of Pittsburgh Law Review* 17/1956, 152.

4. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРИМЕНУ КУМУЛАТИВНОГ ГЛАСАЊА

Кумулативно гласање се примењује само у случајевима када је дозвољено и када се бирају колегијални органи друштва од стране скупштине акционара.

4.1. Дозвољеност кумулативног гласања

Дозвољеност кумулативног гласања је прва нужна претпоставка за његову примену. Кумулативно гласање се у правни поредак једне земље може увести на три начина: као императивно правило, као диспозитивно правило или као опција коју друштва могу искористити.

1) *Обавезно кумулативно гласање.* У малом броју држава кумулативно гласање је императивног карактера.¹⁶ Премда се најчешће уводи законом, у неким државама је право на кумулативно гласање уздигнуто на ниво уставом гарантованог права.¹⁷ У крајњој линији ово и не треба да чуди, јер кумулативно гласање за избор директора и води порекло из Устава државе Илиноис из 1870. године.¹⁸ У Америци је средином XX века број држава које су прихватале обавезно кумулативно гласање доживео врхунац, да би након тога у два таласа тај број значајно опао (прво због уверења да је кумулативно гласање узрочник све чешћих покретања поступака за разрешење чланова управе, а касније и због страха да кумулативно гласање подстиче непријатељска преузимања).¹⁹ Данас је императивност кумулативног гласања изузетак међу државама чланицама САД.

Основна последица обавезног кумулативног гласања се састоји у томе да друштво нема слободу да га својим интерним актима укине, ограничи или забрани, чиме се сужава аутономија воље акционара. Данас се концепција обавезног кумулативног гласања све више

¹⁶ Руски Закон о акционарским друштвима из 1995. године (са изменама из 2001. године, даље: ЗАД) уводи обавезно кумулативно гласање за сва акционарска друштва која имају преко 1000 запослених (чл. 66, ст. 4, тач. 1). Поред Русије и осам америчких држава усваја обавезно кумулативно гласање: Аризона, Калифорнија (само за некотирана акционарска друштва), Хаваји, Кентаки, Небраска, Јужна Дакота, Северна Дакота и Западна Вирџинија.

¹⁷ Уставно право на кумулативно гласање познају Аризона, Јужна Дакота и Северна Дакота.

¹⁸ Пракса увођења кумулативног гласања уставима је трајала све до 1955. године, када је укупно 13 америчких држава имало овакве уставне одредбе. Више о историјату кумулативног гласања у САД, в. W. Campbell, „The Origin and Growth of Cumulative Voting for Directors“, *Business Lawyer* 10/1955, 3–13.

¹⁹ J. N. Gordon, „Institutions as Relational Investors: a New Look at Cumulative Voting“, *Columbia Law Review* 94/1994, 147–158.

третира као правни анахронизам.²⁰ Противно ставовима теорије и законодавним тендеријама, Црна Гора је прихватила обавезно кумулативно гласање.²¹

2) *Кумулативно гласање као диспозитивно правило.* У неким државама је кумулативно гласање предвиђено као диспозитивно законско правило, при чему је привредним субјектима остављена слобода да прихвате и директно гласање, ако сматрају да им то више одговара. Ово решење је, на изненађење стручне јавности, прихватило и право Србије, али само за отворена акционарска друштва.²² Овим друштвима је дата слобода да оснивачким актом или статутом предвиде директно гласање и тако добровољно оптирају за непримену законског диспозитивног режима који се односи на кумулативно гласање. Концепцијски се српском решењу могу упутити три замерке:

– прва, увођење кумулативног гласања као диспозитивног правила претпоставља да су српска друштва упозната са концептом кумулативног гласања и да су га у пракси већ прихватила, а како то код нас није случај, прописивање оваквог начина гласања може довести до бројних негативних последица и урушавања овог института;

– друго, кумулативно гласање као диспозитивно правило више одговара затвореним, него отвореним акционарским друштвима; и

– треће, могућност дерогирања законске претпоставке статутом даје право управном одбору да одлучује о начину гласања за избор својих чланова, што посредно омогућава већинском акционару да одлуком управног одбора у коме има већину чланова укине кумулативно гласање.

За Србију би боље решење било да је отвореним акционарским друштвима само отворена могућност да своје чланове управе бирају кумулативним гласањем, а да се и даље претпоставља примена директног гласања.

3) *Кумулативно гласање као опција.* Највећи број држава које познају кумулативно гласање прихвата концепцију по којој је дирек-

²⁰ Н. F. Sturdy, „Mandatory Cumulative Voting: an Anachronism“, *Business Lawyer* 16/1961, 550–576.

²¹ В. црногорски ЗПД, чл. 42, ст. 9: „Руководећи се интересима мањинских акционара закон је у овом ставу прописао као обавезан начин избора чланова овог органа технику кумулативног гласања“. Д. Радоњић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, СЦД, Подгорица 2003, 209–210.

²² „У отвореном акционарском друштву чланови управног одбора бирају се кумулативним гласањем ако оснивачким актом или статутом друштва није друкчије одређено.“ ЗОПД, чл. 309, ст. 4. „Чланови управног одбора бирају се кумулативним гласањем ако оснивачким актом или статутом друштва није предвиђено директно гласање.“ Кодекс КУ, чл. 170.

тно гласање правило, уз могућност да се конститутивним актом друштва уведе кумулативно гласање.²³ Кумулативно гласање као опција је најбоље решење за државе које немају искуства у примени овог института, јер оно препушта друштвима да сама прихвате кумулативно гласање ако оцене да је то у њиховом најбољем интересу. Чак се и у САД, држави са најразвијенијом културом коришћења кумулативног гласања, само омогућавање кумулативног гласања сматра модерним трендом.²⁴ Ово је концепција нашег закона за затворена акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу.²⁵ Овде треба скренути пажњу на чињеницу да затворена акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу у Србији могу уместо управног одбора имати директора као инокосног органа управљања,²⁶ и у том случају се за његов избор примењују правила директног гласања.

Највећи број држава данас не познаје могућност избора чланова управе кумулативним гласањем. На питање да ли то значи да те државе дозвољавају или забрањују кумулативно гласање не може се дати апстрактан одговор. За сваку државу је неопходно посебно испитати у којој мери су њена правила која се односе на избор чланова управе императивног карактера. Примера ради, ако компанијско право неке државе усваја когентан принцип једна акција – један глас, онда оно повлачи са собом недозвољеност кумулативног гласања. У тим државама, кумулативно гласање мора бити изричито предвиђено законом, и то у виду обавезе или могућности његовог увођења. Из истог разлога би у Србији кумулативно гласање било забрањено да није посебним прописима омогућено.²⁷

Коришћење кумулативног гласања се првенствено везује за друштва капитала. Оно је због могућности утицаја на разрешење

²³ В. амерички МВСА, чл. 7.28(b); Компанијски закон Делавера из 2000. године, чл. 214 (укупно 30 америчких држава прихвата ово решење). У Русији ако акционарско друштво има мање од 1000 запослених, оснивачким актом се може увести кумулативно гласање (руски ЗАД, чл. 66). У Јапану, директно гласање је правило, а сваки акционар има право да предложи увођење кумулативног гласања (јапански ТЗ, чл. 241, чл. 256, ст. 3). Скоро све компаније у Јапану су својим оснивачким актом онемогућиле ово право акционара.

²⁴ Н. F. Sturdy, 571.

²⁵ Оснивачким актом или статутом акционарског друштва, односно уговором чланова друштва са ограниченом одговорношћу, може се одредити кумулативно гласање за избор чланова управног одбора, ЗОПД, чл. 154, ст. 2, чл. 309, ст. 6.

²⁶ ЗОПД, чл. 153, ст. 1, чл. 307, ст. 1.

²⁷ Овакав закључак се може извући из најмање два императивна правила Закона о привредним друштвима: прво, једна обична акција увек даје право на један глас (чл. 204, ст. 3 и 5, чл. 208, ст. 1, тач. 3); и друго, број гласова које за сваког члана управног одбора има сваки акционар једнак је броју поседованих акција (чл. 309, ст. 3).

другог агенцијског проблема препоручљива корпоративна пракса за затворена акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу.²⁸ Због велике дисперзије акција и непостојања контролног акционара, у отвореним акционарским друштвима није једноставно одредити ефекте примене кумулативног гласања. Због тога се и становишта крећу од истицања потребе ограничавања кумулативног гласања само на затворена друштва,²⁹ преко заузимања неутралног становишта,³⁰ па све до указивања на позитивна дејства кумулативног гласања на отворена друштва.³¹ У сваком случају, пракса је показала да се кумулативно гласање ретко користи у великим акционарским друштвима, док је релативно често у малим и средњим друштвима (до 500 акционара).³²

4.2. Врста одлуке која се усваја

Кумулативно гласање се може користити само у случају када се бирају колегијални органи од стране скупштине акционара. За примену кумулативног гласања је нужно да се сви чланови органа бирају заједно, у исто време, а не да се за свако место у органу гласа посебно, односно да се гласање спроводи за сваког предложеног кандидата.³³ Када се доноси одлука о избору једног директора, онда се ефекти кумулативног гласања изједначавају са ефектима директног гласања.³⁴ Одлуку у том случају увек доноси лице које поседује већински пакет акција, јер нема могућности прерасподеле гласова између више кандидата. Исто важи и за доношење сваке друге одлуке скупштине акционара (на пример, одлуке о расподели дивиденди, одлуке о повећању основног капитала, и др.).

²⁸ J. G. Sobieski, „In Support of Cumulative Voting“, *Business Lawyer* 15/1960, 316–317.

²⁹ A. R. Pinto, Douglas M. Branson, 96, 269–270. Према неким ауторима, кумулативно гласање у отвореним акционарским друштвима компликује гласање преко пуномоћника и уобичајено не утиче на исход гласања. R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000, 269.

³⁰ J. G. Sobieski, 317.

³¹ Кумулативно гласање представља ефикасно средство за успостављање дуготрајног односа институционалних инвеститора са друштвима у која су уложили средства. Више в. J. N. Gordon, 124.

³² A. R. Palmiter, 120; Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, 96.

³³ J. D. Cox, Th. L. Hazen, F. H. O’Neal, *Corporations*, Aspen Law & Business, New York 1997, 329.

³⁴ „...ова техника је применљива само у случају када се ради о избору два или више, односно свих чланова одбора директора, али није применљива када се бира само један члан овог органа, јер у том случају постоји директно гласање.“ Д. Радоњић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, 209–210.

У највећем броју законодавстава кумулативно гласање је начин омогућавања партиципације мањинских акционара у органима управљања, што значи да се оно примењује само када је реч о одлукама о избору колегијалних органа управљања.³⁵ У праву Србије кумулативно гласање има шири домен примене. Оно се односи на избор:

а. чланова управног одбора акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу,³⁶ и

б. чланова надзорног одбора отвореног акционарског друштва.³⁷

Оваквим решењем српско право је отишло корак напред у односу на упоредна законодавства у погледу заштите права мањинских акционара, јер им се олакшава учешће не само у органима управљања, већ и у појединим интерним органима надзора.

5. ПРИМЕНА КУМУЛАТИВНОГ ГЛАСАЊА

Приликом примене кумулативног гласања за мањинског акционара ће се као основно поставити следеће питање: колики је број гласачких акција неопходан за избор једног члана управе у друштву? Општеприхваћена формула за израчунавање броја акција потребних за именовање једног члана управе је:³⁸

$$X = \frac{A}{D + 1} + 1$$

при чему је:

X – број акција потребних за избор једног директора

A – укупан број гласачких акција друштва

D – број директора који се бирају.

³⁵ A. R. Palmiter, 119.

³⁶ ЗОПД, чл. 154, ст. 2, чл. 309, ст. 4–6.

³⁷ ЗОПД, чл. 330, ст. 3. Затворена акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу не могу имати надзорни одбор, већ само интерног ревизора или одбор ревизора.

³⁸ Више в. R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 267; E. W. Sell, L. H. Fuge, 153; S. M. Bainbridge, 445; A. R. Palmiter, 119–120; З. Арсић, „Кумулативно гласање за избор чланова одбора директора“, *Правни живот* 11/2004, 50–51; Д. Радоњић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, 371–372.

Први део формуле $(A / D + 1)$ представља максималан број акција које једно лице може поседовати, а да му оне не дају право на избор једног члана управе.³⁹ Једна акција или део акције преко тог износа је довољна за избор директора. Ова формула игнорише постојање фракционих акција, што може водити до грешке у износу од једне акције.⁴⁰ На пример, у друштву које има 200 акција, а бира се петочлана управа, према формули потребно је да акционар има 34,33 акције за избор једног директора, што практично значи 35 акција. Међутим, то није тачно, јер акционар може и са 34 акције да именује свог представника у управи.

Приказан недостатак отклања следећа формула:⁴¹

$$\frac{\text{број акција потребних за избор једног директора}}{\text{укупан број гласачких акција}} > \frac{\text{број директора који се бирају} + 1}{\text{укупан број гласачких акција}}$$

Ако се претпостави да друштво има 100 гласачких акција, онда се применом наведених формула могу добити следећи резултати:

– у случају да друштво бира три члана управног одбора, за избор једног члана је потребно да акционар поседује 26 акција, односно више од 25% акција друштва;

– у случају да друштво бира пет чланова управног одбора, за избор једног члана је потребно поседовати 17 акција, односно више од 16,67% акција друштва;

– ако се у друштву бира 9 чланова управног одбора, акционару је за избор једног члана управног одбора потребно 11 акција, односно више од 10% гласачких акција друштва.

Наведени примери показују да постоји обрнута сразмера између броја акција потребних за избор једног члана управе и укупног броја чланова управе који се бирају. Што је већи број чланова управе који се бирају, то је потребан мањи проценат капитал-учешћа за избор једног члана.⁴² Према томе, права мањинских акционара су у директној сразмери са бројем чланова управе.

³⁹ R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 268.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ J. H. Choper, J. C. Coffee, Jr., R. J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, Aspen Law & Business, New York 2000, 598; A. R. Pinto, D. M. Branson, 95.

⁴² J. D. Cox, Th. L. Hazen, F. H. O'Neal, 329.

Аналогно приказаним формулама, број акција потребних за именовање n чланова управе гласи:

$$X = \frac{n \cdot A}{D + 1} + 1 \quad \text{или} \quad \frac{\text{број акција потребних за избор } n \text{ директора}}{n \text{ директора}} > \frac{n \cdot \text{укупан број акција}}{\text{број директора који се бирају} + 1}$$

Све до сада приказане формуле претпостављају да ће се на седници скупштине појавити сви акционари. Како је то у пракси ретак случај, сваки акционар приликом израчунавања броја чланова управе које може да изабере мора да узме у обзир и податак о томе колико је акционара присутно на седници. Због тога, резултате свих горе наведених формула треба разумети као минимална гарантована права мањинских акционара, а од присуства акционара зависи у којој мери ће они имати више права од гарантованих. Да би акционар установио колики број чланова управе може да изабере на конкретној седници, он треба укупан број гласачких акција, означен словом A , да замени укупним бројем присутних гласачких акција.

6. ПРОБЛЕМИ У ПРИМЕНИ КУМУЛАТИВНОГ ГЛАСАЊА

Примена кумулативног гласања је скопчана са бројним проблемима. Због слободе расподеле гласова и неизвесности око тога како ће који акционар распоредити своје гласове, последице гласања могу бити неочекиване. За разлику од директног гласања, код кумулативног гласања се услед могућности расипања гласова лако може направити грешка.⁴³

Проблеми у примени кумулативног гласања се могу приказати на следећем примеру: акционарско друштво има 200 акција и два акционара, лице X које поседује 120 акција и лице Y које поседује 80 акција, а бира се пет чланова управног одбора. Акционар X располаже са 600 гласова (120×5), акционар Y са 400 гласова (80×5). Сваки акционар је предложио пет кандидата за чланове управног одбора. Применом формуле за израчунавање броја чланова управног одбора на које сваки акционар има право долази се до следећег закључка: акционар X има право на три члана, док акционар Y има право на два члана.⁴⁴ Следећа три сценарија указују на различите резултате кумулирања гласова.

⁴³ R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 266.

⁴⁴ Према формули за избор два члана је потребно имати више од $66,66$ акција друштва ($2 \times 200 / (5 + 1)$).

Сценарио 1. Акционар X гласа по правилима директног гласања, распоређујући све своје гласове равномерно на све кандидате које је предложио, а акционар Y кумулира своје гласове у корист само три кандидата која је предложио. Резултат гласања је следећи:

X1–120; X2–120; X3–120; X4–120; X5–120; Y1–133; Y2–133; Y3–134; Y4–0; Y5–0

У пет кандидата који су добили највећи број гласова налазе се три кандидата мањинског акционара (лица Y1, Y2 и Y3). Према томе, у овом сценарију је профитирао мањински акционар, јер је изабрао једног члана више него што је требало.⁴⁵

Сценарио 2. Акционар Y гласа на исти начин као у сценарију 1, а акционар X своје гласове распоређује на четири кандидата. Исход гласања је следећи:

X1–140; X2–140; X3–160; X4–160; X5–0; Y1–133; Y2–133; Y3–134; Y4–0; Y5–0

Акционар X је у овом случају именовао четири члана управног одбора (лица X1, X2, X3 и X4), а акционар Y само једног (лице Y3). Овакав начин гласања је очигледно погодновао већинском акционару, јер је сада он изабрао једног члана управе више него што је очекивано.

Сценарио 3. Акционари гласају у складу са правилима кумулативног гласања. То значи да ће сваки акционар прво да утврди колико чланова управног одбора може да изабере, а када то учини све своје гласове ће распоредити на толико кандидата. Оваква стратегија гарантује и једном и другом акционару извесност у погледу исхода. Акционар X ће своје гласове да подели на три кандидата, а акционар Y на два. Претпоставимо да су они то урадили на следећи начин:

X1–200; X2–200; X3–200; X4–0; X5–0; Y1–200; Y2–200; Y3–0; Y4–0; Y5–0

Тек се у овом случају може говорити о оптималној расподели гласова оба акционара, јер је сваки од акционара изабрао онолико чланова управног одбора колико према формули треба да изабере.

Постоји два разлога због којих често долази до неочекиваних резултата у примени кумулативног гласања.

⁴⁵ Слична ситуација се десила у случају друштва *Sharpsville Railroad Company*, приликом избора шесточлане управе. Већински акционар је поседовао 3.396 акција, а мањински 3.037 акција. Већински акционар је све своје гласове (20.376 гласова) распоредио на свих шест кандидата, дајући сваком по 3.396 гласова. Мањински акционар је своје гласове (18.222 гласова) распоредио на четири кандидата, дајући сваком по 4.557 гласова. Као резултат гласања, мањински акционар је именовао четири од шест директора. Наведено према Н. F. Sturdy, 565.

1) *Неевакуованост акционара*. Непознавање основних принципа кумулативног гласања од стране акционара један је од основних разлога за неадекватну расподелу гласова. Због тога добра пракса корпоративног управљања препоручује управном одбору да у циљу заштите неуких акционара, састави упутство са објашњењем како се на оптималан начин користи право гласа код кумулативног гласања. У упутству је потребно посебно навести права акционара у случају кумулативног гласања, разлике у односу на директно гласање, као и основне негативне последице неоптималног коришћења права гласа.⁴⁶

2) *Жеља да се изабере већи број чланова управе од гарантованог*. До неоптималне расподеле чланских места у управи друштва долази и услед чињенице да неки од акционара жели да изабере већи број чланова управе него што му то поштовање правила о кумулативном гласању омогућава. Та тежња уобичајено има реално покриће у сазнању или претпоставци како ће друга страна гласати. Примера ради, већински акционар зна да ће мањински акционар своје гласове распоредити на већи број кандидата него што би требало, или мањински акционар претпостави да ће већински акционар гласати по правилима директног гласања.

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа)

Vuk Radović, Ph.D

Assistant Professor,
University of Belgrade Faculty of Law

CUMULATIVE VOTING FOR ELECTION OF BOARD MEMBERS (Part one)

Summary

Corporate governance has created many new legal issues in recent decades, among which cumulative voting stands out. Beside the fact that the European theory and practice still haven't made the final judgment concerning this type of voting, the major incentive for writing this paper was legal availability of this type of shareholder voting according to the Serbian Law on Business Organizations and the Serbian Corporate Governance Code. Furthermore, cumulative voting is the presumed type of

⁴⁶ Кодекс КУ, чл. 173.

voting for the election of board of directors and supervisory board in open corporations. There is apparent need to clarify these provisions, as well as to offer necessary guidelines to companies in order to properly implement rules on cumulative voting.

The introduction of this article covers meaning, application and basic characteristics of straight voting, as a standard voting rule for shareholders. In the following parts of the article, the author explains the basic characteristics of cumulative voting, and conditions for its application (legal availability and type of decisions). The author emphasizes the numerous problems in cumulative voting application, which can lead to unjust and unexpected results. The following part of the article shows the most frequently used limitations of cumulative voting, such as reducing the size of the board, replacing cumulative voting with straight voting, deadlock situations, classifying the board, removing minority-elected directors without cause, and filling the vacancy on the board. The analysis of these factors is very important, because they undermine the effectiveness of cumulative voting. The last part of the article shows that arguments in favor and against cumulative voting are approximately equal, and therefore it is hard to give unequivocal conclusion in respect of justifying its introduction.

Key words: *Cumulative Voting. – Straight Voting. – Board of Directors. – Election of Board Members. – Corporation.*

Др Душан Дабовић,

самостални саветник

Министарства пољопривреде,

шумарства и водопривреде Владе Републике Србије

УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА У ПРОЦЕСУ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ

Аутор настоји да утврди узроке усклађивање права у процесу глобализације (глобализација права) као и последице које тај феномен иницира у друштву рецептора, посебно с обзиром на разлике између развијених земаља и земаља у развоју. Глобализација права, као интегрални део процеса друштвене глобализације, врши се методом преузимања права у различитом обиму. Најзначајнији објективни узроци процеса глобализације су убрзани развој технологије и економски, политички и културни чиниоци. Они, међутим, не делују директно на феномен глобалног усклађивања права, већ путем правних института, најчешће међународноправних инструмената. Од субјективних чинилаца глобализације права најзначајнији су реализација „пројекта новог светског поретка“, правна техничка помоћ и правна професија. Усклађивање права у процесу глобализације истовремено изазива позитивне и негативне последице на земље примаоце права, при чему су негативне друштвене последице проузроковане дискрепанцијом између развијених земаља, с једне, и земаља у развоју, с друге стране.

Кључне речи: *Усклађивање права. – Глобализација. – Рецепција права. – Правни трансплантаци*

1. УВОДНА ПИТАЊА

Савремену цивилизацију крајем XX и почетком XXI века карактерише интензиван процес глобализације, који се огледа у убрзаном развоју нових технологија и бурним променама у свим друштвеним областима – економији, политици и култури. Истовремено с интензивирањем интегративних промена савременог света, односно са наступањем ере тзв. „турбо-глобализације“, у социо-

лошко-правној теорији се актуелизује дебата о значењу, узроцима и последицама глобалног усклађивања права. Наиме, уочено је да у свим друштвеним областима долази до интензивног усклађивања националних правних система, како на регионалном, тако и на глобалном нивоу. Дебата о том проблему постаје све интензивнија, јер свеобухватно сагледавање феномена глобализације права, односно глобалног усклађивања права, постаје један од основних предуслова за правилно разумевање актуелних глобалних правних и друштвених процеса.

1.1 Преузимање права као начин усклађивања права

У савременој правној теорији постоји изражена недоследност у погледу значења појма „усклађивање“ (*harmonization*) и његовог разграничења са сродним појмовима као што су „унификација“ (*unification*), „апроксимација“ (*approximation*), „координација“ (*coordination*) и др. Теоријски, може се повући разлика између појмова „унификација“ и „усклађивање“ права, иако до унификације и усклађивања долази преузимањем права. Дакле, у оба случаја се користи метод преузимања права, а разлика је у обиму преузимања права, с тим што је унификација потпуно, док усклађивање „није потпуно преузимање страног права, већ преузимање оних правних института чије присуство уклања битне разлике између тог и домаћег права“.

Преузимање права као метод усклађивања права означава преношење појединих правних правила, решења и правних установа из једног правног система или међународног права¹ у други правни систем, односно преузимање читавог правног система из једне културе у другу. Овај начин преузимања права се у стручној литератури означава појмовима „рецепција права“,² „правна акулту-

¹ Под преузимањем права из међународног права у национално право подразумевамо како усклађивање националног законодавства са међународноправним инструментима, тако и директно преузимање међународноправних аката на основу „дуалистичког“ приступа преузимања међународног права. Међутим, услед методолошких тешкоћа да се у излагању направи јасна дистинкција између преузимања међународног права „монистичким“ и „дуалистичким“ приступом, ова два начина преузимања међународног права третираћемо јединствено.

² Рецепција права – преузимање права из једног правног система ради преношења у други. Рецепција права није никада потпуна, већ делимична, пошто се у већ постојећи правни систем преузимају делови неког другог система. Рецепција права може бити мање или више доследна, одн. чиста. Постоји чиста рецепција права ако се одговарајући делови реципирају без икаквих промена. Рецепција права је мање доследна уколико се право које се реципира при том мења и прилагођава праву које се реципира. Рецепција права је неизбежна појава међународних односа и уколико ови постају тешњи, утолико је рецепција права развијенија, в. *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд 1989.

рација“,³ „транспозиција“, „правна трансплантација“, „трансфер права“ и другим. Примере преузимања права налазимо још од самих почетака правне историје, али је овај правни феномен теоријски први фокусирао Алан Вотсон (*Alan Watson*)⁴ на нов начин, средином седамдесетих година прошлог века. Потпунија дебата међу правним теоретичарима развила се тек након пада Берлинског зида, односно са почетком убрзане трансформације правних система земаља бившег Источног блока и са формирањем Европске уније.

У савременој правној теорији постоје два различита приступа природи преузимања права, што се своди на схватање о односу права и друштва: (1) заговорници *теорије конвергенције*, од којих је најистакнутији Алан Вотсон, заступају став да се право развија независно од друштва, односно да преузимање права није детерминисано друштвом у којем се јавља; с друге стране, (2) теоретичари који преферирају социолошки приступ овом питању, стоје на становишту да је право *огледало народа*, односно да је право у толикој мери укорењено у друштву да преузимање права, у суштини, није могуће. Да бисмо избегли екстремне ставове који неминовно воде у теоријски редуccionизам, ми у овом раду подржавамо (3) ауторе који о овом питању имају *интегрални приступ*, при чему се увиђа значај социолошких фактора за преузимање права, али се истовремено не искључује могућност субјективне интервенције.

1.2. Шта је глобализација?

Појам „глобализација“, као и сродни појмови „глобализам“ и „мондијализам“, појавио се у академским расправама крајем осамдесетих и почетком деведесетих година прошлог века, да би се њиме означио феномен растућих интегративних промена савременог света. Убрзо се дебата о глобализацији распламсала, тако да је овај појам постао примарни проблем друштвених наука. Међутим, врло је изражена несагласност теоретичара како о самој суштини овог феномена, тако и о његовим узроцима и последицама, при чему о сваком од ових питања постоји оштра поларизованост ставова, од „скептика“⁵ до

³ Појам „акултурација“ први је употребио амерички социолог Пауел (*J. V. Powell*) 1880. године, да би означио прелаз примитивних друштава у цивилизацију *ad culturam*, а касније је прихваћен од стране француских социолога, Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића – CID, Нови Сад – Титоград 1992, 192–200.

⁴ А. Вотсон, *Правни транспланти*, Правни факултет Универзитета у Београду – Институт за упоредно право, Београд 2000.

⁵ Скептици негирају постојање глобализације као друштвеног феномена, односно сматрају да је глобализација фикција, дакле, само имагинативни предмет теоријске дебате.

„хиперглобалиста“⁶ и од „глобалиста“⁷ до „антиглобалиста“.⁸ За нас су овде посебно значајни аутори означени као „трансформационисти“.⁹ Имајући сва та становишта у виду, а узимајући у обзир потребу за превазилажењем једностранних тумачења узрока промена савременог света, глобализацију овде дефинишемо као глобални друштвени процес са субјективним елементима, који производи позитивне и негативне последице у свим друштвеним областима, при чему су последице истовремено његови узроци, што са своје стране доводи до убрзања овог процеса.

1.3. Трансформација права у процесу глобализације

Процес глобализације, као општи друштвени процес, неминовно садржи и процес глобализације права, односно процес трансформације модерног система права успостављеног у развијеним државама у XIX веку. Дебата која се у стручним круговима, али и у јавности, води о појму и карактеру глобализације, при чему је евидентан широки спектар ставова, пренела се и у правну теорију, те ни по питању глобализације права не постоји сагласност међу теоретичарима. За ставове који потенцирају значајне промене у традиционално

⁶ Хиперглобалисти сматрају да је глобализација објективан планетарни процес, односно актуелна фаза развоја људског друштва, те је стога историјска нужност: P. Hirst, G. Thompson, *Globalization in Question*, Polity Press, London 1996; P. Krugman, *Peddling Prosperity*, W. W., New York 1994, 146–148, 256–267; R. N. Wade, „Globalization and Its Limits: Reports of the Death of the National Economy are Greatly Exaggerated“, ed. S. Berger, D. Ronald, *National Diversity and Global Capitalism*, Cornell University Press, Ithaca 1996, 60–88.

⁷ Глобалисти у дебати о глобализацији указују, углавном, на позитивне ефекте ширења идеологије неолиберализма и тржишне економије. Види: Z. Brzezinski, *The Grand Chessboard: The American Primacy and Its Geostrategic Imperatives*, Basic Books, New York 1997; F. Fukuyama, *The End of the History and the Last Man*, Hamish Hamilton, London 1992.

⁸ Антиглобалисти се фокусирају само на негативне аспекте глобализације, залажући се за смер ширења „одоздо према горе“, односно од самосвесних појединаца и неформалних група, одређених за хуманистичке вредности („зелени“, борци за отпис дугова сиромашним земљама, итд.) према владама држава и међународним институцијама. Н. Чомски, *Профит изнад људи: неолиберализам и глобални поредак*, Нови Сад 1999; исти, *Нужне илузије: контрола мисли у демокретским друштвима*, Нови Сад 2000; C. Boggess, *The End of Politics*, Guilford Press, New York 1999.

⁹ Трансформационисти заступају изbalансиран приступ, односно глобализацију посматрају свеобухватно, као процес који има вишеструке узроке и који се огледа у свим друштвеним областима, при том, ови аутори превазилазе и постојеће дистинкције на позитивно и негативно виђење глобализације, као и на успостављање глобализације „одозго“ или „одоздо“ (Antony Giddens). Материјал за предавања које је Ентони Гиденс о глобализацији одржао 1999. године на неколико универзитета у свету в. на <http://pauk.ffzg.hr/kssd/casopis/2br/prijevodi/giddens.html>; D. Kellner, „Theorizing Globalization“, *Sociological Theory* 3/2002, 285 (<http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/kellner.htm>).

схваћеном савременом светском правном систему, како на међународном, тако и на националном нивоу, карактеристично је схватање Резе Банакара (*Reza Banakar*). Овај аутор сматра да глобализација права, омогућена ширењем тржишта и напретком транспортних и комуникационих технологија, подиже свест о потреби јачања нове правне инфраструктуре која је специфична по свом потенцијалу да превазиђе националне и културне границе. Дакле, овај аутор сматра да функцију права у актуелној трансформацији савременог света не би требало схватити само у контексту задовољења потреба економских субјеката, како се то често у правној теорији представља, већ много шире, узимајући у обзир све друштвене области.¹⁰

С друге стране, у правној теорији има мишљења која наглашавају да је улога суверених држава у функционисању традиционалног међународног система, па и у области права, још увек незамењива. Тако, Џерод Винер (*Jarrod Wiener*) експлицитно износи антиглобалистичку тезу да усклађивање права на глобалном нивоу заправо јача државе, јер су то методи којима државе само одговарају на транснационалне импулсе који долазе споља, те се на тај начин адаптирају новонасталој ситуацији. С обзиром на то да глобализација економије поставља пред државе императив укључивања у заједничко тржиште, хармонизација права националних држава је најшира управо у тој области, али Винер уочава да до уједначавања права долази и у другим областима. Међутим, по мишљењу овог аутора, потпуно уједначавање права на глобалном нивоу је непожељан, ретроградан процес враћања на предмодерно универзално право, што би довело до стварања империје права.¹¹

Правилно разумевање трансформације права у процесу глобализације, подразумева да би овај процес требало сагледати свеобухватно, односно узети у обзир несумњиви растући интегративни процес који се огледа како у међународном праву, тако и у националним законодавствима. С друге стране, неопходно је уважити реалност да су суверене националне државе још увек, у великој мери, субјекти међународног права и носиоци правног система на својој државној територији, те да су, у том смислу, субјекти глобализације права. У савременом праву се истовремено рефлектују процеси глобализације у свим друштвеним областима и генерише даљи ток ових процеса. При том и само право доживљава трансформацију, тако да се све више губи разлика између међународног и националног права.¹²

¹⁰ R. Banakar, „Reflexive Legitimacy in International Arbitration“, ed. V. Gessner, A. C. Budak, *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Dartmouth – Andershot 1998, 326.

¹¹ J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Pinter, London – New York 1999, 190.

¹² F. Snyder, „Globalisation and Law in the 21st Century“, ed. A. Sarat, *The Blackwell Company to Law and Society*, Blackwell Publishers, London – New York 2003.

Процес приближавања међународног права и националног права рефлектује се и на феномен усклађивања права. Наиме, док је у периоду модерних националних држава постојала јасна дистинкција на међународно право и унутрашње право националних држава, усклађивање права је ишло овим паралелним, али независним токовима: међународно признате суверене државе су сопственом одлуком усвајале међународне конвенције, те је такво право, непосредном применом, или на основу посебних закона, инкорпорирано у земљу примаоца; у случају преузимања права, право је преношено из националног законодавства једне државе у национално законодавство друге државе, било у сегментима, односно појединим правним нормама, или решењима, или, пак у целини (*en bloc*). Међутим, у периоду интезивне глобализације, када се губи јасна граница између међународног права и националног права, до усклађивања права долази на начин који има елементе и међународног усклађивања права и усклађивања преузимањем из националних права. Овај проблем се најбоље може анализирати на примеру преузимања права Европске уније од стране земаља које нису чланице, било да су то европске земље које су се определиле да крену путем испуњавања услова за пријем у Европску унију, или да је реч о државама, европским, или чак неевропским, које преузимају одређено правно решење само због њега самог, односно због његовог квалитета.

Наиме, право Европске уније је по свом начину настанка (међународним споразумима) особено право. Међутим, са трансформацијом ове организације у политичку заједницу, с увођењем парламента, извршних органа и других државних обележја, као и с ограниченом и дефинисаном територијом, јављају се елементи националног законодавства, тако да право Европске уније све више поприма сопствени идентитет. Стога се преузимање овог права пре свега од стране земаља нечланица, али и чланица, не може јасно окарактерисати као преузимање међународног права, нити као рецепција страног националног права.

Ово је случај са многим другим међународним владиним и невладиним организацијама које иницирају усклађивање права на глобалном нивоу. Наиме, све више се у оквиру међународног права доносе препоруке, смернице и модели закона (*soft law*) које даље производе преузимање националних прописа из земаља које су раније ускладили своје законодавство с овим принципима, од стране оних земаља које то чине касније. На тај начин, правна норма која је потекла са међународног нивоа, „национализована“ је у неком од националних законодавстава земаља које су ажурно обавиле усаглашавање са међународним правом (најчешће су то најразвијеније земље, које имају стабилне државне институције и изграђен законодавни апарат),

да би, затим, друге земље, које касне у процесу усклађивања са датим међународним принципима (најчешће земље у развоју), од ових земаља преузимале готове, усклађене правне норме. Како међународно право поприма све већи значај за функционисање савремених националних држава у оквиру међународне заједнице, тако се и усклађивање права све више заснива на међународном праву, а не, као у доба колонијалног освајања и стварања модерних националних држава са сопственим правним системом, на преузимању националног права других држава. То је, управо, основна дистинкција између ранијег и савременог начина усклађивања права.

2. УЗРОЦИ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ ПРАВА

Сви узроци усклађивања права у процесу глобализације могу се поделити на *објективне* и *субјективне*. При том, треба имати у виду да је веома тешко, нарочито у духовној сфери, разликовати објективне и субјективне узроке, јер се ради о динамичним процесима преклапања, међуутицаја и прелажења из једног стања у друго. Наиме, разлике између објективних и субјективних узрока нису, у исто време, и разлике између материјалних и духовних творевина, јер објективни узроци могу бити не само материјалне него и духовне творевине, док, с друге стране, субјективни узроци за своју основу увек имају само духовне творевине (било рационалне или ирационалне). Све објективне узроке глобализације права могуће је поделити на природне и друштвене. Природне узроке чини природна средина коју човек својом праксом, или стваралачком активношћу прерађује, као и сам човек, посматран као део природе са својим природним карактеристикама релевантним за настајање друштвених процеса. Ови природни узроци свакако имају утицаја на преузимање права, али нису релевантни за нашу тему, јер се у њима не одражавају специфичности процеса глобализације који је иманентно друштвени процес. Стога ће се овде разматрати четири основне групе објективних (друштвених) узрока – технолошки, економски, политички и културни.¹³

Као што је речено, актуелна трансформација права је саставни део глобализације као објективног процеса друштвене трансформације, те су и чиниоци процеса глобализације, истовремено, објективни (друштвени) узроци трансформације права, при чему је глобализација права, поред повећања значаја међународног права, најзначајнији аспект те трансформације. Стога, узимамо да су најзначајнији

¹³ Ј. Станковић, *Основи опште социологије права II део – стварање права*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 1998, 11–19.

технолошки, економски, политички и културни чиниоци глобализације заправо објективни (друштвени) узроци усклађивања права у процесу глобализације. Ови чиниоци процеса глобализације, односно глобалног усклађивања права, делују у тесној међузависности, тако да их је немогуће разграничити. Наиме, савремене технологије, пре свега информационе технологије, биотехнологија, саобраћајна средства и друге, омогућавају стварање светског тржишта, на којем се обавља огроман промет финансијских средстава, организује производња и продаја робе и услуга. Такође, савремене технологије доприносе и све интензивнијој комуникацији различитих култура. С друге стране, напредком економије, омогућена су улагања у нова научна истраживања и развој технологије, при чему се стварају и материјални предуслови за трансформацију вредносних, а самим тим и нормативних система. Поред тога, стварањем интернационалног тржишта културних производа, као што су музика, филмови, мода, или кулинарство, поспешује се светска економија, а трансформацијом доминантног вредносног система на тржишту долази до потражње за производима са другачијим особинама, односно до преферирања одређених технологија.

Како је Карл Ренер, у оквиру разматрања друштвених функција правних института, као свог предмета анализе, између осталог, дошао до закључка да промене у економији не доводе непосредно и самостално до промена у праву, већ да се промене у праву врше преко одговарајућих правних института, аналогијом се може закључити да и други објективни (друштвени) узроци, као што су технолошки, политички и културни, не делују самостално на развој права, односно на преузимање права, већ такође посредно, преко правних института.¹⁴ При том се, у случају развоја права у процесу глобализације, путем усклађивања права, као правни институти (посредници) најчешће појављују различити међународноправни инструменти (било „тврдог“, или „меког“ међународног права).

Нове технологије, као што су *информационе технологије и биотехнологија*, су међу примарним чиниоцима убрзања процеса глобализације, јер омогућавају неслућени друштвени напредак, који се огледа у компресији времена и простора, али и у побољшању здравља људи, ширењу знања, економском расту и директнијој партиципацији грађана у њиховим заједницама.¹⁵ Међутим, технолошки прогрес има и своје наличје – свака технологија са собом носи и одређене ризике који могу негативно утицати на развој друштва. С обзиром на то да се нове технологије све брже уводе у употребу ти

¹⁴ К. Ренер, *Социјална функција правних института*, Плато, Београд 1997.

¹⁵ М. Печујлић, *Глобализација: два лика света*, Гутенбергова галаксија, Београд 2005, 17–19, 55–60.

ризичности се повећавају, те са глобализацијом нових технологија и ризици постају глобални проблем. Нове технологије имају глобални карактер, јер се њихов утицај не може територијално ограничити на националне државе. Стога се јавља потреба њиховог правног регулисања – како позитивног, тако и негативног аспекта. Управо ова чињеница представља објективни друштвени узрок који у области технологије доводи до глобализацијског процеса.

У савременој социолошко-правној теорији, међу ауторима, углавном, постоји сагласност да економски чиниоци не могу бити заобиђени у анализама настанка права. Наиме, широко је прихваћено гледиште да многе правне норме у тој области настају из потребе регулисања промета робе и услуга. Експоненцијални раст светских финансијских трансакција, трговине, производње, транснационалних компанија и регионалних економских интеграција, као чиниоци економске глобализације институционализују се у форми међународно-правних инструмената међународних организација од којих су најзначајније: Међународна организација комисија за тржиште хартија од вредности (*IOSCO*), Светска трговинска организација (*СТО*), Међународни монетарни фонд (*ММФ*) и Светска банка (*СБ*), у области финансија, затим регионалне интеграције – Европска унија (*ЕУ*), Северно-амерички споразум о слободној трговини (*НАФТА*), Азијско-пацифичка економска кооперација (*АПЕС*). С обзиром на то да економски чиниоци, према Ренеру, не могу утицати непосредно и самостално на развој права, управо ове организације и њихови међународноправни инструменти, према речима Џозефа Стиглица, „помажу да се успоставе правила игре“,¹⁶ односно имају улогу посредника у односу економских чинилаца и усклађивања националних права на глобалном нивоу.

Процес глобализације у области *политике* карактеришу, пре свега, растућа међузависности политичких заједница и ширење демократског уређења. Процес растуће интеграције политичких заједница се манифестује као прогресивно слабљење суверенитета држава, при чему долази до преношења суверенитета на међународни ниво, уз повећање броја међународних организација. Последњих неколико деценија, поред оснивања многобројних нових владиних и невладиних међународних организација, расте и њихов појединачни значај, пре свих Организација уједињених нација, с њеним све сложенијим и бројнијим телима. Ипак, највећи помак је учинила Европска унија, прерастајући из економске заједнице у унију са зачетком државне творевине. С друге стране, ширење демократског уређења огледа се у све већем броју земаља које усвајају демократски правни оквир. Стога, као објективне политичке узроке феномена глобалног

¹⁶ Џ. Стиглиц, *Противречности глобализације*, Фонд за отворено друштво, Београд 2002, 225.

усклађивања права узимамо управо уочене чиниоце процеса глобализације у области политике, тј. растућу међузависност политичких заједница и ширење демократског уређења.

Културну трансформацију савременог света карактеришу контрадикторни процеси: истовремено јачање космополитске културе и културно фрагментовање до нивоа етничких заједница, као и ширење културних образаца из развијених земаља према земљама у развоју, који истовремено имају карактер хуманистичких вредности и масовне културе. По поузданом емпиријском истраживању¹⁷ о идентификацији становника са регионом, на узорку од 42 земље са свих континената, осим Аустралије, идентификација са светом просечно износи 7 %, што је знатно мање од идентификације са градом (40%), земљом (29%) и регионом (19%). При том, може се уочити да је идентификација са светом знатно виша у развијеним земљама, него у земљама у развоју. Неки теоретичари увиђају да је, поред процеса раста идентификације са глобалним нивоом, у току истовремени контрадикторни процес културне индивидуализације етничких заједница, при чему је у основи овог процеса разлика у културама.¹⁸ Ширењу интернационалних културних образаца из најразвијенијих држава запада ка остатку света доприноси, пре свега, економска глобализација, односно успостављање светског тржишта, као и развој телекомуникација. Наиме, на светском тржишту, на којем доминирају компаније, односно производи из најразвијенијих земаља, као и у медијском простору у којем влада западна култура, истовремено с производима преузимају се и систем вредности одговарајући језик и животни стил.

Иако је у процесу глобализације евидентан утицај објективних чинилаца, односно глобалних процеса у областима технологије, економије, културе и политике, то не значи да је глобално усклађивање права одређено само њима. Наиме, *субјективни* чиниоци, који подразумевају све свесне акције које друштвене групе, или појединци предузимају у оквиру формалноправно предвиђене процедуре, или ван ње, сагласно, мање или више слободно, постављеним циљевима, укључујући и активности вођене ирационалним мотивима (емоције, подсвест и др.), утичу на коначно уобличавање сваког правног феномена, па и глобалног усклађивања права. Као карактеристичне субјективне узроке усклађивања права у процесу глобализације можемо издвојити: (1) „пројекат“ глобализације, односно свесно усмерене акције друштвених група и појединаца у правцу ширења глобализа-

¹⁷ *World Value Survey 1990–1993*, према: *World Culture Report 1998*, UNESCO, 258–259.

¹⁸ R. Robertson, *Globalization, Social Theory and Culture*, Sage, London 1992; B. R. Barber, „Jihad Vs. McWorld“, *The Atlantic Monthly*; March 1992, Volume 269, No. 3, 53–65.

ције, (2) правну техничку помоћ, коју земљама у развоју обезбеђују развијене земље и међународне владине и невладине организације и (3) правну професију, која у процесу глобализације доживљава трансформацију у правцу све веће интеграције на међународном плану (кроз ширење знања страних језика, коришћење Интернета за добијање информација и комуникацију са колегама у иностранству, похађање међународних семинара, саветовања и специјализација и сл.). За разлику од објективних (друштвених) узрока, који на усклађивање права у процесу глобализације, утичу углавном посредно, путем правних института, субјективни узроци на глобализацију права могу утицати непосредно, одређујући преузимање конкретних правних решења. При том, до изражаја долази интеракција субјективних и објективних узрока, тако што су субјективни узроци детерминисани објективним (друштвеним) узроцима, односно објективни узроци усмеравају деловање субјективних узрока.

3. ПОСЛЕДИЦЕ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ ПРАВА

Да би се у потпуности сагледао феномен усклађивања права у контексту процеса глобализације, потребно је, поред објективних и субјективних узрока овог феномена, сагледати и друштвене последице до којих преузето право доводи у земљама примаоцима. Усклађивање права је само почетна фаза односа правне норме створене преузимањем и друштвених чињеница, док је завршна фаза овог односа процес примене преузетог права у друштвеном окружењу земље примаоца. У зависности од различитих друштвених околности земље реципијента, како интерних, тако и међународних, као и од односа правног система примаоца и врсте извора, могуће су различите последице на друштво примаоца. У околностима интензивирања процеса глобализације, који обележава трансформацију савременог света и објективним и субјективним чињеницама узрокује глобално усклађивање права, у зависности од различитих друштвених и правних околности, могу да настану позитивне или негативне последице у свим друштвеним областима земље примаоца.

С обзиром на различите друштвене околности и карактеристике националних правних система земље реципијента и земље оригинатора, могуће је да преузето право произведе различите ефекте на друштво земље реципијента: земље са развијеним и стабилним друштвеним односима и институцијама, које успеју да преузето право прилагоде интерним друштвеним односима и правном систему и адекватно га примене, у могућности су да се даље развијају, односно да стекну предности примене преузетог права. С друге стране, земље које преузето право не успеју да уклопе у национални правни систем

и адекватно га примењују су у великој мери онемогућене да обезбеде одрживи друштвени развој. Стога се земље у развоју, које су приморане да за кратко време осавремене свој правни систем и прилагоде га светским стандардима, налазе пред опасношћу од даљег заостајања у односу на развијене земље. Такође и у групи земаља у развоју могу се уочити велике разлике – има земаља које су успеле да превазиђу сва искушења примене преузетог права и убрзају свој развој, али и оних које то нису успеле, те и даље заостају у развоју.

Неспорно је да је примена нових технологија од великог значаја за развој друштва. Међутим, извесно је да постоје и негативне последице нових технологија, које се често не могу предвидети. У процесу глобализације, нове технологије, пре свега Интернет, али и биотехнологије и друге напредне технологије, на непосредан, или посредан начин доводе до убрзања овог процеса. При том се могу утврдити и неке негативне последице примене ових технологија. Последице преузетог правног оквира који регулише примену нових технологија у земљи реципијенту зависе како од самих правних норми, тако и од њихове ефикасности и других друштвених околности земље примача. До усклађивања у областима електронског пословања, на пример, је дошло с обзиром да је то налагала међународна пословна пракса, као и пораст злоупотреба. С обзиром на то да су најразвијеније земље најдаље отишле у коришћењу Интернета у свим сферама живота, ове земље су усвојиле потребне прописе, док многе земље у развоју, а посебно најсиромашније земље у свету, то још нису учиниле. Последице уједначавања прописа у овој области се односе на последице учествовања у међународној сарадњи. Наиме, услед специфичности овог медија, неопходно је да све земље света на јединствен начин регулишу питање електронског пословања.

Глобализација светске економије, односно усклађивање економских политика и либерализација трговине и инвестиција, на глобалном нивоу истовремено производи позитивне и негативне последице на светску економију, односно на развијене и неразвијене земље, као и на поједине регионе. Када су у питању ефекти глобализације у области финансија, односно последице ширења либералног економског концепта из развијених земаља ка земљама у развоју, при чему су земље у развоју, на основу различитих међународних механизма инициране да обаве „структурно прилагођавање“, односно да преузму адекватни правни оквир, или поједина правна решења, може се закључити да се утицај тог правног оквира не може посматрати одвојено од стварности, односно од других друштвених чинилаца земље рецептора.

Усклађивање регулисања грађанских и *политичких права*, до којег у процесу глобализације долази преузимањем правних решења, углавном из међународноправних инструмената, на основу објективних и субјективних узрока, формалноправно доводи до успостављања

демократског правног оквира у земљи примаоцу, међутим, примена преузетих правних решења може бити различита. Наиме, ширење демократске културе се не исцрпљује преузимањем прописа који одговарају међународним стандардима, већ је неопходна њихова адекватна примена. Развијене земље имају дугу демократску традицију, изграђене демократске институције, правовремено су из међународног права преузеле савремени међународни демократски правни оквир, те успевају да ове прописе адекватно примењују. С друге стране, земље у развоју, посебно оне које су међународноправне инструменте који обезбеђују заштиту основних грађанских и политичких права преузеле у „трећем таласу демократизације“, осим изузетака, као што су земље кандидати за приступање Европској унији, нису успеле да изграде стабилне и ефикасне институције и усвоје демократску културу, те не успевају да примењују преузети демократски правни оквир на одговарајући начин.

Проблеми функционисања младих демократија, односно адекватне примене преузетог демократског правног оквира су најчешће: слабост демократских институција које би требало да примењују ове прописе, што је узроковано, пре свега, (1) корупцијом, али и злоупотребом овлашћења и инфилтрирањем криминалних елемената у ове институције. Осим тога, важна је општа друштвена клима у којој се прописи о заштити основних грађанских и политичких права примењују, а то се, пре свега, односи на (2) економски раст, али и (3) безбедност.

С обзиром на то да је право културни феномен, глобално уједначавања права је иницирано стварањем универзалне културе, али и реверзибилно утиче на даљу унификацију културних образаца, доводећи до ефекта *perpetuum mobile*. Како до ширења културних образаца у процесу глобализације долази у смеру од развијених земаља ка земаљама у развоју, што је подстакнуто несразмерном премоћи развијених земаља у области масовних медија, тако се, у истом смеру, преносе и правна решења о појединим значајним културним питањима. Преузимањем правних решења, земље примаоци, заправо, не усвајају у потпуности културни модел земаља оригинатора, већ само културни образац који се односи на неко од фундаменталних питања савремене цивилизацијске тековине. Ове земље, поред усвојених културних модела о питању односа према животу, здрављу и природној околини, итд. своју културну особеност, путем различитих правних решења, могу изразити у многим другим културним питањима. На тај начин, усклађивање права на глобалном нивоу не води неизоставно у глобалну културну монолитност, већ доприноси бржем усвајању савремених цивилизацијских тековина од стране земаља у развоју, што доприноси њиховом бржем развоју и активном укључивању у међународну заједницу. Тако, неусвајање правног оквира који промовише заштиту животне средине може иницирати вишеструке негативне посредне и не-

посредне економске последице, што посебно може тешко погодити земље у развоју, с обзиром на то да им може успорити друштвени раст и тако повећати њихово заостајање за развијеним земљама.

4. ЗАКЉУЧАК

На основу анализе феномена глобализације права, односно релације усклађивања права и процеса глобализације, узимајући да је усклађивања права начин стварања права преузимањем права из других правних система или међународног права, који може имати објективне и субјективне узроке и проузроковати комплексне последице на право и друштво примаоца, као и да је процес глобализације глобални друштвени процес са субјективним елементима, који производи позитивне и негативне последице у свим друштвеним областима, при чему су последице овог процеса истовремено његови узроци, извели смо следеће закључке:

1. Глобализација права је *интегрални део процеса глобализације као процеса друштвене трансформације савременог света*, те су објективни и субјективни узроци и последице процеса глобализације истовремено узроци и последице глобалног усклађивања права. Интегративни процеси у свим друштвеним областима, који карактеришу процес глобализације, као основни друштвени феномен савременог света, одражавају се и на право, тако да трансформацију савременог права карактерише процес усклађивања на глобалном нивоу. Управо су узроци и последице процеса глобализације истовремено и узроци и последице глобалног усклађивања права, при чему је овај однос интерактиван, односно, глобално усклађивање права доприноси даљим интегративним друштвеним променама, што доводи до убрзања овог процеса.

2. Усклађивање права у процесу глобализације се врши методом *преузимања (у различитом обиму) правних правила, решења и правних установа из једног (или више) правног система или међународног права у други правни систем*. Преузимање права, које се у правној теорији означава различитим појмовима, познато је од најраније правне историје, те се сматра за „најзначајнији начин на који се право развијало кроз историју“ (Вотсон). Међутим, савремено преузимање права карактерише управо глобализацијски процес, односно најзначајније и најобимније преузимање права се обавља у процесу усклађивања права на глобалном нивоу.

3. Најзначајнији објективни узроци процеса глобализације су убрзани развој технологије и економски, политички и културни чиниоци, који, међутим, не делују директно на феномен глобалног усклађивања права, већ *путем правних института*, најчешће међуна-

родноправних инструмената (обавезујућих и необавезујућих), док су од субјективних чинилаца глобализације права најзначајнији реализација „пројекта новог светског поретка“, правна техничка помоћ и правна професија. При том, *објективни и субјективни чиниоци се међусобно прожимају*, тако да их је, најчешће, тешко индивидуално идентификовати и самостално квантификовати. Објективни чиниоци не утичу директно на усклађивање права, већ путем правних института. Наиме, услед објективних околности долази до дефинисања правних института који, затим, директно утичу на национална законодавства. Последњих деценија, на глобалном нивоу је уочљив тренд повећања броја међународноправних инструмената у свим друштвеним областима, као и повећање броја међународних организација, како владиних, тако и невладиних. Управо међународноправни инструменти најчешће имају функцију посредника у уједначавању права у процесу глобализације. Међународноправни инструменти, иницирани најчешће од стране међународних организација, могу бити обавезујући (конвенције, мултилатерални или билатерални споразуми и др.), или необавезујући (смернице, препоруке, модели закона итд.), али подједнако доприносе процесу глобалног усклађивања права.

4. Усклађивање права на глобалном нивоу, истовремено изазива позитивне и негативне последице на земље примаоце права, при чему су негативне друштвене последице проузроковане *дискрепанцијом између развијених земаља и земаља у развоју*. Тиме глобално усклађивање права може допринети формализовању и продубљивању неизбалансираног односа ове две групације земаља. Стога би пут ка успостављању глобалног економског (пре свега, али не искључиво) баланса требало да води управо преко измена међународноправних инструмената у правцу повољнијег међународног положаја ових земаља. То укључује омогућавање овим земљама да примењују флексибилније програме структуралног прилагођавања и њихов повољнији третман на светском тржишту.

Dušan Dabović, PhD

Legal Adviser, Ministry of Agriculture,
Forestry and Water Management, Republic of Serbia

HARMONIZATION OF LAW IN THE PROCESS OF GLOBALIZATION

Summary

This article explores factors of harmonization of law in the process of globalization, as well as the effects that this global phenomenon initi-

ates in receptor's society, especially in relation to developed and developing countries. Harmonization of law in the process of globalization (or legal globalization) is the integral part of the globalization process in social area, and it occurs by means of legal reception. The most important social factors of the process is the accelerated development of technology, as well as the economical, political and cultural factors. The essential subjective factors of legal globalization are the „new world order project“, legal technical assistance, and legal profession. Legal globalization concurrently stimulates positive and negative effects on recipient's society, but negative effects are mostly caused by discrepancy between developed and developing countries.

Key words: *Harmonization of law. – Globalization. – Reception of Law. – Legal transplants.*

Мр Марија Караникић Мирић,

асистент Правног факултета
Универзитета у Београду

КРИВИЦА КАО ЕТИЧКИ ИЛИ ТЕХНИЧКИ ПОЈАМ*

Велики број теоретичара права сматра да је објективна кривица (faute objective, faute sociale) технички, а не етички појам. Без обзира на то да ли одсуство моралних, односно етичких елемената интерпретирају као предност или као слабост објективизираниог појма кривице, аутори се слажу да је појам објективне, то јест социјалне кривице, лишен сваке моралне конотације. Које је то обележје кривица изгубила својом објективизацијом, тако да се од етичког претворила у технички појам?

Ако је етички домен онај у коме се постављају етичка питања и ако се појам, који представља нечији одговор на једно етичко питање, квалификује као етички, онда припадност тог појма етичком домену не може да зависи од садржине одговора на етичко питање. Другим речима, до квалификације једног схватања као аксиолошки неутралног не може се доћи на основу његове садржине. Аутори који тврде да је субјективно схватање о кривици етичко, а објективно схватање о кривици техничко, то јест аксиолошки неутрално – ову своју тврдњу заснивају на властитом етичком или моралном суду о одговорима на одређена, неспорно етичка питања.

Установа одговорности за причињену штету представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. У изостанку интервенције некаквог људског поретка (правног, моралног), последице онога што нас је задесило сносимо сами, биле те последице добре биле лоше. Међутим, правни поредак не интервенише увек када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прерасподелу штетних последица једног догађаја има јасну аксиолошку конотацију. У том смислу ни установа одговорности, ни објективна кривица као њен основ, не могу бити технички, то јест вредносно неутрални појмови.

Кључне речи: *Објективна концепција кривице. – Субјективна концепција кривице. – Објективна кривица као аксиолошки неутралан појам.*

* Рад се објављује у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политички и социолошки аспекти.*

1. ИДЕЈА О ОБЈЕКТИВНОЈ КРИВИЦИ КАО ТЕХНИЧКОМ ПОЈМУ

Један број теоретичара права истиче да је објективна кривица (*faute objective, faute sociale*) технички, а не етички појам. Објективизирани појам кривице, који подразумева да је крив онај ко погрешно поступа, за њих је лишен моралне конотације. Ово је схватање аутора који иначе заступају субјективну концепцију кривице, али и оних који у кривици виде један социјални факт. Примера ради, овом корпусу идеја припада Танково (Tunc) схватање да одговорност заснована на кривици нема никакву инхерентну моралну вредност: правни појам кривице веома се разликује од појма кривице у моралу.¹

Танк даље тврди да улога суда није да суди човеку и стању његове душе, него да, између осталог, чува друштво од антисоцијалног понашања. Судска одлука о штетниковој кривици увек је заснована на разлозима социјалне политике.² Поједини писци сматрају да разлози социјалне политике имају значаја већ при утврђивању узрочне везе, као једног од услова одговорности за сопствени чин. Тако Фон Бар (*Von Bar*) указује да при утврђивању узрочне везе између штетникове радње и штетне последице, судови европских држава узимају у обзир вероватноћу наступања штете, предвидљивост штете, скривљеност штетниковог поступања, врсту штете за коју се одговара, противправност штетникове радње односно заштитни циљ норме која је повређена штетном радњом, као и захтеве социјалне политике.³ Степлтон (*Stapleton*) сматра да након утврђивања такозване минималне или фактичке узрочне везе, то јест историјског, материјалног учешћа штетникове радње у наступању штетне последице, судијско резонување прелази на терен обима одговорности (*scope of liability*), а ту су релевантни једино разлози социјалне политике.⁴

Карвал (*Carval*) истиче неколико предности објективне, то јест социјалне кривице.⁵ Те предности су, пре свега, *практичне* природе: концепција социјалне кривице поставља у исту позицију све оне ош-

¹ „Contrairement à un sentiment largement répandu, la responsabilité pour faute n'a aucune valeur morale inhérente, du fait que le concept juridique de faute se trouve très éloigné du concept moral.“ A. Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Paris 1999², 108.

² A. Tunc, 108–109.

³ C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume Two, Oxford University Press, Oxford 2000, 473 и даље.

⁴ J. Stapleton, *Perspectives in Causation*, у: J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford 2000, *passim*.

⁵ S. Carval, *La construction de la responsabilité civile. Controverses doctrinales*, Presses Universitaires de France, Paris 2001, 199.

тећенике којима је штета проузрокована противправним актом.⁶ Поред тога, схватање о кривици као погрешном поступку има својих *стратешких* предности: оно ојачава установу субјективне одговорности пред плимом одговорности засноване на створеном и одржаваном ризику. На крају, предност социјалне кривице је и *теоријска*: идеја о кривици као социјалном факту ослобађа правни појам кривице од сваке архаичне моралне конотације. И Турно (*Tourneau*) сматра да је објективизирана кривица технички пре него етички појам и да је, као такав, појам кривице лишен сваке моралне конотације.⁷

У монографији *Имовинска одговорност и њен досег*, Радишић започиње излагање о одговорности по основу кривице анализом субјективне концепције кривице, по којој се кривица огледа у личном укуру оног субјекта чије је понашање довело до штете.⁸ Субјекту се упућује прекор стога што је у датој ситуацији требало да поступи другачије и могао је то да учини, то јест зато што је погрешно, а није морао да греш. У овој конструкцији кривица представља унутрашњи однос једног лица према сопственом противправном чину; она је грешка у вољи онога ко је себи допустио противправну радњу коју је могао да избегне.⁹ Одговорност субјекта који се оглушио о заповест, иако је могао да поступи у складу с том заповешћу, јесте самоекспликативна. Она се изводи из човечијег достојанства и представља природни закон, односно елементарни захтев правичнос-

⁶ По свему судећи, Сузан Карвал овде мисли на противправне акте у ужем смислу – дакле, на оне акте који представљају оглушење о постојећу правну норму, укључујући и општу обавезу пажљивог и разумног поступања. Овакав однос противправности и кривице предложен је и одредбом чл. 1353. француског Преднацрта реформе облигационог права. В. *Avant-projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22. Septembre 2005. Извор: *La Documentation française*, доступно на: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000622/0000.pdf>. Треба подвући да је ово схватање противправности далеко уже од Радишићеве концепције противправности, по којој су противправни и они поступци који су противни смислу одређеног закона, као и акти који су противни моралним начелима. Cf. Ј. Радишић, *Облигационо право. Општи део*, Номос, Београд 2004⁷, 221. Поред тога, у конструкцији коју прихвата Сузан Карвал противправност штетне радње није засебан услов одговорности који би се могао захтевати упоредо с кривицом.

⁷ Р. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats 2006/2007*, Dalloz, Paris 2006, 18.

⁸ Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Београд 1979, 36–40. Ова своја схватања Радишић формира анализирајући аргументе правних писаца немачког говорног подручја, међу којима су Karl Larenz, Adolf Schnitzer, Josef Esser, Geza Marton, Wolfgang Fikentscher, Karl Oftinger, Emil W. Stark.

⁹ Ј. Радишић, „Противправност као засебан услов грађанске одговорности“, у зборнику: *Критика у правој науци. Зборник у част професора Стевана Врачара поводом његове 75. годишњице, Анали Правног факултета у Београду*, 1–4/2001, 551.

ти. С друге стране, објективизација појма кривице значи да се кривица везује за један технички стандард, а не за морални суд о вредностима: објективизација кривице значи прихватање идеје о такозваној социјалној кривици, која се не мора подударати са штетниковом личном представом о правоваљаности властитог понашања и о његовим последицама. Овако схваћена кривица „више није етички, већ социјални појам, који подразумева одступање од узора понашања које друштво захтева од појединца ради заштите других.“¹⁰

Без обзира на то да ли одсуство моралних односно етичких елемента интерпретирају као предност или као слабост објективизованог појма кривице, сви наведени аутори се слажу да је појам објективне, то јест социјалне кривице лишен сваке моралне конотације. У том смислу су браћа Мазо (*Mazeaud*), међу првим заговорницима идеје о кривици као социјалном факту у француској правној доктрини, сматрала да је чињеница да се кривица у грађанском праву условљава штетниковом способношћу за расуђивање, последица недопустиве конфузије два појма: кривице у моралу и кривице у грађанском праву.¹¹ Штавише, они су сматрали да је морални суд о другоме немогућ, јер су подаци на основу којих би тај суд требало донети несазнатљиви. Стога је илузорно, и у неку руку варварско, и само утврђивање кривице као основа одговорности на начин на који се то чини у кривичном праву.¹²

2. МОЖЕ ЛИ ПОЈАМ КРИВИЦЕ ДА БУДЕ АКСИОЛОШКИ НЕУТРАЛАН?

Значајан број правних писаца сматра да је објективна концепција кривице аксиолошки неутрална, а да се за субјективну концепцију кривице то не може рећи. Њихова метатеоријска позиција почива на следећим тезама: (1) Објективна (социјална) кривица представља технички појам, без икакве моралне или етичке конотације. (2) Насупрот аксиолошки неутралној, објективној кривици, стоји неспорно морално или етички конотирана субјективна кривица.

¹⁰ Ј. Радишић, (1979), 39.

¹¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome 1, 6^e édition, Libraire du recueil Sirey, y: S. Carval, *La construction de la responsabilité civile*, Presses Universitaires de France, Paris 2001, 213.

¹² *En matière pénale, il s' imagine proportionner la sanction, en partie du moins, à la gravité morale de la faute. S'il réfléchit quelque peu, il comprend que c'est une pure illusion, et que c'est essentiellement dans un esprit de police que depuis des siècles, et aujourd'hui encore, il administre des peines aux délinquants, dans un ensemble pénitentiaire qui a toujours semblé barbare aux plus clairvoyants. En matière civile, comment peut-il conserver cette illusion?* H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, 212.

Да ли је наведено схватање о схватањима о кривици концептуално одрживо? Идеја да схватање о кривици као психолошком факту носи у себи некакве моралне импликације, којих у схватању о кривици као социјалном факту нема, отвара питање – у чему се огледа аксиолошки значај субјективне кривице односно на чему се заснива тврдња да је објективна кривица аксиолошки неутрална? Другим речима, које је то обележје кривица изгубила објективизацијом, тако да се од етичког претворила у технички појам?

Сваки исказ о кривици подразумева вредновање – било штетниковог поступка као *погрешног*, било штетникове воље као *зле* или *слабе*. Теза о аксиолошкој неутралности објективне кривице значи да суд о штетниковом поступку као погрешном није вредносни суд, односно да је штетниково поступање скривљено зато што је погрешно у некаквом техничком смислу. Међутим, аутори који инсистирају на аксиолошкој неутралности објективне кривице, подвлаче на другој страни разлику између погрешног поступања (*faute*) и просте грешке или омашке у поступању (*erreur*). Примера ради, за самог Танка кривица представља понашање које завређује друштвену осуду (*la conduite socialement blâmable*), насупрот омашки која се – нарочито у индустријализованом свету – дешава и разумном и пажљивом човеку.¹³ Како онда разумети тврдњу да је објективна кривица технички појам?

Неовисно од тога шта је предмет евалуације – штетников поступак или штетниково ментално стање – вредновање је могуће извршити без позивања на моралне норме и моралне разлоге. Примера ради, штетников поступак се може евалуирати са становишта економске ефикасности, а штетниково ментално стање може бити предмет медицинске процене, која нема никакву аксиолошку конотацију. С друге стране, сам штетников поступак може бити предмет вредновања са становишта консеквенцијалне или утилитарне етике. Дакле, поступак може бити вреднован према последицама до којих је довео, без икакве референце на штетникова ментална стања, садржину његове свести и квалитет његове воље.

С тим у вези, треба имати у виду да је сама установа одговорности за причињену штету по својој природи консеквенцијална.¹⁴ Од-

¹³ *La faute est un écart de conduite par rapport à ce qu'eût fait un bon père de famille. C'est un comportement. C'est la conduite socialement blâmable. [...] Le mot erreur, au contraire, est utilisé ici pour désigner toutes les méprises, inadvertances, relâchements d'attention, réactions malheureuses à un événement imprévu, qui ont toujours été le lot de l'activité humaine, mais qui, aujourd'hui, dans les nations industrialisées, sont la source de la plupart des dommages. De telles erreurs, normalement, n'impliquent aucun choix, sauf parfois une choix purement réflexe, dans lequel l'agent n'a pas le sentiment qu'il ait engagé sa liberté ni même sa personnalité.* A. Tunc, 115.

¹⁴ Термин консеквенцијализам (*consequentialism*), као назив за етичке теорије које имају историјски корен у утилитаризму, сковала је Елизабет Анскомб (*Elizabeth Anscombe*) у свом чланку „Modern Moral Philosophy“, *Philosophy*, 1958/33, 1–19.

говорност представља коначну расподелу једном изазваних штетних последица. Бити одговоран за сопствени чин значи сносити последице властитог поступка. Тако, бити правно одговоран за проузроковану штету значи сносити правне последице чињенице да је штета проузрокована. Заснивање имовинскоправне одговорности условљено је наступањем штетних последица једног догађаја: лице чији поступак можда завређује моралну осуду, не може бити одговорно ако није изазвало последице које се у једном правном систему квалификују као штета. Одговорност се не може засновати ни онда када су штетне последице изостале сасвим случајно, или противно намерама потенцијалног штетника.¹⁵ Установа одговорности за проузроковану штету не располаже инструментима којима би се као лош означио било штетников поступак, било његов психички однос према сопственом поступку, ако као последица штетниковог поступања *није* наступила штета по другога. Другим речима, у оним ситуацијама у којима је штетна последица макар случајно изостала, установом одговорности за проузроковану штету се не може извршити евалуација било поступка, било психичког односа једног лица према властитом чину.

У расправи о објективној кривици се често губи из вида да, и када се о нечијем поступку суди искључиво према последицама тог поступка, суд који се на овај начин формира јесте *вредносни* суд. Оцена поступка према квалитету његових последица израз је утилитарне или консеквенцијалне етике, која је уграђена у сам концепт правне одговорности за проузроковану штету, будући да ова установа нема инструменте којима би вредновала поступак код којег су штетне последице макар случајно изостале. Дакле, идеја о *техничком* карактеру објективне и *етичком* карактеру субјективне кривице не може се бранити тезом о некаквом инхерентно техничком карактеру евалуације људских поступака односно инхерентно етичком карактеру вредновања менталних стања људи.

3. ОБЈЕКТИВНА КРИВИЦА КАО ПОЈАМ С ЕТИЧКОМ КОНОТАЦИЈОМ

Ако је етички домен онај у коме се постављају *етичка питања* и ако се појам који представља нечији одговор на једно етичко пи-

¹⁵ Ово не важи за све правне системе. На пример, у енглеском праву постоје појединачни грађанскоправни деликти код којих није неопходно да оштећеник претрпи штету да би се утврдила штетникова одговорност (*harmless wrongs*). Пример за такав грађанскоправни деликт је *trespass*. Оштећеник који докаже да су испуњени сви услови за заснивање штетникове одговорности, али не докаже да је сâм из тога претрпео штету, имаће право само на номиналну накнаду (*nominal damages*).

тање квалификује као *етички*, онда припадност појма етичком домену не може да зависи од садржине одговора на ово етичко питање. Другачије речено, одговор на метапитање о томе да ли је наш концепт кривице етички не може да зависи од садржине одговора на неко претходно, у основи етичко питање.

Примера ради, као етичко обележје субјективне кривице наводи се да субјективна теорија кривице налаже да се при одлучивању о томе како је штетник *требало* да поступи узме у обзир како је штетник *могао* да поступи у конкретном случају.¹⁶ Другим речима, субјективна концепција кривице подразумева да се штетничко понашање – а у једној крајње субјективизираној конструкцији: штетничко *умно понашање* – може квалификовати као погрешно једино ако је штетник *in concreto* могао да поступи на начин који би се сматрао исправним. У овом примеру питање о томе да ли се штетничков поступак може квалификовати као погрешан и онда када штетник *in concreto* није био у стању да поступи исправно – без сумње представља једно етичко питање. Одговор на њега не може бити аксиолошки неутралан. Ипак, у правној теорији се по правилу тврди (1) да је субјективни концепт кривице, онај који налаже да се на наведено етичко питање одговори потврдно, инхерентно *етички* концепт; а (2) да је објективни концепт кривице, онај који налаже да се на исто етичко питање одговори негативно, чисто *технички* концепт.

Изложена метатеоријска позиција је концептуално неодржива. Постоји један корпус питања која спадају у домен етичког или моралног, па се одређено схватање квалификује као етичко или морално на основу саме чињенице да представља нечији одговор на неко од етичких питања. До квалификације једног схватања као *аксиолошки неутралног* не може доћи на основу садржине тог схватања, односно на основу садржине одговора на питање које је по себи етичко. Аутори који тврде да је субјективно схватање о кривици етичко, а објективно схватање о кривици техничко то јест аксиолошки неутрално, ову своју тврдњу заснивају на сопственом етичком или моралном суду о одговорима на одређена, неспорно етичка питања. Примера ради, као етичка се квалификује концепција кривице која придаје значај стварним способностима конкретног штетника, док се као техничка квалификује концепција кривице која на исто етичко питање одговара негативно, па штетничковим стварним способностима не придаје никакав значај. Етичким се сматра узимање у обзир штетничкових физичких и менталних недостатака, а при том се губи из вида да схватање да су штетничкови лични недостаци ирелевантни не може бити аксиолошки неутрално – оно несумњиво *јесте* етички

¹⁶ H. Koziol, *Fault under Austrian Law*, у: P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer, The Hague, London, New York 2005, 12.

или морални суд о значају штетникових физичких или психичких недостатака код утврђивања начина на који је штетник требало да поступи.

Морална димензија кривице се по правилу везује за идеје (1) да штетникове личне особине треба да утичу на садржину мерила штетникове кривице; (2) да потреба да се штетник казни за скривљено поступање претеже над потребом да се оштећеник постави у позицију у којој би био да му штета није причињена; (3) да суд о томе шта је *требало* учинити, треба условити претходним одговором на питање шта се *могло* учинити у конкретном случају. Међутим, идеје које се од наведених разликују једино по садржини или исходу представљају у основи различите одговоре на једна те иста етичка питања. Због тога је неодржива тврдња да су аксиолошки неутралне идеје (1) да личне особине одређеног штетника не (треба да) утичу на садржину мерила његове кривице; (2) да је примарни циљ утврђивања одговорности репарација, а не кажњавање;¹⁷ (3) да се може рећи да је штетников поступак погрешан, иако штетник *in concreto* није могао да поступи на начин који би се сматрао исправним.

Морална димензија се по правилу приписује теоријском схватању да исказ о кривици представља суд о штетниковом *менталном стању*. Међутим, из тога не произлази закључак да је техничко односно аксиолошки неутрално оно схватање по коме исказ о кривици представља суд о штетниковом *поступку*. Правна теорија прави јасну разлику између грешке у техничком смислу и поступка који је погрешан због тога што одступа од основано очекиваног. Оне ситуације у којима је учесталост техничких погрешака нарочито велика, подводе се у савременим правним системима под режим објективне одговорности. У нашем праву до овога долази законодавном интервенцијом¹⁸ или тако што суд, који је на то овлашћен одредбом чл. 173. Закона о облигационим односима, квалификује одређену ствар или делатност као опасну, после чега се за штету од ове ствари или делатности одговара без обзира на кривицу.

Поред тога, сама Танкова теза да улога суда није да суди човеку и стању његове душе, него да чува друштво од социјално неприхватљивог понашања, подразумева да суд треба претходно да утврди

¹⁷ Избор овог или неког другог циља је превасходно политички избор и, као такав, он се не може поткрепити правним разлозима. Реч *политички* се овде користи на начин на који је Танк (*Tunc*) користи када говори о разлозима социјалне политике, које суд узима у обзир при доношењу одлуке о штетниковој кривици. Ту се мисли на етимолошко значење речи *политичко* – оно које се тиче полиса (*ce qui concerne les affaires de la cité*). А. Tunc, 109. У енглеском језику овоме би одговарао појам *policy*, а не појам *politics*.

¹⁸ В. Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком, *Службени гласник РС*, бр. 101/05.

да ли је конкретно штетниково понашање неприхватљиво за друштво. Евалуација штетниковог понашања у аналитичком смислу *претходи* реакцији друштва на понашање које је процењено као антисоцијално. Ово вредновање штетниковог понашања не може бити аксиолошки неутрално.

4. ЗНАЧАЈ ПОЈМА ОСНОВАНИХ ОЧЕКИВАЊА

Садржина појма кривице у моралу далеко превазилази ову расправу, па се на овоме месту не може изнети дубље заснована тврдња о томе да ли се појам кривице у праву и у моралу употребљава на исти начин.¹⁹ Међутим, евентуално разилажење појмова кривице у праву и у моралу не значи да правни појам кривице нема вредносну конотацију. Поред тога, и самој чињеници раздвајања кривице у праву од кривице у моралу може се приписати одређени морални значај.

Било да се на основу исказ о кривици суди о начину на који је штетник поступио, било да овај исказ представља суд о штетниковом менталном стању, он не може бити вредносно неутралан. Када утврђује да ли је штетников поступак био погрешан, суд не испитује да ли је штетник направио омашку у техничком смислу, већ вреднује штетниково поступање као друштвено неприхватљиво.

Суд процењује друштвену прихватљивост штетниковог поступка да би утврдио да ли је штетник крив и последично одговоран за штету коју је проузроковао. Вреднујући начин на који је штетник поступио, суд не тражи одговор на некакво отворено морално питање – суд се не пита шта је у начелу добро и како у начелу треба поступати. Евалуација штетниковог поступка у сврху утврђивања његове кривице дубоко је укорењена у чињенични контекст. Ова евалуација је каналисана (1) инструкцијама које је у том погледу дао законодавац,²⁰ као и (2) основаним очекивањима друштва према свакоме ко се нађе у ситуацији попут штетникове.

Основана очекивања друштвене заједнице служе као мерило штетниковог поступања и повезују начин на који је суд *раније* вредновао понашања штетника и начин на који то суд чини *сада* – у овом,

¹⁹ О појмовима кривице и греха, в.: P. Esmein, „La faute et sa place dans la responsabilité civile“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, 482–483.

²⁰ Овакве смернице су, примера ради, предложене одредбом чл. 127. Скице за законик о облигацијама и уговорима, односно одредбама чл. 1352. француског Преднацрта реформе облигационог права. Као пример се може навести и одредба чл. 164. нашег Закона о облигационим односима, по којој се онај ко је био дужан да надзире лице које није способно за расуђивање, ослобађа одговорности за штету коју ово лице проузрокује, ако докаже да је вршио надзор на који је обавезан, или да би штета настала и при брижљивом вршењу надзора.

конкретном случају. Из саме чињеница да су судови у прошлости поступали на одређени начин не произлази правна обавеза за суд који процењује понашање конкретног штетника. Међутим, непромењена друштвена очекивања према разумном и пажљивом човеку у фактичкој ситуацији у којој се нашао конкретан штетник, делују кохезивно на поступање судова: *основана друштвена очекивања* представљају везу између онога што су судови радили раније и онога што сада чине.

У начину на који судови поступају утврђујући штетникову кривицу постоји одређена конзистентност; судови показују склоност да као скривљено квалификују понашање одређене врсте. Шта чини сва скривљена понашања *понашањима исте врсте*? Уочена уједначеност у понашању судова је чињеница, а појам *основаних друштвених очекивања* може бити од користи при интерпретацији ове чињенице. Наиме, не постоји законска норма која непосредно обавезује суд који утврђује кривицу да учини исто што и судови пре њега. Начело једнаког поступања у истим стварима није више (нити мање) од начела: конкретан штетник се не може позвати на чињеницу да је у неком претходном, а битно сличном случају суд утврдио да штетник није крив. Другим речима, ниједна од страна у спору не може издејствовати повољан исход простим позивањем на начело једнаког поступања. Ово, међутим, не значи да се не могу правити разумна предвиђања начина на који би суд могао да поступи у сваком наредном случају. Овакво је предвиђање могуће уколико смо у стању да издвојимо нормативни елемент досадашње праксе. Праксу судова у том смислу објашњава концепт основаних друштвених очекивања. Другим речима, сва *скривљена понашања* јесу *понашања исте врсте* стога што је у свим овим понашањима суд нужно препознао девијацију од онога што се у једном друштву основано очекује од разумног и пажљивог човека.

5. МОЖЕ ЛИ ОДГОВОРНОСТ ДА БУДЕ АКСИОЛОШКИ НЕУТРАЛНА?

Установа одговорности за причињену штету представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. Под редовним током ствари овде се мисли на чињеницу да редовно, у изостанку интервенције некаквог људског поретка (правног, моралног), последице онога што нас је задесило носимо сами, биле те последице добре биле лоше. Сами подносимо болест која погоди наше тело или штету која се деси на нашим стварима. Сами уживамо предности сопственог здравља или случаја да смо рођени у просперитетном социјалном окружењу. Другачије речено, редован след ствари подразумева да случај шкоди или погодује ономе коме се догодио.²¹ Установа одго-

²¹ *Casum sentit is quem tangit*. Sec. Gaius – D. 13, 6, 18.

ворности представља средство којим правни поредак интервенише у редован ток ствари тако што пребацује штетне последице једног догађаја с лица које је тим догађајем иницијално погођено на лице које је за ове штетне последице одговорно. Дакле, редован или природан ток ствари подразумева да нам се ствари догађају; а право у ове догађаје понекад интервенише тако што врши прераспodelу њихових имовинских последица.

Међутим, правни поредак не интервенише у редован ток ствари увек, то јест не врши прераспodelу последица сваког догађаја. У аналитичком смислу, интервенцији правног поретка у ток ствари претходи одлука о томе код којих догађаја *треба* интервенисати. О овоме се не одлучује *ad hoc*, сваки пут када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прераспodelу штетних последица једног догађаја доноси се на општем нивоу, а манифестује се у законским одредбама о условима и основима одговорности. У темељима уставне одговорности за проузроковану штету налази се начелно, етичко питање о томе ко треба да сноси коначне имовинске последице штетног догађаја.²²

Из овога произлази да ниједна врста одговорности за причињену штету не може бити аксиолошки неутрална: без обзира на то који јој је основ, свака одговорност подразумева претходно одређење о томе када и под којим условима штетне последице једног догађаја не треба да сноси онај коме су се догодиле, него онај ко их је изазвао. Ни одговорност која се заснива на пукој узрочној вези између радње и штетне последице, није вредносно неутрална. Она подразумева претходну начелну одлуку да свако треба да сноси последице сопствених поступака, односно да коначни ефекти штетног догађаја треба да погоде онога ко их је изазвао. Нема ничег инхерентног каузалитету што би налагало да се ова одлука донесе: она представља друштвени избор, уместо којег се могло изабрати да свака штета неповратно погађа самог оштећеника, или да је за штету одговоран онај ко је по најнижој цени могао да спречи њено наступање, или онај ко јој се највише обрадовао. На крају, ако одговорност која се заснива на пуком каузалитету није техничко питање, онда се то још мање може рећи за одговорност засновану на објективној или социјалној кривици.

Ни инсистирање на симетричној дистрибуцији добрих и лоших последица једног догађаја не може да прикрије чињеницу да установа одговорности увек одражава претходни етички избор. Наиме, поједини аутори сматрају да постоји симетрија између (1) *осуде* која нам у форми наметања одговорности следује када причинимо штету, и (2)

²² *The question of who has to bear the loss has to be answered on the basis of the value judgements which are at the root of the tort law.* H. Koziol, „Liability Based on Fault: Subjective or Objective Yardstick?“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/1998, 119.

заслуга чије приписивање очекујемо када су ефекти наших поступака позитивни.²³ Очекујемо да нам се призна ауторство над властитим постигнућима и зато треба да прихватимо осуду за штетне последице властитог чина.²⁴ Симетрија између заслуга за позитивне и одговорности за негативне резултате сопственог чина, требало би да овај аранжман учини вредносно неутралним. Међутим, само разликовање заслуга од осуде имплицира вредносни суд. Исто важи за поделу последица на добре и лоше. Поред тога, вредносну конотацију има сама идеја да нам се може приписати једино оно што смо проузроковали – а не, примера ради, оно што смо прижељкивали и чему смо се надали.

Дакле, установа одговорности представља интервенцију правног поретка у редован ток ствари. Одговорност је средство за редистрибуцију штетних последица једног догађаја: уместо да буду оптерећење за онога кога су иницијално погодиле, штетне последице се у крајњем исходу стављају на терет одговорном лицу. Међутим, правни поредак не интервенише увек када до штете дође. Одлука о томе када треба извршити прерасподелу штетних последица једног догађаја, има јасну вредносну конотацију. Ова одлука се манифестује у законским одредбама којима су прописани основи и услови одговорности. У том смислу ни објективна (социјална) кривица као основ одговорности, не може бити технички, то јест аксиолошки неутралан појам. У правни појам кривице увек је уграђен вредносни суд о томе под којим условима и из ког разлога правни поредак треба да изврши прерасподелу штетних последица једног догађаја.

Marija Karanikić Mirić, LL.M.

Assistent

University of Belgrade Faculty of Law

FAULT AS ETHICAL OR TECHNICAL CONCEPT

Summary

A large number of legal theorists believe the objective fault (*faute objective, faute sociale*) to be technical, not ethical concept. Regardless of whether they interpret the lack of moral or ethical elements as an advan-

²³ У правној одговорности у овом смислу постоји асиметрија: установа одговорности је средство за прерасподелу терета, али она није средство за прерасподелу заслуга.

²⁴ T. Honoré, „Responsibility and Luck“, *Law Quarterly Review*, 104/1988, 530–553.

tage or weakness of objectivised concept of fault, the authors agree that the concept of objective, *i.e.* social fault is deprived of any moral connotation. Which attribute did the fault forfeit by its objectivation that turned it from an ethical into a technical concept?

Ethical domain is the one in which ethical questions are being asked. Every concept that embodies someone's reply to an ethical question qualifies as ethical concept. Whether one concept pertains to the ethical domain or not, cannot be judged upon its content: an idea cannot be qualified as axiologically neutral based on its content.

Civil liability represents an intervention of the law into natural course of things. In the absence of intervention by means of some human order (legal, moral), everyone bears the consequences of an act that was brought upon him, regardless of these consequences being good or bad. However, the law does not intervene whenever the damage is inflicted. Any decision on when harmful consequences of an act should be redistributed, has a clear axiological connotation. In other words, neither civil liability nor objective fault as the ground for it may be considered free from values and value judgements.

Key words: *Objective conception of fault. – Subjective conception of fault. – Objective fault as axiologically neutral concept.*

Вања Бајовић

асистент-приправник Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРЕТПОСТАВКА НЕВИНОСТИ И СЛОБОДА ШТАМПЕ

Право окривљеног да се сматра невиним док се његова кривица не докаже правноснажном судском одлуком представља једну од основних уставних и међународноправних гаранција положаја окривљеног у кривичном поступку. Право окривљеног да се сматра невиним до окончања кривичног поступка обавезује сва друга лица да поштују ову претпоставку, те да својим јавним изјавама о кривичном поступку који је у току не вређају друга правила поступка, права окривљеног и оштећеног, као и начело судске независности. Слобода медија, као и право грађана на обавештеност, такође представљају значајне цивилизацијске тековине, прокламоване Уставом Републике Србије, као и бројним међународним документима. Циљ овог рада је да испита како ускладити контрадикторне захтеве за поштовањем претпоставке невиности и судске независности с једне, и слободе медија и права грађана на обавештеност, с друге стране. У њему се анализира регулатива ове области у праву Србије, у правним системима других европских држава, као и пракса Европског суда за људска права.

Кључне речи: *Претпоставка невиности. – Независност судства. – Слобода медија.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Претпоставка невиности представља један од основних гараната положаја окривљеног у кривичном поступку и саставни елемент права на правично суђење. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (ЕКЉП) предвиђа да ће се „свако ко је оптужен за кривично дело сматрати невиним, док се на основу закона не докаже његова кривица“ (чл. 6, ст. 2). На сличан начин претпоставка невиности је формулисана и чланом 11. Универзалне декларације

ције о правима човека, као и чл. 14, ст. 2. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

Упркос наведеним прокламацијама и значају који се у теорији придаје претпоставци невиности, свакодневни текстови у штампи који помињу „учиниоце кривичних дела“, фотографије осумњичених као и снимци „спектакуларних хапшења“ намећу питање практичног значаја и поштовања ове претпоставке.

Слобода медија, као и право грађана на обавештеност, такође представљају значајне цивилизацијске тековине. Члан 10. ЕКЉП гарантује слободу изражавања, која подразумева „слободу поседовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе.“ Пружање информација у вези са кривичним поступком у складу је са слободом штампе као и са правом јавности да буде информисана о темама од јавног значаја. Међутим, ова права често долазе у сукоб с претпоставком невиности, као и са захтевима за несметаним и правичним вођењем кривичног поступка. Обавештавање јавности о току кривичног поступка потребно је и дозвољено, али је важно одредити начине на који ће се оно вршити. Непотребно је наглашавати да би оно требало да буде објективно, непристрасно и без прејудуцирања кривице, али је исто тако неопходно ближе одредити, прецизирати и дефинисати наведене стандарде.

2. ДОМАЋА РЕГУЛАТИВА

2.1. Слобода штампе и несметано вођење кривичног поступка

Уставом Републике Србије загарантована је слобода мишљења и изражавања (чл. 46), као и право грађана на обавештеност (чл. 51, ст. 1).¹ Ова права додатно су регулисана Законом о јавном информисању који предвиђа да се „у јавним гласилима слободно објављују идеје, информације и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна, осим када је другачије одређено законом“ (чл. 4, ст. 1), као и да се ова одредба примењује „без обзира на начин на који је прибављена информација“ (чл. 4, ст. 2).²

Несумњиво је да су питања вођења кривичних поступака, борбе против криминалитета као и рада судова, тужилаштава и полиције од интереса за грађане, њихову сигурност и поверење у институције,

¹ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 83/06.

² Закон о јавном информисању – ЗЈИ, *Службени гласник РС*, бр. 43/03 и 61/05

али је отворен проблем начина на који се ове информације прибављају, тумаче и чине доступним јавности. Како су информације везане за кривични поступак информације од јавног значаја у смислу Закона о приступу информацијама од јавног значаја,³ приступ информацијама о кривичном поступку њиме је регулисан. Сходно тим одредбама, информације о кривичном поступку, као и увид у предмете и списе, се достављају новинарима уколико поднесу посебан, писмени захтев (чл. 15), на основу кога би му надлежни органи омогућавали приступ траженим подацима (чл. 16). Такође је прецизирано у којим ситуацијама судови, односно органи јавне власти, неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама (чл. 9).

Проблем намеће чл. 4, ст. 2. Закона о јавном информисању, који легитимише могућности да се информације објављују без обзира на начин њиховог прибављања. Упркос чињеници да Закон о приступу информацијама од јавног значаја регулише начин прибављања информација о кривичном поступку, Закон о јавном информисању уједно омогућава да се информације прибављају и на други начин, у зависности од „вештина и довитљивости“ новинара-истраживача. Сходно томе, новинар би имао две могућности – ону лакшу, да се надлежним органима обрати за добијање информација о кривичном поступку, или пак да покуша да на неки други начин самостално дође до тих информација и објави их. Закон о јавном информисању новинарима недвосмислено даје легитимитет да спроводе паралелне истраге, као и да објављују информације до којих су дошли без знања и контроле органа пред којим се води кривични поступак, што може имати далекосежне негативне последице, како на вођење конкретног кривичног поступка, тако и на укупан рад правосудних органа.

Ако новинари и медији нису информисани о кривичним поступцима, посебно оних који привлаче посебно интересовање јавности, они ће спровести сопствена новинарска истраживања. Несумњиво да таква истраживања у појединим ситуацијама могу имати и позитивне ефекте, као што су проналажење сведока и осумњичених или онемогућавање да се поједина лица „крију иза политичких структура“ и слично. Али, негативни ефекти таквих истраживања такође су више него очигледни, због јавног објављивања информација, описивања сведока или контактирања са окривљенима. Примера ради, објављивање имена сведока пре него што су они саслушани на главном претресу, може се негативно одразити на њихову сигурност, као и на касније несметано и комплетно сведочење ових лица који су од самог почетка изложени притиску јавности. Европска

³ Закон о приступу информацијама од јавног значаја, *Службени гласник РС*, бр. 120/04 и 54/07

конвенција дозвоља да се слобода изражавања подвргне формалностима, условима, ограничењима или казнама, неопходим између осталог „ради очувања ауторитета и непристрасности судства“ (чл. 10, ст. 2. ЕКЉП). Ова ограничења нису адекватно заштићена у нашем праву. Кривичним закоником је инкриминисано једино објављивање оних информација које се по закону не могу објавити или су одлуком суда или другог надлежног органа проглашене као тајна (кривично дело повреда тајности поступка, чл. 337, ст. 1),⁴ што у суштини обухвата само објављивање информација сазнатих на главном претресу са кога је искључена јавност. За разлику од тога, никаква ограничења нису предвиђена за објављивање информација сазнатих у претходним фазама кривичног поступка, а до којих је могуће доћи на најразличитије начине, „заобилажењем“ надлежних органа овлашћених на давање тих информација. Ово свакако може имати негативне последице на несметано вођење кривичног поступка и рад правосудних органа.

2.2. Слобода штампе и претпоставка невиности

Устав Републике Србије предвиђа да се „свако сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком суда“ (чл. 34, ст. 3), док Законик о кривичном поступку проширује ову одредбу обавезујући државне органе, средства јавног обавештавања, удружења грађана, јавне личности и друга лица, да поштују претпоставку невиности и да својим изјавама о кривичном поступку који је у току не вређају друга правила поступка, права окривљеног и оштећеног и начело судске независности (чл. 3, ст. 2).⁵ Законом о јавном информисању такође је предвиђено да се „у јавном гласилу нико не сме означити учиниоцем каквог кажњивог дела, односно огласити кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда или другог надлежног органа“ (чл. 37). За кршење ове претпоставке предвиђена је прекршајна одговорност одговорног уредника и новчана казна од 30.000 до 200.000 динара (чл. 95. ЗЈИ).

У теорији се наводе различита схватања претпоставке невиности. Истиче се да је реч о једном од најважнијих начела која не-

⁴ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

⁵ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02, *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05 и 49/07. Иако ЗКП говори о „кривичном поступку који је у току“ из праксе Европског суда за заштиту људских права (ЕСЉП) произлази да се претпоставка невиности односи и на радње овлашћених државних органа које претходе формалном покретању кривичног поступка, а којима они прикупљају податке и обавештења о извршеном кривичном делу, пре свега у оквиру предкривичног поступка или претходне истраге. В. одлуке *Allenet de Ribemont против Француске* 308 (1995) 20 EHRR 557, *Minelli против Швајцарске* 8660 (1983) A 062 EHRR

посредно регулишу положај окривљеног у кривичном поступку⁶, затим да је то право, односно гаранција окривљеног⁷, да је њена суштина у ослобађању окривљеног од терета доказивања,⁸ да она представља средство за отклањање априорне кривице учиниоца кривичног дела,⁹ и слично. Дејство претпоставке невиности се често повезује са дејством начела *in dubio pro reo*,¹⁰ имајућу у виду да оба процесна института побољшавају положај окривљеног у кривичном поступку.¹¹ Међутим, намеће се питање колико претпоставка невиности заиста у пракси побољшава положај окривљеног и шта представља њено кршење? Да ли је формално прецизирање да се ради о „осумњиченом или окривљеном“, уз навођење пуног имена и презимена одређеног лица, довољно да се сматра да је уважена ова претпоставка? Новине су пуне сензационалних и крупних наслова попут „приведени пљачкаши, пронађене убице, откривени разбојници, раскринкана мафија и слично“, да би се касније у тексту прецизирало да се ради о лицима за која се сумња да су извршила крађу, разбојништво, убиство, итд. И само прецизирање да се ради о окривљеном или осумњиченом, читаоцима не значи пуно, с обзиром на то да је прецизно разликовање ових појмова обично познато само правницима. За читалачку публику довољно је поменути име одређеног лица уз одређено кривично дело, да би се за широку јавност слу-

⁶ Б. Чејовић, *Претпоставка невиности окривљеног у кривичном поступку*, Правни живот, 4–5/1968, 28–41. Овом схватању се приговара да могућност да се утврђује супротно од онога што претпоставка невиности предвиђа, спречава да се она невиности уврсти у кривичнопроцесна начела, в. З. Јекић, Р. Данић, *Кривично процесно право*, Београд 2005, 123.

⁷ Б. Петрић, *О испиту окривљеног*, Правни живот, 3/1961, 11. Овом тумачењу се приговара да претпоставка невиности делује и онда када је окривљени негира признајући извршење кривичног дела, те да се пре може говорити о гаранцији за одређен положај окривљеног у кривичном поступку него о његовом праву, с’ обзиром да она дејствује без обзира на то да ли је окривљени прихвата или не. Признање кривице не ослобађа суд извођења других доказа, имајући у виду да је суд дужан да утврди материјалну истину, а да признање окривљеног може бити и лажно те не доприноси овом циљу. Види: З. Јекић, Р. Данић, *ibid*.

⁸ О. Цвијовић, Д. Поповић., *Законик о кривичном поступку са коментаром, објашњењима и упућенима за практичну примену*, Београд 1981. Међутим, заједничка карактеристика свих оборивих правних претпоставки је у томе да се терет доказивања пребациује са оног ко тврди да чињеница постоји на оног ко тврди да она не постоји, в. Р. Лукић, *Теорија државе и права*, Београд 1976, 188. Сходно томе, ослобађање окривљеног од терета доказивања као последица претпоставке невиности, само је примена општих правила о правним претпоставкама на кривични поступак, а не суштина ове претпоставке. З. Јекић, Р. Данић, *ibid*.

⁹ З. Јекић, Р. Данић., *ibid*.

¹⁰ W. Beulke, *Strafprozesrecht*, Heidelberg 2002⁶, наведено према: М. Шкулић, *Кривично процесно право – општи део*, Београд 2006, 140.

¹¹ Опширније, М. Шкулић, *Кривично процесно право – општи део*, *ibid*.

чај сматрао расветљеним и решеним, иако против тог лица кривични поступак у том тренутку често и није формално покренут. Чак и ако се касније пред судом не би доказала његова кривица и поступак се заврши ослобађајућом пресудом, то лице заувек остаје „жигосано“, с обзиром да у савременом друштву моћ медија несумњиво претеже над сваком другом моћи. Да ситуација буде још парадоксалнија, у таквој ситуацији јавност не би кривица новинаре због изношења непроверених и преухитрених информација, већ судове због доношења ослобађајуће пресуде!

Такође се поставља питање може ли се говорити о кршењу претпоставке невиности ако је дотично лице касније правноснажном пресудом оглашено кривим, односно може ли се логички говорити о кршењу претпоставке која је касније законито оборена и проглашена неистинитом. У пракси су ретке ситуације да лице које је правоснажном пресудом оглашено кривим, дакле у погледу кога је оборена претпоставка невиности, касније оспорава „неприкладно извештавање медија“ којим му је ова претпоставка доведена у питање. Отвара се и питање основа по коме би оно то могло да чини.

Закон о кривичном поступку налаже само дужност државним органима, средствима јавног обавештавања, удружењима грађана, јавним личностима и другим лицима да поштују претпоставку невиности и да својим изјавама о кривичном поступку који је у току не вређају друга правила поступка, права окривљеног и оштећеног и начело судске независности, не предвиђајући санкције за њено кршење. За разлику од тога, нови Законик о кривичном поступку из 2006. године¹² предвиђа јавну опомену и новчану казну као санкције за физичка и правна лица која својим изјавама о кривичном поступку који је у току доводе у питање претпоставку невиности и крше друге гаранције независности и непристрасности суда. Истражни судија током претходне истраге, односно председник суда након што је истрага завршена или после подношења непосредне оптужнице могу, по службеној дужности или на предлог странака, браниоца, оштећеног, односно његовог пуномоћника, лицу које прекрши наведену дужност изрећи јавну опомену која се објављује у средствима јавног информисања. Ако је дужност прекршена на особито тежак начин, а нарочито ако очигледно произилази да је то учињено ради утицаја на суд и друге надлежне органе или у циљу проузроковања тешких последица по окривљеног или оштећеног, односно по друге учеснике кривичног поступка, физичком лицу се уз јавну опомену може изрећи новчана казна до 150.000 динара, а правном до 1.500.000 динара. За свако поновно кршење може се изрећи новчана казна у већем износу. На решење о кажњавању је дозвољена жалба о којој решава

¹² Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 46/06 и 49/07.

председник суда, ако је решење донео истражни судија, односно ван-расправно веће, ако је решење донео председник суда (чл. 3, ст. 3–6).

Међутим, како је примена новог Законика о кривичном поступку одложена до 31.12.2008. године и још увек неизвесна¹³, задржаћемо се на важећем решењу. Имајући у виду да се не предвиђају санкције за кршење претпоставке невиности већ се само прокламује дужност њеног поштовања, реч је о моралној, али не и о правној обавези. Истовремено се намеће питање може ли се уопште говорити о моралној дужности, с’обзиром да кршење претпоставке невиности, у смислу јавног медијског осуђивања лица у погледу кога није донета правноснажна пресуда, не повлачи осуду јавности. Већа је вероватноћа да би у таквој ситуацији револт грађана управо изазвало кажњавање новинара, што би се тумачило као велики атак на слободу медија. Сходно чл. 95. Закона о јавном информисању, „новчаном казном од 30.000 до 200.000 динара казниће се за прекршај одговорни уредник јавног гласила ако се у објављеној информацији неког означи учиниоцем каквог кажњивог дела, односно огласи кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда или другог надлежног органа“. Одговорност новинара који је објавио информацију се не предвиђа, а у пракси не долази ни до прекршајне одговорности одговорног уредника, обзиром да се поступци ретко покрећу. Сходно томе, намеће се питање на који начин лице које тврди да му је повређена претпоставка невиности може остваривати своја права, као и да ли је уопште могуће санирање учињене повреде?

У случају да окривљени касније буде ослобођен, повреда претпоставке невиности ће се „санирати“ јавним извињењем и исправком у штампи, а евентуално и материјалном надокнадом због клевете. Проблем настаје у случају када је против тог лица касније донета осуђујућа пресуда, што је много чешћи исход у пракси. У том случају, о кршењу претпоставке невиности током кривичног поступка се обично и не говори, јер се „на крају крајева“ ради о учиниоцу кривичног дела. Али акценат је управо на томе да ли је и колико, управо то кршење претпоставке невиности од стране медија, допринело његовој осуди и тежини санкције. Да ли након доношења правноснажне пресуде осуђени може, и на који начин, захтевати да се констатује и исправи повреда претпоставке невиности учињена то-

¹³ Решењем Министра правде Републике Србије бр. 119–01–186/2007–05 од 10. децембра 2007. године, образована је нова радна група за „анализу и израду текста Законика о кривичном поступку“, која је подељена у две подгрупе. Прва подгрупа има задатак да сачини предлог за усаглашавање одредаба сада важећег ЗКП-а из 2001. године са Уставом Републике Србије из 2006. године, док друга има задатак да изради предлог „текста Законика о кривичном поступку са новим правним институтима“.

ком кривичног поступка и у коликој мери је то кршење утицало на његово право на правично суђење?

Домаћи судови ретко су се бавили кршењем претпоставке невиности од стране медија, па се најчешће као пример одлука везаних за ово питање наводи одлука Врховног суда Југославије из давне 1965. године.¹⁴ Међутим, Европски суд за људска права се често сусретао са питањем кршења чл. 6, ст. 2. Европске Конвенције којим је прокламована претпоставка невиности, те су у вези с тим постављени и одређени стандарди.

3. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА

Прва одлука Европског суда за људска права против Републике Србије у случају Матијашевић,¹⁵ односила се баш на кршење претпоставке невиности и повреди чл. 6, ст. 2. ЕКЉП.

Подносилац представке је ухапшен и задржан у притвору у мају 2003. године под сумњом да је починио убиство и превару. Окружни суд у Новом Саду му је продужио притвор. У образложењу решења, суд је навео да је подносилац представке заправо починио кривична дела за која је ухапшен. Подносилац представке се жалио Врховном суду тврдећи да је судско решење прејудиицирало исход његовог нерешеног кривичног случаја и повредило његово основно право на претпоставку невиности. Његова жалба је одбачена и он је окривљен за подстрекавање на убиство и осуђен на осам година затвора. Подносилац представке се жалио позивајући се на чл. 6 ст. 2. ЕКЉП да је проглашен кривим пре него што је његова кривица доказана. Суд је нашао да је Окружни суд прогласио подносиоца пред-

¹⁴ „Приказивање окривљеног током истраге као криминалца који је учинио тешко кривично дело против службене дужности супротно је одредби да нико не може бити сматран учиниоцем кривичног дела, док се то не утврди правноснажном пресудом. Овакви натписи су штетни, а нарочито су штетни ако лице које се приказује као несумњиви кривац касније буде ослобођено. Обавештавање грађана путем штампе о току поступка у појединим кривичним стварима потребно је и дозвољено, али је нужно да се оно врши објективно и без прејудиицирања кривице оптуженог и судске одлуке. Супротан поступак може донети знатну и ненадокнадиву штету правима и интересима грађана. Новинар треба објективно да изложи ставове оптужбе и одбране и изведене доказе, избегавајући употребу израза и коментара који приказују окривљеног као несумњивог учиниоца кривичног дела за које је оптужен“ (ВСЈ Кж. бр. 47/65). Наведено према: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2007, 44.

¹⁵ Матијашевић против Србије, бр. 23037/04, пресуда је постала правноснажна 19.12. 2006 године. В. и С. Лилић, „Да ли је уставна жалба ефикасан правни лек за суђење у разумном року?“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 76.

ставке кривим пре него што је његова кривица доказана по закону и да је Врховни суд пропустио да исправи „грешку“ по жалби. Он је даље навео да чињеница што је подносилац представке коначно окривљен и осуђен на затворску казну не негира иницијално право подносиоца представке на претпоставку невиности док се не докаже да је крив по закону. Суд је једногласно нашао да је дошло до повреде чл. 6. ст. 2. и да је утврђивање те повреде представљало основ за правичну накнаду за нематеријалну штету коју је подносилац представке могао претрпети.¹⁶

Иако се у конкретном случају радило о кршењу претпоставке невиности од стране суда, јасан је и недвосмислен став ЕСЉП да „чињеница што је подносилац представке коначно окривљен и осуђен на затворску казну не негира иницијално право подносиоца представке на претпоставку невиности, док се не докаже да је крив по закону“. Аналогно томе, могло би се поставити и питање одговорности новинара за текстове у којима се неко осуђује или назива извршиоцем кривичног дела и пре доношења правноснажне судске одлуке.

ЕСЉП често се бавио питањем односа чл. 6, који прокламује право на правично суђење и претпоставку невиности, и чл. 10, који се односи на слободу информисања. Став суда је да јавност има право да буде информисана о кривичном поступку који је у току, али на обазрив начин и уз поштовање претпоставке невиности. У појединим одлукама је истакнуто да кажњавање новинара који су својим текстовима утицали на исход кривичног поступка не представља кршење чл. 10. Конвенције односно права на слободу штампе.¹⁷ Такође је наглашено да публицитет око кривичног поступка, где се не прави разлика између „осумњиченог“ и „окривљеног“, може пред-

¹⁶ У образложењу једног судског решења, продужење притвора се правда тиме што је подносилац представке више пута осуђиван, да ни након раније издржане казне затвора није променио своје понашање и „да је након тога починио кривична дела која су предмет оптужбе (подвукла В. Б.), а које околности по налажењу овог већа указују на основу бојазан да би окривљени у случају да се нађе на слободи могао наставити са вршењем кривичних дела...“. Против овог решења подносилац представке изјавио је жалбу Врховном суду Србије, указујући на то да се надлежни суд понашао као да је он већ извршио кривична дела и да је зато незаконито одредио притвор. Влада Србије је пред ЕСЉП тврдила да се ради о „грешци“ и „непрецизној формулацији“, јер се мислило на основу сумњу да је Матијашевић починио кривична дела за која је оптужен. Влада је такође напоменула да је Окружни суд донео пресуду у мају 2005. године, којом је подносилац представке проглашен кривим и осуђен на осам година затвора, што је потврдио и Врховни суд (*sic!*), те да се стога држава не може сматрати кривом за повреду претпоставке невиности.

¹⁷ *Crociani and Others v. Italy*, nos. 8603/79 and 8729/79, Commission decision of 18 December 1980; *X. v. Norway* 8978 (1970), A 091 EHHR; *Worm v. Austria* judgment of 29 August 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-V, p. 1547, § 33

стављати угрожавање претпоставке невиности као и права окривљеног на непристрасно суђење.¹⁸

У предмету Дерој и Малари против Француске је истакнуто да новинари који пишу чланке о кривичним поступцима који су у току, треба да пазе да не пређу границе постављене у циљу доброг управљања правосуђем, и да морају поштовати право оптуженог да се сматра невиним, али је истом одлуком наглашено да апсолутна и општа забрана медијима да извештавају о кривичним поступцима није неопходна и да би она нарушила право штампе да информише јавност о питањима која могу бити од општег интереса, чак и ако се односе на „живе“ кривичне предмете.¹⁹ Наравно, није понуђен одговор како пронаћи и успоставити равнотежу између ова два супротстављена принципа.

Имајући у виду бројне практичне проблеме који настају у вези са усклађивањем захтева за слободом медија и поштовањем претпоставке невиности, Савет Европе је 2003. године донео Препоруку о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима.²⁰ Циљ препоруке је да се државама „олакша решавање сукоба интереса које штите чл. 6, 8. и 10. ЕКЉП, као и да се промовише јавна дебата о заштити права и интереса у оквиру медијског извештавања о кривичним поступцима.“ Поред тога, посебно је предвиђено:

– Поштовање принципа претпоставке невиности је саставни део права на правичан поступак. Према томе, мишљења и информације везане за кривичне поступке који су у току могу се износити или проносити у медијима само ако се њима не повређује право осумњиченог или оптуженог да се сматра невиним до доношења пресуде о кривици (начело 2);

– Судске власти (под којим се подразумевају и тужилаштва) и полицијске службе треба да пружају медијима само потврђене информације и оне које се заснивају на разумним претпоставкама (начело 3), а новинари треба да добију информацију на законит начин од стране судских власти и полицијских служби (начело 4);

– При пружању информација о осумњиченим, оптуженим или осуђеним лицима, као и о осталим учесницима у кривичном поступ-

¹⁸ *Jaspers v. Belgium* [1981] 27 DR 61. 1981 ECHR; *X. v. United Kingdom*, ECHR (1981), Series A, No. 46);

¹⁹ *Du Roy and Malaurie v. France*, (App no 34000/96) ECHR 3 October 2000 (34)

²⁰ *Recommendation R* (2003)13, усвојена од стране Комитета министара 10. јула 2003.

ку, мора се поштовати њихово право на заштиту приватности у складу са чл. 8. ЕКЉП (начело 8);

– Када оптужено лице може да покаже да је изношење информације изазвало или ће врло вероватно изазвати кршење његовог права на правичан поступак, он мора имати могућност за ефикасну судску жалбу (начело 11).

4. УПОРЕДНО-ПРАВНИ ПРИКАЗ

4.1. Енглеска

Несметаном функционисању правосуђа и претпоставци невиности у Енглеској традиционално се даје већи значај у поређењу са слободом медија.

Непоштовање суда предвиђено је као посебно кривично дело за које се може изрећи новчана казна или казна затвора до две године, а као облици радње извршења овог кривичног дела се између осталог наводе: објављивање података који би могли да доведу у питање право окривљеног на правично и непристрасно суђење, примера ради, називање „кривим“ лица у погледу кога није донета правноснажна пресуда, као и објављивање исказа сведока, других доказа и информација о кривичном делу пре него што су оне званично изнете на суђењу, тј. главном претресу. У пракси је било примера да су за ово кривично дело изрицане прилично строге казне.²¹

Након одлуке Суда у Стразбуру у корист листа *Sunday Times* 1979. године,²² строга правила су донекле ублажена у корист слободе медија. Законом који је донет две године након доношења ове одлуке,²³ предвиђено је да, када је објављивање информација у вези са судским поступком који је у току у јавном интересу, такво објављивање само по себи не представља непоштовање суда, већ једино у случају када објављене информације представљају „озбиљну опасност да ће поступак на тај начин бити озбиљно ометен или унапред прејудиициран, или да ће права окривљеног бити доведена у питање“.

Упркос чињеници да је наведеним законом медијима дата знатно већа слобода, за енглеске новинаре је објављивање неких подата-

²¹ Чувен је случај када је уредник листа *Daily Mirror* осуђен на казну од три месеца затвора и 100.000 фунти, јер је окривљеног за убиство назвао „вампиром“ јавно му приписујући кривицу и за бројне друге нерасветљене злочине, в. М. D. Marty, J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, 708.

²² *Sunday Times v. UK* (1979) 2 EHRR 245.

²³ *Contempt of Court Act*, 1981.

ка који се свакодневно срећу у штампи континенталних држава и даље незамисливо – пре свега јавно објављивање да је окривљени признао извршење кривичног дела пре него што се донесе правноснажна пресуда, као и објављивање података о његовој ранијој осуђиваности.

Пре покретања кривичног поступка, медији имају слободу да пишу „шта им је воља“, али након што одређено лице стекне својство окривљеног, та слобода се у великој мери ограничава. Медијима је забрањено да без дозволе надлежног органа објављују информације о кривичном поступку, доказима и изјавама сведока, пре него што се ови подаци јавно изнесу на главном претресу односно суђењу. Након тога је објављивање наведених података дозвољено и начелно не подлеже ограничењима, али судија може забранити њихово објављивање ако то захтевају интереси правичног суђења и несметаног вођења поступка.

Претерано извештавање медија о поједином случају доводи у питање претпоставку невиности, а самим тим и право окривљеног на правично суђење. Ова опасност посебно долази до изражаја у земљама англосаксонске правне традиције, где одлуку о кривици окривљеног самостално доноси порота, састављена искључиво од лаика за право, односно грађана насумице изабраних за конкретан случај са бирачког или неког другог општег списка. Грађани различитог порекла, образовања, друштвеног и социјалног положаја, углавном без претходног правног предзнања, самостално одлучују на основу доказа које им странке презентују на суђењу, да ли је окривљени крив или не.²⁴ Како би се идеал „непристрасног арбитра“ што доследније спровео у пракси, порота пре суђења нема никакве информације о случају, нема право увида у истражне списе и одлучује искључиво на основу доказа које странке изнесу на суђењу. Управо због тога се толико пажње поклања настојањима да се медији спрече да својим текстовима и репортажама и пре суђења утичу на став пороте о кривици окривљеног.

У Енглеској је могуће донети решење о обустави поступка због његове „непоправљиве злоупотребе“ у случају да је публицитет у толикој мери узео маха да је доведено у питање право окривљеног на правично и непристрасно суђење. Чувен је случај у коме је другостепени суд поништио пресуду оптуженима за тероризам, с обзиром да је „претераним и сензационалистичким извештавањем медија о односном случају непристрасност пороте несумњиво доведена у питање“.²⁵ Слично је одлучено и у случају Тејлор, с обзиром да је у

²⁴ Опширније V. P. Hans – N. Vidmar, *Judging the Jury*, New York – London 1986.

²⁵ Оптужени су се наине бранили ћутањем, а током поступка је пар државних званичника дало изјаве да се „само кривци бране ћутањем“. Лорд Денинг (*Den-*

новинама објављена фотографија једног од окривљених заједно са жртвом, уз коментар да „чврћи доказ и није потребан“.²⁶ Тешко је поверовати да би и у једној држави континенталне правне традиције пресуда била поништена из тог разлога.

4.2. Немачка

У Немачкој штампи је уобичајно да се не наводе пуна имена осумњичених и окривљених, већ се они означавају иницијалима.

Без дозволе надлежног органа објављивање докумената и података везаних за кривични поступак могуће је тек након што они буду јавно изнети на главном претресу, а кршење ове забране представља кривично дело за које се може изрећи новчана казна или казна затвора.²⁷ Кажњиво је и неовлашћено објављивање података прикупљених током истраге. Надлежни органи могу да дају информације о току и резултатима истраге, под условом да њихово објављивање неће угрозити даљи ток кривичног поступка, права окривљеног или оштећеног.

Контакти новинара и правосудних органа строго су уређени. Једино јавни тужилац или председник суда, односно лица која они овласте имају овлашћење да дају информације медијима. Ако би заменик тужиоца или судија прекршили ову забрану те неовлашћено изнели информације о предмету, то би имало далекосожне последице на њихову даљу каријеру. За разлику од других држава где судије и тужиоци постају медијске личности, у Немачкој се неовлашћено јавно иступање и давање информација коси са правилима професионалне етике, те ниједан судија неће ризиковати да се на тај начин његова непристрасност доведе у питање. Они немају директан контакт с медијима, већ новинаре упућују на председника суда односно лице задужено за односе с јавношћу.

4.3. Француска

Неумесно извештавање о судским поступцима представља велики проблем у Француској. Иронично се истиче да су овде судије и тужиоци постали шоумени и јавне личности, због честог појављивања у медијима, а да су новинари постали и исражителји и судије,

ning) је због такве изјаве и пензионисан. Случај *R. v. McCann, Cullen and Shanahan* (1991) 92 CrAppR 239, наведено према: M. D. Marty, J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

²⁶ *R. v. Taylor and Taylor*, 1994, 98 CrAppR 361.

²⁷ Радњу извршења чини само дословно објављивање документата, не и писање текстова инспирисаних њима, чиме су наводи забране у великој мери ублажени, *Strafgesetzbuch*, чл. 353 b и 353 d.

који неретко решавају случај и пре него што се покрене кривични поступак!²⁸

Француска штампа је пуна информација прикупљених током истраге, упркос начелној тајности ове фазе поступка. Иако је у Француској забрањено и кажњиво објављивање информација који би прејудиицирали или утицали на одлуку суда, ова забрана представља само мртво слово на папиру, јер је кажњавање новинара услед њеног кршења права реткост. Чувена афера Грегори, до које је дошло 1984. године, указала је на значај и последице сензационалистичког извештавања, као и на неопходност доношења строже регулативе.²⁹ Након пар сличних афера у Француској је 2000. године донет закон којим је инкриминисано објављивање фотографије осумњиченог и окривљеног без његове сагласности, објављивање фотографија или снимака о његовом хапшењу, оглашавање кривим лица у погледу кога није донета правноснажна пресуда, као и објављивање доказа и информација пре него што су оне јавно изнете на главном претресу. Судијама и тужиоцима је такође ограничено право на давање информација о кривичним поступцима који суд у току. Али, ове забране и даље се не поштују у пракси, а неретко се истиче да за кршење претпоставке невиности не треба кривити само новинаре, већ целокупан систем који потцењује значај ове претпоставке. Разлог делимично лежи у тешкоћама у доказивању и прецизирању да ли је и када претпоставка невиности прекршена, а делимично и у ставу грађана да је кажњавање новинара у тим случајевима неправедно, те да не изазива јавну осуду. Чак, напротив, кажњавање новинара у јавности изазива контраефекат, те грађани почињу да верују да власти на тај начин „штите злочинце“, а кажњавају оне који их „обавештавају о раду правосуђа и полиције“.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Слободи штампе је у нашем праву дата предност у поређењу са претпоставком невиности и захтевом за несметаним вођењем кри-

²⁸ M. Lemode, „Justice and the media“, *European Criminal Procedures* (ed. M. D. Marty – J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 708.

²⁹ Након што је седмогодишњи дечак пронађен мртав у реци, штампа је за убиство окривила рођака детета, кога је полиција позвала на информативни разговор. Револтирани отац детета је након тога убио рођака, иако осим навода штампе нису постојале никакве индикације које би указивале да је он извршио убиство детета. Мајка детета такође је била осумњичена, као и још неколицина сродника, што је за медије представљало додатну сензацију, што је подгревало огромно интересовање јавности. Убиство дечака уопште није разрешено, осумњиченима је нанета ненадокнадива штета, а држава је на крају породици морала да исплати новчану компензацију због „лошег вођења поступка и злоупотребе правде“ M. Lemode, „Justice and the media“, *European Criminal Procedures* (ed. M. D. Marty – J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 708.

вичног поступка. Закон о јавном информисању легитимише објављивање информација које јавност има оправдани интерес да зна, без обзира на начин њиховог прибављања. Иако је Законом о приступу информацијама од јавног значаја регулисан начин тражења и добијања информација везаних за кривични поступак, Закон о јавном информисању не обавезује новинаре да информације и податке о кривичном поступку прибављају на тај начин.

У већини поменутих држава правило је да се информације везане за кривични поступак могу јавно објавити тек након што су изнете на главном претресу. Пре тога, судови и други државни органи имају могућност да дају новинарима информације о кривичном поступку који је у току, под условом да њихово објављивање неће шкодити несметаном вођењу кривичног поступка. Објављивање таквих информација без знања и дозволе органа који води кривични поступак инкриминисано је као кривично дело. Пре покретања кривичног поступка против одређеног лица новинарима је омогућено да спроводе сопствена истраживања о криминалним делатностима тог лица, као и да објављују такве информације, али након што се покрене кривични поступак, такве информације би требало објављивати само уз дозволу надлежних правосудних органа. Сходно томе, у већини држава се несметаном вођењу кривичног поступка даје превага у поређењу са слободом штампе, што је и разумљиво обзиром да је ефикасно и добро правосуђе неопходно за остваривање свих других слобода.

Мада је претпоставка невиности прокламована Уставом, Законом о кривичном поступку и Законом о јавном информисању, пуке прокламације без адекватног средства за њено остваривање, као и адекватне санкције за њено кршење, не значе ништа. Закон о јавном информисању предвиђа прекршајну одговорност одговорног уредника јавног гласила ако у објављеној информацији неког означи учиниоцем каквог кажњивог дела, односно огласи кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда или другог надлежног органа. Али, остаје отворено питање да ли је навод у тексту да се ради о осумњиченом или окривљеном, довољан да се формално испуни претпоставка невиности, ако је наслов текста „откривене убице, пронађени пљачкаши или раскринкана мафија“, који несумњиво алудира на учиниоце кривичних дела. Па чак и када би се примењивале одредбе о прекршајној одговорности дотичних лица, несумњиво је да у свету „профита, брзих информација и брзе зараде“ за одговорног уредника плаћање новчане казне од 30.000 до 200.000 динара не значи пуно у поређењу са зарадом и рекламом коју ће му донети спектакуларни снимак хапшења или сензационалистички написан текст о „раскринкавању мафије“.

У случају да окривљени касније буде ослобођен, повреда претпоставке невиности ће се „санирати“ јавним извињењем и исправком у штампи, а евентуално и материјалном надокнадом због клевете. Уколико окривљени касније буде осуђен, о кршењу претпоставке невиности се уопште и не говори, јер се „на крају крајева“ ради о учиниоцу кривичног дела. Али, акценат је управо на томе да ли је и колико, управо то кршење претпоставке невиности од стране медија допринело његовој осуди и тежини санкције. Тако нешто тешко је проценити и одредити, а самим тим и регулисати.

Из праксе Европског суда за људска права произилази да чињеница да је лице праноснажно осуђено не негира његово право на претпоставку невиности, док је Препоруком Савета Европе истакнуто да се лицу мора омогућити право на ефикасну судску жалбу, у случају да је изношење информација изазвало кршење његовог права на правичан поступак, чија је саставна компонента претпоставка невиности.

Где је ту наше право *de lege ferenda*? Како сада ствари стоје, није искључено да би се сваки покушај пооштравање регулативе у области медијског извештавања о кривичним поступцима тумачио као атак на слободу медија и права грађана на обавештеност, па ће политички чиниоци вероватно оклевати да се у тако нешто упусте. Али, с друге стране, овакво пооштравање је неопходно ради потпуније заштите права на претпоставку невиности, па и ради спречавања великог броја могућих поступака пред Европским судом за људска права против наше земље. За сада, до неког новог нормативног решења, осуђенима, ослобођенима и оклеветанима остаје за утеху једино чињеница да се у свету експресног протока и велике количине информација и најсензационалнија вест заборавља за неколико дана.

Vanja Bajovic

Teaching Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND FREEDOM OF MEDIA

Summary

The presumption of innocence is a right of the accused to be presumed as innocent until and unless his guilt has been proved by final verdict of a court. This right of the accused obliges others to respect this

presumption and not to violate, by their public statements, other rules of procedure, rights of the defendant and injured party, judicial independence and impartiality. Freedom of media and the right of citizens to be informed, are also proclaimed by numerous international documents, as well as by the Serbian Constitution. The purpose of this article is to examine how to harmonize these conflicting requests for observation of presumption of innocence from one, and freedom of media from the other side. The Article deals with regulation of this conflict in Serbian legal system, regulations in other European countries, as well as the practice of the European court of Human Rights related to this topic.

Key words: *Presumption of innocence. – Judicial independence. – Freedom of media.*

Мр Маја Лукић,

адвокат *

РЕЗЕРВЕ И ИНТЕРПРЕТАТИВНЕ ИЗЈАВЕ – ПОЈАМ И МОГУЋНОСТ ЊИХОВЕ ПРИМЕНЕ НА СПОРАЗУМ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ

Србија је у априлу 2008. године потписала Споразум о стабилизацији и придруживању са Европском унијом, као уговор с потенцијалом да произведе далекосежне последице. Имајући у виду интензивне политичке и стручне расправе које су, уз довођење у сумњу и самог постојања Уговора, посебно усмерене на једну његову одредбу – чл. 135. ст. 2, који се односи на Косово и Метохију – намеће се потреба да се размотре механизми резерви и интерпретативних изјава, као и могућности њихове примене на овај Споразум. Будући да је институт резерви далеко разрађенији, као и да има карактер основног у односу на интерпретативне изјаве, у првом делу рада се том институту посвећује сразмерно већа пажња, потом се разматра појам интерпретативних изјава, у трећем делу су разграничена ова два института, а у завршном делу рада се анализира могућност примене интерпретативне изјаве на поменути Споразум о стабилизацији и придруживању. На питање правне природе овог Споразума понуђен је одговор да се ради о мешовитом уговору.

Кључне речи: *Резерве. – Интерпретативне изјаве. – Споразум о стабилизацији и придруживању.*

Три Бечке конвенције (Бечка конвенција о уговорном праву, из 1969. године, Бечка конвенција о сукцесији држава у погледу уговора, из 1978. године, и Бечка конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација, из 1986. године)¹ које чине кодификацију права међународних

* Аутор је стекла степен магистра правних наука и уписала докторске студије на Универзитету Париз I, Пантеон – Сорбона (*Paris I – Panthéon, Sorbonne*).

¹ Бечку конвенцију о уговорном праву СФРЈ је потписала као један од иницијалних потписника 23. маја 1969, а ратификовала 27. августа 1970. године, *Службени лист СФРЈ, Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72; Бечку конвенцију о сукцесији држава у односу на уговоре од 23. августа 1978. године, СФРЈ је

уговора, садрже основна правила о резервама. С обзиром на честе проблеме у пракси по питању резерви у међународном уговорном праву, Комисија за међународно право УН је 1993. године поново започела расправу о овој контроверзној и комплексној установи.

У првом делу текста одређен је појам резерви, док други део рада посвећује пажњу интерпретативним изјавама као институту који је у односу на резерве још мање изграђен. Акценат је стављен на разграничење два механизма у пракси, што је приказано у трећем делу.

Четврти део је посвећен могућности примене интерпретативне изјаве у циљу превазилажења контроверзи насталих поводом чл. 135. ст. 2. Споразума о стабилизацији и придруживању, који је Србија потписала са Европском унијом, а који се односи на Косово и Метохију.

1. РЕЗЕРВЕ

1.1. Порекло

Питање резерви на међународне уговоре је извор контроверзи од кад је први пут постављено унутар Друштва народа и Панамеричке уније. Прве резерве вероватно су оне стављене 1815. године након Бечког конгреса. Пре Првог светског рата поставила су се питања такве врсте у односу на хашке конвенције о праву оружаног сукоба из 1899. и 1907. године. Традиционално правило, које је до Другог светског рата и непосредно након њега било поштовано свуда осим у Панамеричкој унији, било је да све стране једног вишестраног уговора морају бити сагласне о стављеној резерви, тако да је Генерални секретар УН наставио праксу из Друштва народа да сваку изражену резерву преноси свим уговорним странама.²

У оквиру своје улоге депозитара вишестраних уговора, Друштво народа је допуштало само резерве прихваћене од стране свих уговорних страна, а у супротном се и према резервама и према потписима и ратификацијама уз које су изражене односило као према непосредно

потписала 6. фебруара 1979, а рафитиковала 28. априла 1980, *Службени лист СФРЈ, Међународни уговори*, бр. 1/80; најзад, Бечку конвенцију о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација (*Vienna convention on the law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*) СФРЈ је такође потписала као један од иницијалних потписника, 21. марта 1986, али ни она, ни СРЈ, ни Србија до данас је није ратификовала, <http://untreaty.un.org/sample/EnglishInternetBible/partI/chapterXXIII/chapterXXIII.asp>, 30. мај 2008; в. ближе С. Ђорђевић „Кодификација права међународних уговора“ *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2006, 60–79.

² G. K. Walker, „Professional’s Definitions and State’s Interpretative Declarations (Understandings, Statements, or Declarations) for the 1982 Law of the Sea Convention“, *Emory International Law Review*, Fall 2007, 499–500.

тојећим. Панамеричка унија је усвојила другачији, флексибилнији приступ, чија се суштина састојала у томе да се уговор сматрао важећим између стране која је изјавила резерву и држава које су прихватиле резерву, а неважећим између државе која је изјавила резерву и држава које резерву нису прихватиле.³

Случај Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида (у даљем тексту: Конвенција о геноциду) поставио је начела,⁴ одобрена потом и од Генералне скупштине УН, слична оним којима се касније руководила Бечка конвенција.⁵

Савремени приступ питању резерви изводи се из Саветодавног мишљења Међународног суда правде (у даљем тексту: МСП) из 1951. године датом у случају резерви на Конвенцију о геноциду, у коме основни став гласи да „Држава која је изјавила резерву, и остала при резерви на коју су приговориле једна или више страна уговорница Конвенције, али не све, може се сматрати страном уговорницом Конвенције уколико је резерва у складу са циљем и наменом Конвенције, а у супротном се држава не може сматрати страном уговорницом у погледу Конвенције“.⁶

На наведени начин МСП је одступио од много ригиднијег система који је важио у Друштву народа, а за који су неки од судија сматрали да представља норму међународног обичајног права.⁷ Потом је Генерална скупштина поставила захтев Генералном секретару УН да усвоји овај нови приступ када поступа као депозитар вишестраних уговора.⁸

³ M. Fitzmaurice, *International Law*, (ed. M. D. Evans), Oxford University Press, Oxford 2003, 191.

⁴ „Циљ и сврха Конвенције о геноциду подразумевају да је била намера Генералне скупштине и држава које су је усвојиле да њоме буде обухваћен што већи број држава. Потпуно искључење из обухвата Конвенције једне или више држава не би само ограничило обим примене Конвенције, већ би значило одступање од ауторитета моралних и хуманитарних начела која су њена основа.“ *Reservations to the Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime of Genocide, Advisory Opinion, International Court of Justice*, May 28, 1951, 1951 I.C.J. 15, 8, в. <http://www.temple.edu/lawschool/drwiltext/docs/genocide%20convention%20decision.pdf>, 30. мај 2008.

⁵ G. K. Walker, 500–501.

⁶ Саветодавно мишљење о резервама на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, 12, в. напомену 4. *supra*. Суд је такође нашао да „уколико страна уговорница Конвенције приговори резерви у смислу да је сматра неспојивом са циљем и наменом Конвенције, она може сматрати да држава која је изјавила резерву није страна уговорница Конвенције... уколико пак, страна прихвати резерву као спојиву са циљем и наменом Конвенције, може државу која је изјавила резерву сматрати уговорницом Конвенције“.

⁷ Издвојено супротно мишљење судија Гереро (*Guerrero*), Мекнер (*McNair*), Рид (*Read*) и Хсу Мо (*Hsu Mo*), Саветодавно мишљење о резервама на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, в. напомену 4. *supra*.

⁸ Резолуција Генералне скупштине УН 598 (VI), од 12. јануара 1952.

1.2. Појмовно одређење

Уколико се држава суочи са вишестраним уговором чији јој предмет, циљ и садржина скоро у целини одговарају, изузев појединих одредаба, може се одлучити за једну од две могућности: да не постане уговорна страна, или да то постане, истовремено изјављујући „било да се не сматра везаном појединим одредбама тог уговора, било да што се ње, као потписнице тог уговора тиче, поједине његове одредбе имају посебно и за њу прихватљиво значење. Ако држава изабере ову другу опцију и изјави тако нешто, сматра се да је ставила резерву“.⁹

„Резерве су формалне једностране изјаве којима се једна држава ограђује од извесних одредаба уговора, с тим да је тај део уговора уопште не везује, или тим одредбама даје одређен ограничен смисао“.¹⁰ Дакле, то су изјаве којима држава потписница утиче на права и обавезе из уговора, при чему такву своју интервенцију поставља као услов обавезивања уговором.¹¹ Резерве представљају технику која омогућава прилагођавање обавеза из вишестраног уговора потенцијалној уговорној страни, и то након окончаног процеса преговора и у околностима када је коначни текст уговора финализован, по иницијативи саме потенцијалне уговорне стране и на начин који она изабере.¹²

Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године, (у даљем тексту: Бечка конвенција) у чл. 2, ст. 1д, дефинише резерве на следећи начин: „Израз резерва означава једнострану изјаву, без обзира како је састављена и названа, коју даје држава приликом потписивања, ратификације, прихватања или одобрења одређеног уговора коме приступа, а путем које жели да искључи или измени правно дејство одређених одредаба уговора у погледу њихове примене на ту државу“.¹³ Пракса Генералног секретара УН у погледу утврђивања када се ради о резервама руководи се одредбама Бечке конвенције.¹⁴

⁹ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit International Public*, L.G.D.J., Paris 1999, 177.

¹⁰ С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд 1997, 399.

¹¹ P.- M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris 2000, 258.

¹² J. Combacau, S. Sur, *Droit International publique*, Montchrestien, Paris 2001, 132.

¹³ Бечка конвенција о уговорном праву, *Службени лист СФРЈ, Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72 чл. 2, ст. 1д; такође в. Treaty Section, U.N. Office of Legal Affairs, Treaty Handbook, U.N. Sales No. E.02/V.2 (2001), Речник, одредница: резерве, <http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbook/hbframeset.htm>, 30. мај 2008.

¹⁴ P. T. B. Kohona, „Reservations: Discussion of Recent Developments in the Practice of the Secretary-General of the United Nations as Depositary of Multilateral Treaties“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Winter 2005, 422.

У стручној литератури се сматра да одређење резерви представља једно од најконтроверзнијих питања међународног права.¹⁵ У зависности од правно-политичког циља који држава изјавилац резерве жели да постигне, у пракси се изјаве које имају дејство резерви називају како „резервама“ (*reservation*), тако и „декларацијама“ (*declaration*), „схватањима“ (*understanding*), „интерпретативним декларацијама“ (*interpretative declaration*) или „интерпретативним изјавама“ (*interpretative statement*).¹⁶ На тај начин је терминолошки аспект посебно значајан извор сукоба у тумачењу и примени међународног права, будући да треба имати у виду да интерпретативне декларације (изјаве) представљају посебан институт међународног права, као што ће бити показано у другом и трећем делу овог рада.

Резерве у правом смислу речи су техника која се употребљава код вишестраних међународних уговора, док се стављање резерви на двострани међународни уговор у литератури превасходно сматра позивом на преговоре о измени уговора.¹⁷

Аргументи у прилог употребе резерви полазе од чињенице да оне омогућавају потенцијалним уговорницама да по својој мери „искроје“ уговор, тако да уговорни режим обухвата већи број држава, што је управо циљ вишестраних уговора.

Стављање резерви предмет је озбиљних критика: замера им се да нарушавају целовитост и уравнотеженост уговора.¹⁸ Контрастирање са двостраним уговорима, код којих су резерве практично беспредметне, јасно показује у којој мери је одступање од модела јединственог текста уговора оправдано искључиво захтевом за флексибилношћу у односу на велики број страна уговорница.

Приликом преговора поводом вишестраних уговора и њихове припреме, примена процедуре већинског система чини да усвојени текст садржи неизбежно одредбе које су неприхватљиве за мањинске државе, за које постоји опасност да се одреде да не приступе уговору, уколико би стављање резерви било забрањено.¹⁹ Међународни суд правде је јасан по овом питању: „Већински принцип, иако олакшава закључење мултилатералних конвенција, може учинити неопходним стављање резерви од стране појединих држава.“²⁰

¹⁵ G. K. Walker, 497.

¹⁶ P. T.B. Kohona, 422.

¹⁷ J. Combacau, 133. Наводе се специфични сродни институти. Такође, в. Р.-Н. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris 1979, 504.

¹⁸ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, 178.

¹⁹ *Ibid.*, 178–179.

²⁰ Саветодавно мишљење о резервама на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, 6, в. напомену 4. *supra*.

Значајни проблеми у примени установе резерви настављају да постоје, посебно у погледу оцене да ли је изјављена резерва у складу с циљем и предметом уговора, као и у погледу оцене изјава других уговорница у погледу прихватања или одбијања изјављене резерве.²¹ Управо је то био разлог укључивања питања резерви у план рада Комисије за међународно право УН 1993 године.²²

1.3. Облик и време изјављивања резерви

Резерва мора бити изјављена у писаном облику.²³ Како је приметио Ф. Хорн (*F. Horn*), у доба диференцираних поступака настанка вишестраних уговора постало је есенцијално да резерве буду записане како би биле регистроване од стране депозитара и како би депозитар могао о њима да обавести све заинтересоване државе. Према резерви о којој није примљено обавештење не може се одређивати. У случају необавештавања, друге државе не би могле да прихвате резерву или јој приговоре.²⁴ Специјални известилац А. Пеле (*A. Pellet*), у Шестом извештају о резервама на уговоре, потврдио је да резерва мора бити стављена у писаном облику.²⁵

Држава може ставити резерву у било којој фази обавезивања уговором. Према члану 19. Бечке конвенције тренутак за стављање резерве од стране одређене државе може бити у тренутку потписивања, ратификације, прихватања, одобравања или приступања уговору.²⁶

1.4. Недопуштене резерве

Члан 19. Бечке конвенције дозвољава држави да стави резерву, осим уколико: а) уговор изричито не забрањује резерву; б) уговор дозвољава само одређене резерве, међу којима се не налази резерва у питању; или в) ако је резерва, у свим осталим случајевима, неспојива са предметом и циљем уговора.²⁷

²¹ International Law Commission, *Seventh Report on Reservations to Treaties*, A. Pellet, U.N. Doc. A/CN.4/526/, 2002, 4, http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_526.pdf, 30. мај 2008.

²² M. Fitzmaurice, 194–195.

²³ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 23, ст. 1, 131, в. напомену 13. *supra*.

²⁴ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam – New York – Oxford – Tokyo 1988, 44.

²⁵ International Law Commission, *Sixth Report on Reservations to Treaties*, A. Pellet, U.N. Doc. A/CN.4/518/Add.1, 2001, 64.

²⁶ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 19, 129, в. напомену 13. *supra*.

²⁷ *Ibid.*, 129. Као што је већ напоменуто, управо је оцена спојивости резерве с циљем и предметом уговора првенствени извор спорова у вези с резервама. Супротстављена су мишљења о томе да ли се предмет и циљ уговора имају тумачити према субјективном или према објективном критеријуму. G. K. Walker, 506.

Из ове одребе следи да је основно правило да су уговорне стране слободне да забране, ограниче или олакшају стављање резерви по својој вољи.

Многи уговори изричито забрањују резерве, као на пример, чл. 120. Римског статута Међународног кривичног суда.²⁸

Забрана резерви може бити и имплицитна. Такав је случај код Међународне организације рада (у даљем тексту: МОР), где се подразумева забрана стављања резерви на међународне конвенције рада, с обзиром на задатак МОР да униформише услове рада у свету. Б. Лубарда као разлог овакве специфичности међународног радног права наводи битна обележја међународних радних стандарда: универзалност и трипартизам, при чему наглашава да је „флексибилност међународних радних стандарда својеврсни супститут за евентуалне резерве“. Такође се наводи и неопходност очувања реципроцитета у узајамним обавезама према ратификованим конвенцијама.²⁹

Најзад, питање неспојивости изјављене резерве с предметом и циљем уговора највећи је извор спорова у вези с институтом резерви. У том погледу се посебно истичу уговори у области људских права: Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним, и културним правима и Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације према женама, привукли су велики број резерви и одговарајући број приговора.³⁰

У погледу недозвољених резерви, у литератури се диференцирају школа дозвољености (*permissibilité*) и школа супротстављивости (*opposabilité*) резерви. Припадници прве школе сматрају да се недозвољена резерва не може посматрати у светлу реакције других страна уговорница,³¹ док припадници друге школе сматрају да се важење резерве може утврдити тек ако се зна да ли је или није прихваћена од стране осталих страна уговорница.³²

Представник првог правца, Д. В. Баует (*D.W. Bowet*), посматра дозвољеност као примарно, а супротстављивост као секундарно пи-

²⁸ Rome Statute of the International Criminal Court, чл. 120, 61, <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/rome.htm>, 30. мај 2008.

²⁹ Б. А. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица 2004, 31–32. Б. Лубарда такође истиче да, на супрот конвенцијама МОР, европско радно комунитарно право допушта стављање привремених резерви, и наводи пример уговора о приступању који предвиђају могућност установљења привремених резерви (5 година) на одредбу о слободном кретању радника путем билатералних уговора с приступајућом државом. *Ibid.*, 32–33.

³⁰ P. T. B. Kohona, 439.

³¹ D. W. Bowet, „Reservations to non-restricted multilateral treaties“, *The British Year Book of International Law* 1976–1977, 48/1978, 67–68, 88.

³² J. M. Ruda, „Reservations to treaties“, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1975–III, *Leyde Sijitroff* 146/1977, 95–218.

тање, које се може поставити тек уколико је резерва дозвољена. Уколико се покаже, што је ствар прелиминарне анализе и тумачења уговора, да резерва није дозвољена, правна последица може бити или ништавост те резерве, или ништавост приступања уговору државе која је изјавила резерву. Реакције држава на резерву, пак, нису правно питање, већ питање политичке одлуке сваке од њих, без обзира да ли се одлуче да прихвате резерву, ставе приговор на резерву, или приговоре и на резерву и на ступање на снагу уговора између њих самих и државе изјавиоца резерве.³³ Насупрот томе, школа супротстављивости у потпуности заснива важење, укључујући дакле и дозвољеност резерви, на чињеници да ли су прихваћене од стране осталих уговорница.

1.5. Допуштене резерве

Неки међународни вишестрани уговори изричито одобравају одређене врсте резерви.³⁴ Неки, пак, вишестрани уговори дозвољавају стављање резерви, али под условом да су условљене унутрашњим правом. Према чл. 64. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода: „Свака држава може ставити резерву по питању одређене одредбе Конвенције, у мери у којој неки закон који је на снази на њеној територији није у складу са том одредбом.“

Уколико су резерве дозвољене уговором, да би имале правно дејство, није потребна сагласност осталих држава уговорница, будући да је таква сагласност већ дата прихватањем одредбе која дозвољава резерве. Чл. 20. ст. 1. Бечке конвенције наводи: „Резерва која је изричито дозвољена уговором не мора да буде доцније прихваћена од стране осталих држава уговорница, осим ако то уговор не предвиђа.“

Међутим, поједини аутори заступају став да чак и када уговор не садржи одредбе које дају право на формулисање резерви, ово право постоји и уговорне стране га могу користити.³⁵ У складу са Саветодавним мишљењем МСП поводом резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, као и са резолуцијама Генералне скупштине УН које су уследиле, приступ Генералног секретара УН у својству депозитара вишестраних уговора у овом случају је да прихвати такве изјаве и о њима обавести стране уговорнице како би саме процениле правне последице истих.

³³ D. W. Bowet, 88.

³⁴ Тако, на пример, чл. 42. Конвенције о статусу избеглица из 1951. године; чл. 40. Европске конвенције о међународним аспектима стечаја из 1990. године дозвољава стављање резерви на поглавља II и III ове конвенције; Чл. 1. Стразбуршке конвенције од 5. фебруара 1992, о учешћу странаца у јавном животу на локалном нивоу дозвољава резерве на поглавља б и ц.

³⁵ B. Tchikaya, *Memento de la jurisprudence du droit international public*, Hachette, Paris 2001, 62.

Чл. 20. ст. 3. Бечке конвенције предвиђа да „ако уговор представља оснивачки акт међународне организације, и ако о томе није друкчије одлучено, резерва захтева прихватање од стране надлежног органа те организације“.³⁶

1.6. Проблем стављања резерви на уговоре у области људских права

Као што је већ поменуто, питање спојивости резерви с предметом и циљем вишестраних уговора у области људских права често се поставља,³⁷ тако да на овом пољу несигурност режима прописаног Бечком конвенцијом у односу на резерве, односно несигурност укупног режима резерви, интерпретативних изјава и схватања, највише долази до изражаја. При том, у пракси се јављају и веома уопштено формулисане резерве, посебно у односу на конвенције о правима жена и деце.³⁸

Европски суд за људска права, уз Међуамерички суд за људска права, представља једно од ретких међународних тела са установљеним поступком за одлучивање о допуштености резерви.

Овај суд је у пресуди *Belilos*, од 29. априла 1988. године, први пут утврдио да једна изјава Швајцарске дата приликом ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода по свом дејству представља резерву, те да стога није допуштена на основу чл. 164. те Конвенције.³⁹ Суд је утврдио да је Швајцарска обавезана интегралним текстом ове Конвенције.⁴⁰ Од тада је овај суд наставио да примењује и усавршава ову доктрину. У својој чувеној пресуди *Loizidou*, од 23. марта 1995. године, суд је оценио ништавим ограничења *ratione loci* и *ratione materiae* којима је Турска условила

³⁶ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 20, ст. 3, 129, напомена 13 *supra*.

³⁷ Резерве, интерпретативне изјаве и схватања изјављују се у односу на конвенције у области људских права чешће него у односу на конвенције у било којој другој области. Е. Neumayer, „Qualified Ratification: Explaining Reservations to International Human Rights Treaties“, *Journal of Legal Studies*, June 2007, 398.

³⁸ На Међународну конвенцију о укидању свих облика расне дискриминације Саудијска Арабија је ставила резерву да неће примењивати ниједну одредбу која је у супротности с начелима исламског шеријатског права. Катар има сличну резерву у односу на Конвенцију против мучења, Брунеј, Цибути, Индонезија, Мауританија, Катар и Саудијска Арабија су изјавили опште изузимајуће одредбе у односу на одредбе Конвенције о правима детета, а Мауританија, Пакистан и Саудијска Арабија су учинили исто у односу на Конвенцију о елиминацији свих облика дискриминације према женама. У исту врсту спадају и уопштене резерве у односу на све одредбе вишестраних уговора које нису у складу са уставом одређене земље, Е. Neumayer, 408.

³⁹ G. Cohen – Jonathan, „Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l’homme: Nouveau aspects européens et internationaux“, *R.G.D.I.P.*, numéro 4, Pedone, Paris 919.

⁴⁰ *Belilos v. Switzerland*, Jugement 29 April 1988, Ser. A, No 132, paras. 52–55, 60.

прихватање надлежности Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права за повреде људских права на Северном Кипру, позивајући се превасходно на текст Конвенције и праксу уговорница, а истовремено оценивши прихватање надлежности Комисије и Суда од стране Турске важећим на основу Конвенције и европског јавног поретка.⁴¹

Утврђено је да су се до сада државе с либерално демократским уређењем чешће јављале у улози изјавилаца резерви, као и интерпретативних изјава и схватања, у односу на основне конвенције о људским правима од било које друге групе држава. Будући да се ради о истим државама које су заступници идеје заштите људских права на међународном плану, у литератури је предложен закључак да ове државе сматрају резерве, интерпретативне изјаве и схватања легитимним механизмима индивидуализације права и обавеза из вишестраних уговора.⁴²

1.7. Приговори на резерве

Чл. 20. ст. 5. Бечке конвенције, у случајевима када уговор изричито не предвиђа могућност стављања резерви нити представља конститутивни акт међународне организације, даје државама рок од два наест месеци од тренутка пријема обавештења од депозитара о изјављеној резерви, или од приступања уговору, који год да је тренутак каснији, да уложи приговор на резерву.⁴³ Уколико приговор буде изјављен након истека дванаест месеци, Генерални секретар га прослеђује само као „комуникацију.“ Сматра се да закаснили приговори не могу имати правне последице, већ искључиво моралне или политичке.⁴⁴

1.8. Повлачење резерви

У складу са чл. 22. Бечке конвенције, резерва или приговор на резерву може бити повучен у потпуности или делимично у сваком тренутку, без пристанка држава које су евентуално изразиле приста-
нак на резерву, осим уколико уговор не налаже другачије.⁴⁵

⁴¹ G. Cohen – Jonathan, „De la Commission à la Cour européenne des droits de l’homme“, *Actualité* 1994–1995, *R.T.D. eur.* (4) déc. 1995, 725, 919; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment 23 March 1995, Ser A, No 310, paras. 15, 27, 89, 90, 95.

⁴² E. Neumayer, 422.

⁴³ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 20, ст. 5, 130, в. напомену 13. *supra*.

⁴⁴ P. T. B. Kohona, 445.

⁴⁵ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 22, 130, в. напомену 13. *supra*.

1.9. Правно дејство резерви и приговора на резерве

Као што је истакнуто у почетку, Бечка конвенција је кодификовала режим правног дејства резерви у значајно мекшем виду у односу на претходни који важио у оквиру Друштва народа.

Чл. 20. Бечке конвенције у ст. 4. уводи општи режим у случајевима када уговор изричито не предвиђа могућност стављања резерви, наравно под ограничењем чл. 19ц, тј. у одсуству случаја неспојивости резерве с предметом и циљем уговора. У складу с овим општим режимом, који се заснива на начелу реципроцитета и претпостављеној сагласности са изјављеном резервом, изражени пристанак државе изјавиоца резерве да буде обавезана уговором сматра се важећим чим макар и једна друга уговорница прихвати изјављену резерву, уговор ступа на снагу између државе изјавиоца резерве и сваке друге државе која резерву прихвати (при чему сагласно ст. 5. истог члана неизјављивање приговора у року од 12 месеци има дејство пристанка на резерву), а изјављивање приговора на резерву не спречава ступање уговора на снагу између државе изјавиоца резерве и државе приговарача, осим уколико то није намера државе приговарача (ст. 4б).⁴⁶

Дакле, између држава које су ставиле одређене резерве и оних које су их прихватиле, одредбе уговора су измењене онако како их одређују те резерве. Између држава које су ставиле резерву и држава које су приговориле на резерву, а без противљења да тај уговор ступи на снагу између њих, уговор ће се примењивати, осим одредаба на које се односила резерва.

Изузеци од описаног режима обухватају случајеве када су резерве изричито дозвољене уговором. Тада не морају да буду прихваћене од стране осталих држава уговорница, осим ако то уговор не предвиђа (чл. 20. ст. 1.), потом уколико ограничен број држава које су учествовале на преговорима, или предмет и циљ уговора, подразумевају да је примена уговора у целини битан услов пристанка сваке од уговорница, резерву треба да прихвате све уговорнице (чл. 20. ст. 2), као и када уговор представља конститутивни акт међународне организације, за важење резерве је неопходно прихватање од стране надлежног органа организације (чл. 20. ст. 3).⁴⁷

Чл. 21. Бечке конвенције сумира правна дејства резерви и приговора на њих. Изјављена резерва модификује садржину уговора обострано између државе изјавиоца и држава које нису приговориле на резерву, не утичући на садржину уговора између осталих уговор-

⁴⁶ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 20, 129–130, в. напомену 13. *supra*.

⁴⁷ *Ibid.*, 129–130.

ница (ст. 1. и 2), док изјављен приговор на резерву искључује примену одредаба уговора на које се изјављена резерва односи између државе изјавиоца резерве и државе приговарача, осим уколико се држава приговарач није супротставила ступању на снагу уговора између ње и државе изјавиоца резерве (ст. 3).⁴⁸

Очигледна је координираност чл. 20. ст. 4.6 и чл. 21. ст. 3. Бечке конвенције, који оба предвиђају могућност да држава приговарач својим приговором на изјављену резерву искључи примену читавог уговора између себе и државе изјавиоца резерве.

Постоје различити ставови о последицама евентуалног утврђивања недопуштености резерве у случају институционалне, односно судске контроле примене међународног уговора. Први је да држава – изјавилац недопуштене резерве престаје бити уговорница. Пресуде Европског суда за људска права у случајевима *Belilos* и *Loizidou*, представљене у делу 1.6. овог рада, пример су става да се сама резерва има сматрати непостојећом, док је трећа могућност, која се заснива на решењу из члана 21. став 3. Бечке конвенције, да државу – изјавиоца не обавезује уговорна одредба у односу на коју је изјавила недопуштену резерву.⁴⁹

2. ИНТЕРПРЕТАТИВНЕ ИЗЈАВЕ

Поред резерви у савременој пракси срећемо и интерпретативне изјаве, које, у суштини, немају за циљ да искључе или ограниче примену појединих одредаба уговора, већ само да прецизирају њихов смисао.⁵⁰ Овакве изјаве „само утврђују значење иначе нејасних израза и одредаба уговора“.⁵¹ Сматра се да је највероватније Велика Британија дала прву интерпретативну изјаву, после Бечког конгреса 1815. године.⁵²

2.1. Појмовно одређење

Интерпретативне изјаве су једностране изјаве које могу бити дате у тренутку потписивања, ратификације или прихватања и по природи су објашњавајуће, тако да утврђују на који начин држава разуме своју уговорну обавезу у тренутку када се обавезује. Бечка

⁴⁸ *Ibid.*, 130.

⁴⁹ G. Cohen – Jonathan, 445.

⁵⁰ N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, 178; в. и С. Ђорђевић, „Тумачење међународних уговора“, *Анали ПФБ* 2004/3–4, 399–446.

⁵¹ G. K. Walker, 510.

⁵² *Ibid.*, 507–508.

конвенција о уговорном праву се не бави питањем интерпретативних изјава. Комисија УН за међународно право уврстила је разматрање интерпретативних изјава у програм свог рада заједно са резервама, тако да се на интерпретативне изјаве односи неколико одредаба Водича за праксу који је издала ова Комисија.⁵³

У оквиру пројекта вишестраних уговора Комисије УН за међународно право (*ILC Multilateral Treaties Project*) усаглашена је следећа дефиниција интерпретативних изјава: „једнострана изјава... којом држава или међународна организација ближе одређује или разјашњава значење или обим који додељује уговору или појединим његовим одредбама.“⁵⁴

Поједини аутори се залажу за увођење елемента негативног одређења интерпретативних изјава у односу на резерве, дакле да поред позитивног одређења буде унето и да су то изјаве које нису усмерене на то да искључе или промене правно дејство било ког израза из уговора.⁵⁵

Овакве изјаве морају бити предмет пажљивог испитивања, будући да разликовање између резерви и неких облика интерпретативних изјава може бити врло захтеван задатак.⁵⁶ Уколико мењају обим обавезе, оне престају да буду изјаве и постају резерве. Правно дејство таквих интерпретативних изјава зависи од тога да ли је њихов циљ да понуде тумачење уговора које накнадно може и да се покаже нетачним („обична интерпретативна изјава“) или нуде тумачење које има бити прихваћено од осталих, у смислу да је ратификација уговора условљена посебним тумачењем неког његовог дела („квалификована интерпретативна изјава“).⁵⁷

Специјални извештац А. Пеле је у свом Седмом извештају о резервама констатовао исту класификацију: на оне интерпретативне изјаве усмерене строго на ближе одређење или разјашњење значења или обухвата уговора или неких његових одредаба, и на оне код којих изјавилац условљава своје приступање таквим одређењем или разјашњењем значења или обухвата уговора или неких његових одредаба. Последња врста је названа „условним интерпретативним изјавама“,

⁵³ *International Law Commission, Seventh Report on Reservations to Treaties*, A. Pellet, U.N. Doc. A/CN.4/526, 2002, 11.

⁵⁴ *International Law Commission, Text of Draft Guidelines on Reservations to Treaties Provisionally Adopted So Far by the Commission, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-fifth Session*, 58 U.N. GAOR Supp. No. 10, U.N. Doc. A/58/10, 2003, 165, 168

⁵⁵ G. K. Walker, 509–510.

⁵⁶ M. Fitzmaurice, 195–196.

⁵⁷ D. M. McRae, „The legal effect of Interpretative declarations“, *B.Y.B.I.L.*, 1978, 160–161.

и констатована је снажна тенденција за изједначавањем правног режима оваквих изјава с режимом резерви.⁵⁸

2.2. Важење интерпретативних изјава

У стручној књижевности постоји сагласност да се уговорне стране морају сагласити с изјављеном интерпретативном изјавом како би она била обавезујућа између њих и изјавиоца. То би значило да је први корак ка обавезности датог тумачења превазилажење могућих тврдњи да интерпретативна изјава у ствари представља резерву и као таква потпада под уговорне одредбе о резервама, или у њиховом одсуству, под уговорно право које се односи на резерве. Други корак чинило би прихватање интерпретативне изјаве од других уговорница. Прихватање може бити и прећутно.⁵⁹ Интерпретативна изјава може се изразити у било ком тренутку.⁶⁰

Као што је већ речено, уколико је резерва предмет приговора стављеног од неке друге државе, одредбе на које се та резерва односи се не примењују између државе која је изразила резерву и државе која је ставила приговор. Уколико, пак, обична интерпретативна изјава буде изједначена с резервом у смислу да искључује или мења правно дејство одређених одредаба уговора, наступа последица која се састоји у неважењу, у правном односу између државе изјавиоца и државе приговарача, оних одредаба у односу на које је интерпретативна изјава дата. Насупрот томе, уколико обична интерпретативна изјава не буде изједначена с резервом, одбијање датог тумачења једноставно ће имати дејство у томе да држава изјавилац неће моћи да се држи таквог тумачења а да не повреди обавезе које јој припадају по датом уговору.⁶¹

2.3. Облик интерпретативних изјава

Иако се Бечка конвенција не односи на интерпретативне изјаве, обичајно и интерпретативно проширивање њених одредаба захтевало би да се интерпретативне изјаве дају у писаном облику у ситуацијама које се тичу уговорница Бечке конвенције.⁶² Сматра се да не

⁵⁸ International Law Commission, *Seventh Report on Reservations to Treaties*, A. Pellet, U.N. Doc. A/CN.4/526, 2002, 11.

⁵⁹ Отворено је питање колики је рок у коме држава треба да ћути да би се сматрало да се сагласила са интерпретативном изјавом. Најчвршћи ослонац изгледа да представља 12-месечни рок Бечке конвенције који се односи на прећутну сагласност с резервама. G. K. Walker, 519.

⁶⁰ G. K. Walker, 512.

⁶¹ D. M. McRae, 161.

⁶² G. K. Walker, 515.

постоји обичајно правило међународног права које захтева објављивање интерпретативних изјава и реакција на њих, осим, наравно, уколико уговор то захтева.⁶³

3. СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ РЕЗЕРВИ И ИНТЕРПРЕТАТИВНИХ ИЗЈАВА

Диференцирање да ли је једна једнострана изјава резерва или интерпретативна изјава, управља се према правном дејству које је усмерена да произведе.⁶⁴ У стручној књижевности се, дакле, истиче да не постоје јасни и несумњиви показатељи за такво разликовање.⁶⁵ Ф. Хорн наводи да је за резерве неопходно да изјава има „искључујуће“ или „модификујуће“ дејство на одредбе уговора.⁶⁶

Разлика између резерви и интерпретативних изјава још је мање јасна *in concreto* него *in abstracto*. Државе често имају тенденцију да заобиђу резерве, користећи интерпретативне изјаве с дејством резерви. Проста чињеница називања једне изјаве „интерпретативном“ не спречава да она буде квалификована као резерва. Депозитар приликом пријема интерпретативне изјаве нема моћ да пресуди да ли та изјава представља резерву, већ мора доставити њен текст свим заинтересованим државама.

Утврђивање да ли је реч о резерви или интерпретативној изјави, према Комисији за међународно право, задатак је који треба да буде предузет у доброј вери и на основу уобичајеног значења које се даје употребљеним изразима, у светлу уговора на који се изјава односи. Дужна пажња треба да буде дата намери државе или међународне организације о којој је реч у време кад је изјава формулисана.⁶⁷

Неки аутори заступају став да не треба разликовати правни режим резерви од квалификованих тј. условних интерпретативних изјава.⁶⁸

⁶³ *Ibid.*, 516.

⁶⁴ *Ibid.*, 509.

⁶⁵ F. Horn, 98: „Како међународно право и даље стално ишчезава и појављује се, ... и како правила која се односе на резерве остају један од најопскурнијих делова међународног уговорног права, начела која се односе на интерпретативне изјаве поводом уговора још мање су одређена.“ G.K. Walker, 540.

⁶⁶ F. Horn, 234–235.

⁶⁷ M. Fitzmaurice, 196.

⁶⁸ D. M. McRae, напомена 57 *supra*; International Law Commission, *Seventh Report on Reservations to Treaties*, напомена 58 *supra*.

Вредно је приметити начин на који су резерве и интерпретативне изјаве координиране у Конвенцији о праву мора из 1982. године: док чл. 309. Конвенције о праву мора забрањује резерве,⁶⁹ чл. 310. предвиђа могућност коришћења интерпретативних изјава, како би држава „ускладила своје законе и прописе са Конвенцијом, под условом да ове изјаве не теже да искључе или измене правни ефекат одредаба Конвенције...“.⁷⁰ На тај начин, члан који допушта интерпретативне изјаве тежи да измири државе које заступају забрану стављања сваке резерве и оних које право на стављање резерви сматрају изразом суверености.⁷¹ Како је то приметио Вињ (*Vignes*), иако је државама омогућено да правила тумаче на свој начин, оне не могу да поричу да одређено правило постоји.⁷²

4. СПОРАЗУМ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ КОЈИ ЈЕ СРБИЈА ПОТПИСАЛА

Након што је Европска унија (у даљем тексту: ЕУ) усвојила регионални приступ тзв. „Западном Балкану“ 1997. године, почев од 2000. године своје ширење на државе Западног Балкана (Албанију, БиХ, Хрватску, БЈРМакедонију, Црну Гору и Србију) остварује кроз споразуме о стабилитацији и придруживању, који су унеколико специфични у односу на остале споразуме о придруживању. Посебност ових споразума је у томе што, поред усмеравања ка приступању ЕУ, теже остваривању регионалне стабилитације и сарадње. Поред самих споразума, процес стабилитације и придруживања обухвата и трговинске олакшице и економску и финансијску помоћ.⁷³

Од стране представника Србије Споразум о стабилитацији и придруживању (у даљем тексту: ССП) парафиран је 7. новембра 2007, а потписан 29. априла 2008. године. У времену између ова два акта, 17. фебруара 2008. године, дошло је до противправног проглашења независности Косова, на међународно признатој територији државе Србије, територији аутономне покрајине Косово и Метохија. Од тренутка противправног проглашења независности до тренутка

⁶⁹ Конвенција о праву мора, *Службени лист СФРЈ*, Додатак, бр. 1/86, 1982, чл. 309, 140.

⁷⁰ Конвенција о праву мора, 1982, чл. 310, 140.

⁷¹ D.Vignes, „Les déclarations faites par les Etats signataires de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer sur la base de l'article 310 de cette Convention“, *A. F.D.I.*, 1983, 716.

⁷² D. Vignes, 717–718.

⁷³ European Commission, Enlargement, The Stabilization and Association Process, http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/how_does_a_country_join_the_eu/sap/index_en.htm, 30. мај 2008.

потписивања, 18 чланица Европске уније, страна уговорница ССП, признало је независност Косова, а након тога, до тренутка предаје овог рада у штампу, још две.

4.1. Да ли је ССП двострани или вишестрани уговор?

Преговори у циљу усаглашавања ССП-а вођени су првенствено између две стране, и уговор који је настао очигледно фактички настоји да представља израз сагласности воља две стране: Европске уније и Србије.

Начин на који је формулисано одређење уговорних страна на почетку ССП не даје јасан одговор на ово питање карактера уговора. С једне стране, очигледан је плуралитет уговорних страна – на почетку је речено да уговор потписују „уговорне стране Уговора о оснивању ЕЗ и Уговора о оснивању ЕЗ за атомску енергију и Уговора о ЕУ ... и ЕЗ и ЕЗ за атомску енергију“. Међутим, дата је и формулација да све наведене уговорне стране наступају „с једне стране“, док је држава Србија с друге.

У овој анализи би требало имати у виду и да ће тек евентуалним ступањем на снагу Лисабонског уговора, који је потписан 13. децембра 2007. године и тежи да замени неуспели Европски Устав, Европска унија стећи међународни субјективитет и тиме могућност да сама постане потписница међународних уговора. Из тога се може закључити да се до ступања на снагу Лисабонског уговора заједничко ступање у уговорне односе држава чланица Европске уније заједно с две европске заједнице, као у случају српског ССП, не може сматрати као наступање једне уговорне стране у смислу међународног статусног права, па према томе постоји снажан аргумент да се ССП који је Србија потписала сматра вишестраним уговором.

Материја којом се бави ССП покрива области које се делом налазе у надлежности Европских заједница (у даљем тексту: Заједница), а део је у надлежности држава чланица, за разлику рецимо од трговинских уговора који се баве материјом која се налази у надлежности Заједнице, а не и држава чланица, па је довољно да Заједница буде потписница са европске стране. Неопходно је да потписнице са европске стране буду и Заједница и државе чланице (ова чињеница отвара могућност закључивања Додатног споразума којим се омогућава да делови уговора о придруживању који се баве материјом из надлежности Заједнице ступе на снагу пре него што државе чланице ратификују споразум о придруживању, тј. док се та ратификација чека). На пример у Наслову IV – „Слободан проток робе“, ССП прописује права и обавезе Заједнице, док се већ на почетку следећег, Наслова V – „Кретање радника, пословно настањивање, пружање услуга, кретање капитала“, намеће обавеза државама чланицама Зајед-

нице поводом положаја радника који су држављани Србије. На дистрибуцију права и обавеза с обзиром на надлежности непосредно се односи чл. 134. ССП.⁷⁴

Из свега изложеног може се закључити да је најверније одређење ССП-а да се ради о уговору мешовитог карактера.

4.2. Чл. 135. Споразума о стабилизацији и придруживању и могућа примена интерпретативне изјаве

Уобичајени члан који одређује територију на којој се уговор примењује, модификован је ставом 2: „Овај Споразум се не примењује на Косову које је тренутно под међународном управом у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 од 10. јуна 1999. године. Ово не доводи у питање садашњи статус Косова нити одређивање његовог коначног положаја према истој Резолуцији“.

Као што је поменуто, у периоду између парафирања и потписивања ССП наступила је супротстављеност најмање двадесет чланица Заједнице, с једне, и Србије, с друге стране, поводом положаја Косова и Метохије. Не улазећи у процену важења или ништавости потписа на ССП, с обзиром на концентрисаност спора на питање регулисано чл. 135. ст. 2. ССП, истиче се могућност да Србија приликом ратификације изрази интерпретативну изјаву у односу на поменути став, тј. да изјави своје разумевање положаја Косова и Метохије и одредаба ССП, које се на тај положај односе. Своје разумевање Србија би, имајући у виду текст ССП, имала могућност посебно да ослони и на Преамбулу, као и на члан 2. ССП, у којима се наводи низ основних аката чије ће поштовање представљати „основ унутрашње и спољне политике страна и чиниће суштинске елементе овог Споразума“.⁷⁵ Међу тим актима налазе се и Повеља УН и Завршни акт из Хелсинкија, који изричито гарантују неповредивост граница. У погледу овог аспекта од значаја је изјава Европског савета од 18. фебруара 2008. године, који је изразио став да у односу на ове акте Косово представља случај *sui generis*.⁷⁶

Чињеница да се у предметној ствари ради о начелном ставу државе Србије указивала би, у складу с мишљењем неких аутора о

⁷⁴ „За потребе овог Споразума, појам ‘стране’ значи Заједница, или њене државе чланице, или Заједница и њене државе чланице, у складу са њиховим одговарајућим надлежностима, с једне стране, и Република Србија, с друге стране.“, чл. 134. ССП.

⁷⁵ Чл. 2. ССП.

⁷⁶ *EU Council Conclusions on Kosovo*, 18 фебруар 2008, http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_7720_en.htm, 30. мај 2008.

природи интерпретативних изјава, управо на интерпретативну изјаву као одговарајућу форму за интервенцију у односу на значење чл. 135. ст. 2. ССП.⁷⁷

Аргументом у прилог изражавању става Србије о тумачењу чл. 135. ст. 2. може се сматрати садржина чланова 14, 15. и 16. ССП, који уводе за Србију обавезу регионалне сарадње, што државе које су признале независност Косова могу сматрати да се односи и на Косово.

Интерпретативне изјаве у циљу изражавања става о питањима међународно-правног положаја делова међународно признате државе у контексту европских интеграција употребљене су у спору између Турске и Кипра. Наиме, након уласка Кипра и других 9 држава у ЕУ 1. маја 2004. године, Турска је била позвана да потпише Додатни протокол уз Споразум из Анкаре из 1963. године, којим би царинска унија ЕУ и Турске била проширена на нове државе. Турска је 29. јула 2005. године потписала Додатни протокол, истовремено предавши и декларацију којом је прецизирала да потписивање протокола ни на који начин не може да се тумачи као признање Кипра. У одговору на то, Европска унија је 21. септембра 2005. године издала изјаву којом је изразила свој став да, између осталог, „изјава Турске не чини део Протокола и нема правно дејство на обавезе Турске у складу с Протоколом“, да ЕУ очекује недискриминативну примену Протокола, као и да је признање свих држава чланица неопходна компонента процеса придруживања.⁷⁸

5. ЗАКЉУЧАК

Иако регулисане Бечком конвенцијом о уговорном праву, резерве остају веома чест извор спорова, посебно у погледу одређивања када је резерва супротна предмету и циљу уговора, као и у погледу квалификације приговора на изјављену резерву. Интерпретативне изјаве потпадају под још нејаснији правни режим, будући да се на њих углавном примењују одредбе Бечке конвенције по аналогији, као и обичајно уговорно право. Квалификоване интерпретативне изјаве несумњиво се подводе под правни режим резерви. Разлико-

⁷⁷ G. K. Walker разликује схватања од изјава тако што су схватања „намењена само да разјасне или објасне питање које није од важности за уговор“, док се по њему изјаве користе „када се сматра суштински важним и пожељним да се да обавештење о одређеним питањима стратешког политичког опредељења и начелним питањима“, 2.

⁷⁸ S. Talmon, „The European Union—Turkey Controversy Over Cyprus or a Tale of Two Treaty Declarations,“ *Chinese Journal of International Law* (CHINESEJIL) 2006, 579.

вање интерпретативних изјава од резерви такође може да буде веома тешко.

С обзиром да је из перспективе текста ССП, спор између појединих држава чланица Европске уније и Србије поводом положаја Косова и Метохије концентрисан на чл. 135. ст. 2. ССП, постоји могућност да Србија интерпретативном изјавом своје тумачење ове уговорне одредбе практично понуди осталим чланицама ЕУ. Интерпретативне изјаве посебно се употребљавају у случајевима начелних и стратешких политичких опредељења држава.

Уколико би Србија свој став изразила путем резерве, за онај део ССП који се може сматрати двостраним, стављање резерве могло би се сматрати позивом на нове преговоре.

Из изложеног следи да уколико би Србија изразила условну (квалификовану) интерпретативну изјаву, и ако би та изјава била оцењена као резерва и то као недопуштена резерва од свих чланица ЕУ, постојала би опасност да читав ССП буде неважећи у односу на Србију. Уколико би, пак, Србија дала такву интерпретативну изјаву, али је не би поставила као услов за ступање на снагу ССП у односу на државе чланице Европске уније, евентуални приговори на изјаву од стране појединих држава чланица би одредбу поводом које је таква изјава дата, учинили неприменљивом између тих држава и Србије.

Maја Lukić,

Attorney-at-law, DEA in International Law and International
Organizations at the University of Paris 1, Panthéon-Sorbonne, France

RESERVATIONS AND INTERPRETATIVE DECLARATIONS – CONCEPT AND POSSIBILITY OF THEIR APPLICATION TO THE STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENT

Summary

Serbia has recently signed the Stabilization and Association Agreement (SAA) with the European Union. A single clause of this Agreement – Article 135 Paragraph 2, which pertains to Kosovo and Metohia – stirred up the intense discussions, both in terms of policy and legal expertise. Consequently, it seems natural for Serbia to consider the option of making a reservation or an interpretative declaration with respect to that clause. This paper pays much more attention to the reservations than it

does to the interpretative declarations, honouring the comparative complexity of the international law rules pertaining to interpretative declarations, and the fact that the rules on reservations form a conceptual basis for the rules on interpretative declarations.

In Part I of this article, the author offers a definition of the reservations and describes them in detail, while in Part II she presents a much less developed legal framework of the interpretative declarations. Regulated by the Vienna Convention on the Law of Treaties, reservations remain a source of disputes, especially when it comes to the issue of qualifying objections to a reservation or determining whether a reserve is compatible with the object and purpose of a treaty or not. The legal status of interpretative declarations is even less clear, since rules of the Vienna Convention apply by analogy, along with international customary law. The author emphasizes practical delineation of the two mechanisms in the Part III of this article. In Part IV, the author analyses the possibility of making an interpretative declaration, for the purpose of reconciling the opposing views that arose around Article 135 Par. 2 of the SAA. On the question of whether SAA represents a bilateral or multilateral agreement, the author concludes that its nature is mixed.

If Serbia expresses its position by way of reservation, such an act would amount to invitation to the new negotiations with respect to the part of the SAA that may be regarded as bilateral. If, however, Serbia makes a qualified interpretative declaration, it could be regarded by EU member states as a reservation, even as an impermissible one, so the risk that the SAA may be invalidated in its entirety would appear. Finally, if Serbia chooses to make an interpretative declaration without setting its acceptance as condition for the SAA's entry into force, possible objections to the declaration by the EU members would only render the clause inapplicable with respect to which the reservation has been made.

Key words: *Reservations. – Interpretative declarations. – Stabilization and Association Agreement.*

Др Сима Аврамовић*

Religion and Education in Europe – Developments, Contexts and Debates (ed. Robert Jackson et al.),

Waxmann, Münster-NewYork-München-Berlin 2007, стр. 286.

Нормативно уређење односа државе и цркве све више привлачи пажњу правне науке у свету. Упоредо с тим све интензивније се развија и посебна грана права, која се обично назива државно-црквено право (према немачком *Staatskirchenrecht*) или екlesiјастичко право (према француском *droit ecclésiastique*), док се у англосаксонској терминологији одомаћио још простији назив – *Law on Religion*.¹ Једно од важних питања које захвата ова релативно млада научна дисциплина је и проблем нормативног регулисања верске наставе у

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ Енглеска терминологија, под утицајем специфичности англиканске цркве, њеног статуса државне цркве и англосаксонског права, не прави разлику између канонског и екlesiјастичког права, него их третира као синониме. Чак се и у католичкој цркви традиционално ови појмови изједначавају, мада се и ту у последње време јавља разликовање „унутрашњег“ екlesiјастичког права (које се изједначава са канонским) и „спољашњег“ екlesiјастичког права (које обележава односе цркве са државом). Насупрот томе, француска терминологија та два појма одавно јасно одваја: појам „екlesiјастичко право“ у значењу правне гране и науке која се бави односима цркве и државе увео је у француски речник још Адолф Франк у другој половини XIX века (Franc, A., *Philosophie du droit ecclésiastique: Des rapports de la religion et de l'État*, Paris 1864). И немачка терминологија је у том погледу сасвим издиференцирана, јер од друге половине XIX века јасно разграничава гране права и појмове *Kirchenrecht* и *Staatskirchenrecht*. У енглеском језику се за државно-црквено право сада по правилу користи термин *Law on Religion*, како би се отклонили сви могући неспоразуми које би доносио израз *Civil Ecclesiastical Law*, који се такође понекад појављује у стручној литератури. Слично овом другом енглеском називу, ради избегавања неспоразума, француска терминологија додатно прецизира назив ове дисциплине као *Droit civil ecclésiastique*, док је у италијанској терминологији појам *diritto ecclesiastico* сам по себи сасвим одвојен од појма *diritto canonico* и представља не само посебну научну дисциплину, него и посебан академски предмет у наставним плановима многих правних факултета у Италији. Једном речју, у свету се битно проширио домет и променио карактер појма „екlesiјастичко право“, тако да оно више не представља прост синоним за црквено право.

државним школама. С њиме се боре не само законодавци и политичари, поготово с обзиром на често узавреле супротстављене ставове у јавности (као што је био случај и код нас кад се уводила верска настава у државне школе), него и правна наука. На деликатност овог питања указује и то што је ОЕБС (*OSCE*), покушао да током 2007. године, кроз свој *Office for Democratic Rights and Institutions (ODIHR)* одреди извесне смернице у погледу правног регулисања верског образовања у јавним школама. Али, уместо планираних *Toledo Guidelines on Teaching about Religion in State Schools in the OSCE Region*, пројекат се завршио много скромнијим, необавезујућим документом који само нуди опште принципе (*Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools*). То је тек једна од илустрација до које мере су земље чланице Савета Европе осетљиве на ова питања и колико је процес хармонизације права у овој области тешко спровести због низа специфичности које су дубоко историјски, политички и психолошки утемељене. Отуд од државе до државе постоје велике разлике у начину уређивања верске наставе у државним школама. Из тих разлога је последњих година и наука почела да озбиљније трага за неким одговорима, поготово имајући у виду значај верске слободе, као једног од незаобилазних људских права, али и питање да ли је постојање верске наставе у државним школама у супротности са скоро универзално прокламованим принципом лаицитета, односно одвојености државе и цркве, па и дилему да ли овај тип образовања деце доприноси верској толеранцији или продубљује верске разлике.²

Дуго се веровало да ће процес секуларизације постепено потиснути религију из јавне сфере, али се десило баш супротно. Отуд и све веће интересовање стручњака различитих профила – правника, политиколога, социолога, па и филозофа за сферу религијског. Занимљив пример је Јирген Хабермас (*Jürgen Habermas*), који је дуго избегавао да узме у обзир и религију у својим испитивањима теорије комуникација, али је у последње време прихватио реалност и објавио неколико важних текстова о тим аспектима.³ Због тога је разумљиво што се у Европи покренуло и неколико важних пројеката, међу којима истакнуто место заузима четворогодишњи подухват за-

² О томе в. полемику која се водила и на страницама овог часописа између М. Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести у школи“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 1–4/2001, 511–523; иста, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали ПФБ* 1/2006, 135–151 и С. Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном праву“, *Анали ПФБ* 1/2005, 46–64; исти, „Уставност верске наставе у државним школама – *res iudicata*“, *Анали ПФБ* 2/2006, 251–257.

³ J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Mein 2005; исти, „Religion in the Public Sphere“, *European Journal of Philosophy* 14/2006, 1–25.

почет 2006. године под скраћеним називом *REDCo-project (Religion in Education: a contribution to Dialogue or a factor of Conflict in transforming societies of European countries)*. Главни координатор тог пројекта и један од водећих светских експерата за верско образовање, проф. др Роберт Џексон (*Robert Jackson*) са Универзитета Ворвик (*Warwick University*), главни је уредник ове књиге, у којој се сумирају први резултати неких од спроведених истраживања. У уводном тексту *Wolfram Weisse* говори о карактеру, циљевима и оствареним резултатима пројекта, као и о значају верског образовања за превазилажење верских конфликта и избегавање инструментализације верских осећања у функцији политичких циљева, указујући при том на позитивну корелацију између добро организоване верске наставе и демократског понашања. Следе прилози неколицине престижних аутора, који су подељени у три целине.

Први део, под називом *Европски хоризонт*, чине три прилога, од којих је први из пера самог Роберта Џексона (*European Institutions and the Contribution of Studies of Religious Diversity to Education for Democratic Citizenship*). На тридесетак страна кондензованог текста и уз сумарни приказ стања верске наставе у јавним школама у Европи, Р. Џексон разликује три приступа верском образовању, које назива *teaching in religion*, *teaching about religion* и *teaching from religion*. Први је конфесионални, у коме се изучава једна верска традиција коју предају „инсајдери“, други је мултиконфесионални, где се изучава већи број религија на дескриптивним и историјским основама, док је трећи такав да води ученике ка трагању за одговорима на различита верска и морална питања. Све ово има и свој правни оквир, који је различит од државе до државе. *Jean-Paul Willaime*, у тексту који следи продубљује истраживање различитих модела верског образовања у Европи (*Different Models for Religion and Education in Europe*), а *Dan-Paul Jozsa* сагледава деликатно питање правне регулативе и садржинских аспеката верског образовања исламских ученика у европским државним школама (*Islam and Education in Europe, with Special Reference to Austria, England, France, Germany and the Netherlands*).

Други део садржи текстове о организовању верске наставе у појединим европским земљама. Нарочито је занимљив први прилог, чији је аутор *Jean-Paul Willaime*. Наслов овог рада прилично сликовито говори о садржају текста и његовим закључцима: *Teaching Religious Issues in French Public Schools – from Abstentionist Laïcité to a Return of Religion to Public Education*. С обзиром на то да је Француска најистакнутија секуларна земља у којој се примењује систем стриктне одвојености државе и цркве, веома су индикативна и инструктивна запажања овог француског писца о томе у ком правцу се креће режим правног регулисања верске наставе у државним школама.

ма и уопште концепт лаицитета у Француској. Аутор најпре указује на радикалне промене у верској демографској слици ове земље, у којој се крајем педесетих година XX века око 90% становништва изјашњавало као католици, док је у попису из 1987. године је тај проценат опао на 75%, а 2006. године је број католика у Француској сведен на 65%, са тенденцијом даљег опадања, углавном на рачун повећаног учешћа оних који се изјашњавају као муслимани. С друге стране, чувени Закон о одвајању цркава од државе из децембра 1905. године, који је још увек на снази, потврђен на особен начин чланом 1. Устава из 1958. године (који, између осталог, истиче да је Француска лаичка – секуларна држава), довео је до тога да је деценијама у Француској владао „милитантни лаицизам“. Таква „победа лаицизма“ и неутралности државе у верским питањима је, парадоксално, довела до њиховог урушавања и до „секуларизације лаицитета“, како аутор назива тај процес. Лаицитет је све мање успевао да очува улогу система који представља алтернативу религиозном, а верска питања су почела да га надвлађају како на индивидуалном, тако и на друштвеном плану. „Милитантни лаицизам“, који има одбојност и сумње према религији, постепено уступа место ономе што писац назива „менаџментски лаицитет“. Тај процес је чувени француски зналац односа државе и цркве и професор права, Жан Боберо (*Jean Baubérot*) назвао „пактом за нови лаицитет“. Писац указује да на тај начин у француску доктрину улази идеја о „добро одмереној одвојености државе и цркве“ или „беневоленитој или позитивној неутралности“, што је, рекли бисмо, само друго име за оно што је немачка доктрина већ увелико назвала системом кооперативне одвојености државе и цркве. На тим теоријским основама је, узгред речено, представљен и наш Закон о правном положају цркава и верских заједница из 2006. године.

Због тога је класично виђење француског секуларизма и лаицитета, обојено историјским сећањем, предрасудама и недовољним познавањем новијих кретања, увелико превазиђено.⁴ Те промене се, дакако, одражавају и на питање верске наставе у француским државним школама. Мада је у Француској одвајање државе и цркве практично започело још пре 1905. године, и то баш законом који је 1882. године укинуо верску наставу у државним школама, ипак је био остављен простор за верско образовање, чак и у једној тако изразито лаицизираној држави. С једне стране гарантовао се један слободан дан у седмици, осим недеље, који је био намењен за верске потребе ученика, а у школама – лицејима је могао стално бити запослен духовник који је био на располагању ученицима за пружање духовне

⁴ Додуше, милитантном лаицизму нове импурсе даје израстање бројних култова и нових религијских покрета, питање коришћења фереца у школама, а поготово нарасли верски екстремизам.

помоћи. Сем тога, у Алзасу и Лорени, из историјских разлога, верска настава у државним школама се и даље несметано одвијала на класичним, конфесионалним основама. Крај осамдесетих година прошлог века, означио је постепени повратак религије у јавне школе, нарочито под утицајем растућег верског плурализма у француском друштву.

У новим околностима, када је и сам принцип лаицитета почео да се трансформише, питање верског образовања у јавним школама је такође дошло под лупу, поготово после чувеног Извештаја Министарству образовања Француске који је саставио Режи Дебре (*Régis Debray*), познати француски универзитетски професор и политичар.⁵ Овај Извештај је изазвао доста полемика, али је остала актуелна његова порука да је неопходно да се са „игнорантског лаицизма“ крене ка „лаицизму разумевања“, као и да је неопходно да се и у наставним плановима средњих школа предузму мере у том смислу, али и да се пажљиво састављају наставни програми. У дискусији која се потом развила у Француској, истицано је да верско образовање треба да првенствено обухвата когнитивни приступ религијским знањима (*fait religieux*), али да то не значи свођење верске наставе на друштвене и културолошке аспекте религије, него да мора обухватати и разумевање теолошких финеса. „Мада државне школе не знају да ли Бог постоји, оне знају и морају знати да постоје појединци и групе који верују да постоји, што дубоко условљава њихово индивидуално и друштвено биће“. На тај начин је дилема коју је отворио Дебреов Извештај створила две врсте страховања: с једне стране стоје страхови „милитантних лаициста и слободних масона да ће се верско образовање вратити у државне школе“, а с друге, страховање верника да би историјски и културолошки приступ могао редуковати верска питања са живе реалности на њену спољашњу манифестацију. И, коначно, како све то правно уредити?

За овим важним текстом следе прилози о верској настави у државним школама у Шпанији (*Gunther Dietz*), Русији (*Fedor Kozyrev – Vladimir Fedorov*), Естонији (*Pille Valk*), Енглеској (*Robert Jackson – Kevin O’Grady*), Холандији (*Ina ter Avest et al.*), Норвешкој (*Geir Skeie*) и Немачкој (*Thorsten Knauth*). Најзад, трећи део књиге чини само један прилог, чији је аутор познати холандски професор *Siebre Miedema*, у коме се даје упоредна анализа стања и проблема при регулисању верске наставе у европским земљама (*Contexts, Debates and Perspectives of Religion in Education in Europe. A Comparative Analysis*).

Књига која је пред нама представља драгоцен материјал за сваког законодавца који се буде ухватио у коштац са настојањем да ре-

⁵ R. Debray, *L’enseignement du fait religieux dans l’école laïque*, Rapport au ministre de l’Education Nationale, Paris 1992.

гулише деликатно питање верске наставе у државним школама. Резултати овог пројекта су не само од изузетног теоријског значаја, него у великој мери могу представљати оријентир за легислативу, али уз пуну свест о томе да је хармонизација права у овом сегменту скоро немогућа. То је последица дубоко укорјењених историјских, друштвених и политичких разлика и потреба, али и снажне традиције различитих модела верске наставе у различитим државама, што се мора респектовати поготово код овако осетљивих питања.

Др Борис Беговић*

Paul Collier, *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries Are Failing and What Can Be Done About It*,
Oxford University Press, New York 2007, стр. 205.

Неколико последњих деценија донело је фасцинантан и у модерној историји незабележен привредни раст у свету. Огроман број људи, нарочито оних у многољудним земљама Азије, нису више сиромашни. Ипак, нису сви били тако успешни. Око милијарду људи, који живе у шездесетак земаља, већином у Африци, нису окусили плодове привредног раста.

Тој милијарди људи са зачеља посвећена је нова књига Пола Колијера. У њој се могу пронаћи одговори на следећа питања у вези најсиромашнијих земаља: шта се с њима догађа, због чега се то догађа и шта може да се учинити да се то више не догађа? Већ у самом уводу, посвећеном одговору на прво питање, аутор указује на то да се више не може говорити о „земљама у развоју“ као о хомогеној групи, већ да постоје оне земље које се успешно развијају и најсиромашније земље света, којима то не успева. Ниске, чак и негативне стопе раста које су најсиромашније земље забележиле у последње три деценије прошлог века довеле су до тога да су оне почетком овог века, биле сиромашније него 1970. године, а неке од њих сиромашније него у време стицања независности. Њихов доходак *per capita* у просеку износи свега 20% тог дохотка осталих земаља у развоју, оних које напредују. Зашто је то тако?

Аутор идентификује четири основа разлога за то. Одбацујући концепцију замке сиромаштва, као свеобухватног објашњења неразвијености (према којој узрок неразвијености лежи у томе што сиромашни имају ниску стопу штедње, па не могу да финансирају инвестиције, што значи да нема привредног раста, па тиме заувек остају сиромашни), Колијер идентификује четири специфичне замке. Прва је замка конфликта, тј. непрестано понављање ситуације грађанског

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

рата (побуне) или државних удара. Такви конфликти умањују могућност привредног раста, а управо сиромаштво и ниска стопа раста представљају факторе који поспешују побуну и државне удари. Друга замка везана је за богате природне ресурсе, чија експлоатација представља главни извор прихода сиромашне државе. Услед неповољног дејства на макроекономске величине (раст вредности домаће валуте и умањење извозне конкурентности – у литератури познато као „Холандска болест“) и лоших ефеката на домаће институције, долази до истискивања ресурса из свих осталих делатности и земља се усредсређује на експлоатацију природних ресурса са свим негативним последицама на институције и привредни раст. Трећа је замка земље без приступа мору. Није реч само о географској изолованости, већ о слабој саобраћајној инфраструктури на коју се не може утицати, будући да је на територији суседне земље. Четврта замка је она о лошим државним политикама и лошој владавини. Оне, на дуги рок посматрано, практично онемогућавају привредни раст. Две веома важне поенте. Прво, да би најсиромашније земље оствариле одрживи привредни раст, потребно је да имају добре државне политике и добру владавину. Нису увек потребне обе ствари. Понекад су (Бангладеш, на пример) и само добре политике довољне. Друго, лоше државне политике, попут протекционизма, и лоша владавина не падају са неба, већ имају своје узроке у самим најсиромашнијим земљама. Један лежи у интересу оних који профитирају од тога, попут владара и њима блиских. Не треба заборавити, напомиње аутор, да се међу житељима најсиромашнијих земаља налазе и они чије је богатство завидно, а они добијају контрапродуктивним државним политикама и пљачкашком владавином. Чак и када постоји добра намера, најсиромашнијим земљама често недостаје знање да се формулише и спроводи добра државна политика, односно да се изграде одговарајуће институције и успостави добра владавина. За излазак из ове замке је од кључне важности преокрет, који, по мишљењу аутора, мора да потекне управо из тих земља. У њима се води борба између образованих, способних и храбрих људи, заговорника реформи, и оних који би, зарад својих парцијалних интереса, да немилосрдно спрече било какву промену.

Шта чини оквир у коме се све ово одвија? То је глобализација, оквир у коме је кључно питање шта која земља може да понуди свету. Азијске земље су, услед постојања јаза у надницама (трошковима рада), успеле да остваре конкурентну производњу радно-интензивних производа и да њима преплаве свет, одузимајући потенцијално тржиште најсиромашнијим земљама. Глобализација значи и повећану мобилност капитала и радне снаге, а то је довело до бекства оба та фактора из најсиромашнијих земаља. Уместо да локални богаташи (онолико колико их има) улажу у пројекте у сопственој земљи, они

то чине у другим, најчешће високоразвијеним земљама, а у те земље су отишли и сви они којима је доста животних услова које описују претходне четири замке. Отуда глобализација за најсиромашније земље, закључује аутор, представља већ „пропуштени воз“, онај који су ухватили азијске земље.

Шта је то што „ми“ можемо да урадимо да се милијарда људи помери са дна? За аутора се заменица „ми“ односи на житеље развијених земаља, које заступа група Г8. Прва опција јесте страна развојна помоћ. Чини се да аутор нема илузија о свим проблемима које генерише та врста помоћи, али закључује да она ипак може да помогне. Потребно је да се помоћ концентрише на, прво, најсиромашније земље и, друго, на најбитније пројекте – оне који омогућавају диверзификован извоз индустријских производа и услуга, који је једини одрживи извор раста. Ипак, Колијер закључује да они који руководе државним агенцијама које се баве пружањем те помоћи, односно они који раде у њима, немају подстицаје да примене овакву политику њеног пружања.

Војна интервенција је следећа полуга, пре свега у циљу одржавања мира и превенција, како би се избегле замка конфликта. Иако наводи један од примера успешне интервенције на том плану (Сијера Леоне), аутор указује на чињеницу да је интервенција у Ираку и њен спектакуларни неуспех довео до тога да се диктатори данас осећају сигурнима. Још је гори неуспех у Сомалији, који је довео до потпуног колапса државе. Промена закона у развијеним земљама (везаним за корупцију, контролу порекла новца итд.) којим се отежава деловање оне мањине у најсиромашнијим земљама који су добрим делом заслужни за њихово сиромаштво представља следећи предложени корак.

Кључни механизам је промена трговинске политике, која би довела до могућности да најсиромашније земље остваре раст извоза индустријских производа у развијене земље и тако остваре одрживи привредни раст. Предлаже се успостављање привременог бесцаринског преференцијалног третмана најсиромашнијих земаља, како би се оне заштитиле од извоза из азијских земаља.

Књига садржи обиље конструктивних предлога. Може се спорити да ли су сви подједнако уверљиви, али је извесно да се ради о низу веома конкретних и добро образложених предлога како променити садашње стање, односно како развијене земље могу да поспеше изабављења најсиромашнијих из пошасте немаштине. Какав преокрет у односу на 1970-те године и празну причу о „новом међународном економском поретку“, која је почињала и завршавала се констатацијом да је „постојећи поредак неправедан“! Заиста, свет напредује, не само у погледу привредног раста.

Књига је писана лаганим стилем и разумљива је и онима који не владају терминологијом економске струке. Такав стил је у складу са циљем књиге – анимирање широке јавности развијених земаља, како би се остварио одговарајући помак у погледу њихових државних политика према најсиромашнијим земљама.

Да ли у свему томе има места за Србију? Србија је још увек опседнута сама собом и својом судбином. Многи у Србији су заборавили да постоји и свет изван Хага и Брисела. А свет се променио, дешавају се многе нове ствари. За оне у Србији који су интелектуално радознали, који сматрају да место наше земље у свету треба да буде нешто више од пуког истицања пароле „Србија је свет!“, онима који желе да (п)остану део света, ова књига ће пружити велико задовољство.¹

¹ Заинтересовани могу да преслушају занимљив разговор с аутором, користећи документ у *MP3* формату који се може наћи на http://www.econtalk.org/archives/2008/01/collier_on_the.html.

Милош Здравковић*

Џон Финис, *Природно право*,
ЦИД, Подгорица 2005, стр. 454.

(Наслов оригинала: John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*,
Clarendon Press, Oxford 1980.)

Подгорички издавач ЦИД је, бар у правничким круговима, постао препознатљив можда и понајвише објављујући преводе дела великих правних теоретичара и филозофа. У кругу тих великана правне науке чији су преводи дела изашли у оквиру ове издавачке куће, налазе се изузетно утицајни англосаксонски аутори попут Харта, Ролса, Дворкина, Раза, Финиса и других. Тим избором, подгорички издавач је домаћој публици, а првенствено заинтересованим студентима и последипломцима, омогућио да се на свом језику (нека овде буде заобиђено питање о различитим називима тог језика) упознају са репрезентативним делима ових великих аутора.

Џон Финис је тренутно један од најзначајнијих филозофа и теоретичара права. Своје јуснатуралистичке идеје је на систематски начин први пут представио баш у овој књизи, коју је с енглеског превео проф. др Милорад Ивовић. Овде би требало рећи да превод наслова није сасвим тачан, прецизније, да није комплетан. Чини се да би адекватнији превод наслова био „Природно право и природна субјективна права“. У међувремену Финис је објавио још неколико књига и десетине чланака, али је *Природно право* остало његово најзначајније дело.

Оно што је особено за Финиса и што га разликује од осталих модерних јуснатуралиста попут Фулера и Дворкина, јесте покушај да изнова заснује целовиту замисао природног права. У том свом покушају Финис се умногоме ослонио на филозофске тековине Аристотела и Томе Аквинског, тако да се његов приступ проблему природног права налази негде између модерног и традиционалног.

Финис сматра да постоје основна људска добра, вредности којима људи могу да теже само због самих тих вредности, а не увек

* Аутор је асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

зато што им оне служе инструментално – ради остваривања неких других вредности и циљева. По Финису постоји седам основних људских добара: живот (и здравље), знање, игра, естетско искуство, друштвеност (пријатељство), практична разборитост и религија. Облици људских добара јесу небројени, али Финис тврди да су сва та добра само комбинација неких од основних добара која су, овде Финис следи Тому Аквинског, сама по себи очигледна. Идентификација основних људских добара представља први ниво Финисове моралне филозофије.

Но, поставља се питање како човек може да партиципира у овим облицима основних добара, како да их да их оствари. Због овог разлога Финис постулира други ниво своје етике који говори о принципима ваљаног избора понашања који води ка основним добрима. Заправо, основна начела руководе од суда о томе шта су основна добра, до закључка о томе шта је исправно да се чини овде и сад. Финис наводи девет принципа практичне разборитости, а неки од њих су: треба имати један рационалан и кохерентан животни план, треба делати на опште добро заједнице, треба у свакој радњи и акту поштовати сва основна људска добра, треба следити налоге своје савести, итд. Производ свих ових основних начела практичне разборитости јесте моралност, јер се сваки од ових принципа може сматрати видом моралне обавезе или моралне одговорности.

У основи различитих теорија природног права лежи став да су морал и право међусобно повезани. Тако Финис дефинише природно право као скуп основних начела људске разборитости којима се уређује људски живот, као и начела којима се уређује људска заједница. С друге стране, без делотворног правног поретка није могуће замислити остварење највећег броја основних добара, и управо зато позитивно право игра круцијалну улогу у Финисовој правној филозофији. Дакле, поставља се питање како је Финис у својој књизи решио однос између природног и позитивног права.

Прво, садржај позитивног права није потпуно одређен прихватањем идеја природног права. Позитивно право на различите начине инкорпорира у себе начела природног права, тако да је и његов садржај променљив. Такође, постоје читави делови позитивног права (на пример, правила саобраћаја) који скоро и да нису одређени овим начелима. Друго и важније, однос природног и позитивног права Финис сагледава користећи се Аристотеловим методом дефинисања познатим као утврђивање жаришног, фокалног значења. Као што је Аристотел правио разлику између три врсте пријатељства и правим пријатељством назвао само оно које се заснива на моралном добру, тако Финис прави разлику између права које испуњава главна начела природног права и права које у мањој или већој мери својим прописима крши та начела. Главни задатак идеје природног права по Фи-

нису је да одреди шта је то идеал права коме позитивно право треба да тежи, а не одређивање критеријума важења позитивног права у његовој усклађености с природним. Суштина односа између природног и позитивног права се огледа управо у овој сагласности, односно несагласности. Позитивно право које је у сагласности с природним обавезује појединца и правно и морално, односно само правно тамо где сагласност не постоји. Дакле, и неправедан закон је у ограниченом смислу правно валидан и правно обавезујући под условом да потиче из овлашћеног извора, да га примењују судови или други државни званичници и да се о њему, попут других закона, убичајено говори као закону. Имајући ово на уму, позитивно право се у свом жаришном значењу може дефинисати као скуп правила која смерају општем добру заједнице.

Финисове идеје изнете у књизи *Природно право* наишле су на одличан пријем како код теоретичара природног права, тако и код доследних позитивиста. Генерално посматрано, разлике између природноправних и позитивистичких теорија нису више тако велике какве су биле раније. Те две школе мишљења свакако нису „два добро утврђена и чувана непријатељска табора“ како је Лео Штраус говорио средином прошлог века. Ствари су се битно промениле од тада, тако да уместо о непремостивим разликама, данас би се пре могло говорити о комплементарности ова два главна приступа проучавању проблема права. Дobar део заслуга што је то тако припада и Џону Финису.

Ово што је речено довољно указује на велики значај објављивања ове књиге на нашем језику, али би ваљало поменути још нешто. Познато је да је код нас дискрепанција између позитивног права и његове примене, с једне стране, и основних принципа правде, с друге, увек, мање или више, изражена. Тако је било кроз нашу целокупну модерну историју, а тако је и сада. Бројни проблеми су узрок оваквог стања, а чини се да њихово успешно решавање зависи и од образовања будућих правника. Упућивање младих правничких нараштаја да, поред познавања позитивног права, усвоје и одређена начела практичне разборитости, начела која неће пронаћи читајући само законске текстове, повећава изгледе да и код нас правни систем постане праведнији.

Нина Кршљанин

студент четврте године

Правног факултета Универзитета у Београду

FORUM NON CONVENIENS

Конкурентна међународна надлежност доводи до појаве познате као forum shopping – опортунистичког избора суда пред којим ће се тужити. Англосаксонско право на њу одговара установом forum non conveniens – могућношћу да суд одбије надлежност, јер је алтернативни страни форум погоднији. Од краја XIX века у Шкотској, до савремених система Енглеске и САД, ова установа се развија до препознатљивих црта, а своје модерно лице добија 1987. године у Енглеској, у случају Spiliada, где су постављена два услова за примену – да постоји очигледно прикладнији страни форум и да правда не захтева да се суди у Енглеској. Међутим, после доношења Брисел I Регулative Европске уније, његова примена је онемогућена, што је и потврђено у случају Owusu v Jackson. Данас остаје карактеристичан за САД, али расту примедбе да служи за заштиту мултинационалних корпорација.

Кључне речи: *Forum non conveniens*. – Одбијање надлежности. – Англосаксонско право. – *Forum shopping*. – Судска надлежност по Брисел I Регулative.

1. УВОД: МЕЂУНАРОДНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ И FORUM SHOPPING

Међународна судска надлежност је компетенција националног правосуђа на међународном плану, делокруг у којем „има право и дужност да поступа“¹. Упркос покушајима партикуларне унификације ове материје путем међународних конвенција, пре свега из породичног и статусног права,² опште је правило да је прописују зако-

¹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2007, 493.

² Кроз активност Хашке конференције и на нивоу Европске уније.

ном саме државе. Природну жељу сваке од њих да што већи број ситуација обухвати својом јурисдикцијом ублажава не само свест о потреби међународне хармонизације, већ и свест о вероватноћи признања у иностранству одлука донетих путем нелегитимно „растегнуте“ надлежности. Тако се државе при одређивању надлежности руководе интересом сопственог суверенитета, интересима странака и интересом ефикасног и правичног вођења поступка.

Искључива међународна надлежност – надлежност правосуђа једне земље уз искључење свих осталих – веома је ограничена појава. Државе је предвиђају само у стварима које су у тако блиској вези с домаћим поретком да би препуштање вођења поступка судовима стране државе било у посебном сукобу са домаћим интересима.³ Далеко чешћи случај је конкурентна надлежност – ситуација у којој више држава сматра своје правосуђе надлежним да поступа у одређеној ствари, а ниједна је не убраја у искључиву јурисдикцију и признање поводом ње донете стране одлуке. Тако странке (тачније тужилац)⁴ обично могу одабрати најпогоднији форум, по правним и ванправним критеријумима. Тај одабир земље где ће се поднети тужба на англосаксонском подручју носи назив *forum shopping*.⁵

И на унутрашњем, и на међународном плану је нормално да тужилац пре подношења тужбе размисли где му највише одговара да то учини. Релевантни фактори који на то утичу су: процесна правила земље суда, њене колизионе норме, став према страном праву, могућност признања страних одлука,⁶ трошкови поступка, симпатије које странка може имати код судија, могућност утицаја на избор пороте (у англосаксонским земљама),⁷ просек трајања те врсте спорова. У случају већих разлика међу потенцијалним форумима може доћи до тога да избор форума практично гарантује одређени исход спора.

³ Рецимо, наш Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, предвиђа само седам случајева искључиве надлежности судова, који сви спадају у породично право или спорове око права на некретностима – области за чију контролу одувек постоји висока заинтересованост државе.

⁴ Ако се странке договоре пред који суд ће изнети спор, већ говоримо о пропрогираној надлежности.

⁵ Фраза *shopping for a forum* је први пут употребљена у пресуди 1942, а термин *forum shopping* 1951. године. В. „Forum shopping reconsidered – introduction notes“, *Harvard Law Review* 103/1989–1990, 1677.

⁶ Тако Јунгер наводи пример из САД, где су 40-их година многи парови ишли у федералне јединице са најлибералнијим правом да би се развели, будући да је Врховни суд донео одлуку о аутоматском признавању одлука о разводу све док је један од супружника домицилиран у држави форума. В. ближе F. K. Juenger, „Forum Shopping, Domestic and International“, *Tulane Law Review* 63/1989, 558.

⁷ В. „Forum shopping reconsidered“, 1678–1679. Ово је поготово честа појава у САД, будући да је тамо *forum shopping* и на унутрашњем нивоу врло честа, чак редовна појава.

Тиме тужилац добија диспропорционалну предност, а спорни материјалноправни односи се претачу у процесноправну трку чији победник има већу шансу за победу у парници, па судови обично имају негативан став према *forum shopping*-у. У континенталним земљама се на ову појаву можда гледа попреко, али се толерише, бар на националном нивоу; међународне конвенције се (углавном безуспешно)⁸ труде да унификацијом правних правила редукују *forum shopping*. Англосаксонско право⁹ је развило ефикасан одбрамбени механизам – установу *forum non conveniens*.

2. FORUM NON CONVENIENS – ПОЈАМ И ПОРЕКЛО

Доктрина *forum non conveniens* омогућава суду да одбије да за-
снује међународну надлежност, упркос чињеници да су за то испуње-
ни сви услови које домаће право предвиђа, позивајући се на аргумент
да је форум који је тужилац одабрао неприкладан, односно да по-
стоји далеко природнији суд за вођење конкретног поступка.¹⁰

2.1. Историјски развој

Концепт ове установе настао је у шкотском праву 1892. године,
у одлуци Лорда Кинеара (*Kinnear*) у случају *Sim v Robinow*,¹¹ мада се
зачеци овог схватања могу видети и раније у XIX веку.¹² Убрзо пре-
лази на тло САД, где је први пут афирмисана у случају *Gulf Oil v*
Gilbert 1947. године (мада неки аутори налазе њен извор још у
Willendson v Forsoket из 1801. године), у одлуци Врховног суда по

⁸ Ферари (*Ferrari*) сматра да би уместо критиковања *forum shopping*-а треба-
ло више пажње обратити на разлоге који стоје иза противљења истом. В. више F.
Ferrari, „‘Forum Shopping’ Despite International Uniform Contract Law Conventions“,
International and Comparative Law Quarterly, 51/2002, 689–707.

⁹ Ова установа постоји у неким континенталним системима. Такав пример
је Квебек, где се, упркос цивилном систему, *forum non conveniens* примењује као
изузетно овлашћење, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (ed. Sir Lawrence Col-
lins), London 2004, 139.

¹⁰ За дефиниције видети: P. M. North, J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private*
International Law, Oxford University Press Inc., New York 2004, 334; P. Nygh, „Declin-
ing Jurisdiction under the Brussels I Regulation 2001 and the Preliminary Draft Hague
Judgments Convention: a Comparison“, *Reform and Development of Private International*
Law, Oxford University Press, Oxford 2002, 322; A.J. Mayss, *Principles of Conflict of*
Laws, Cavendish 1998, 24–25; T. Варади. *et al.*, 510.

¹¹ *Ibid.*.

¹² На пример, у случајевима *MacMaster v MacMaster* из 1833. и *M'Morine v*
Cowie из 1845, R. A. Brand, „Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One
Rationale for a Global Choice of Court Convention“, *Reform and Development of Private*
International Law, Oxford University Press, Oxford 2002, 64.

тужби становника државе Вирџинија, поднетој у Њујорку против пенсилванијске корпорације која је немарним обављањем својих послова у Вирџинији узроковала експлозију и пожар који је уништио тужиочево складиште. Потврђена је првостепена одлука којом је одбијена надлежност по *forum non conveniens*-у, уз образложење да је Вирџинија, као место настанка штете, далеко прикладнији форум. Судија Џексон (*Jackson*) ту наводи како „*the proposition that a court having jurisdiction must exercise it, is not universally true*“.¹³ Судовима се саветује да ово овлашћење користе пажљиво, само ако су суочени са знатним дисбалансом, вагајући и приватне и јавне интересе.¹⁴

Енглеској је требало више времена да прихвати ову доктрину. Међу пресудама с краја XIX века, истина, има случајева када су енглески судови одбијали да заснују надлежност, али је увек тужени био странац. У образложењима се наводи да треба у сваком конкретном случају размотрити да ли је енглески форум погодан за одлучивање о правима странца који по *common law*-у не дугује суду лојалност и послушност, а и тада, надлежност је заснивана ако је вероватноћа да ће се правда остварити у другом форуму била ниска.¹⁵ Међутим, био је потребан готово цео век да се исти принцип прошири и на домаће држављане.

Испрва, одбијање заснивања надлежности је дозвољено ако би суђење у Енглеској представљало узнемиравање или шиканирање. Тако, у *St Pierre v South American Stores Ltd*, 1936, судија Скот (*Scott*) наводи, образлажући да балансирање погодности странака није довољно, два потребна услова: 1) *позитиван* – да тужени увери суд да би вођење поступка довело до неправде, пошто би га узнемиравало или би на други начин представљало злоупотребу судског поступка и 2) *негативан* – да одбијање надлежности не би нанело неправду тужиоцу – што такође тужени има да докаже.¹⁶ Овакво постављање услова је дало основ врло уској примени института: не само што је било нужно да се ради о злоупотреби права тужиоца, већ је туженом задат тежак услов доказивања негативне чињенице. Ипак, био је то први корак у процесу либерализације. Наредни је начињен 1974. године, у случају *The Atlantic Star*, где је Дом Лордова увео флексибилно тумачење услова из *St Pierre* – конкретно, закључивши да су испуњени с обзиром на резултат који би настао за тужене ако би се поступак водио у Енглеској, упркос непостојању зле намере на страни тужиоца.¹⁷

¹³ 330 US (1947), 504; наведено према *ibid.*, 66.

¹⁴ *Ibid.*, 67.

¹⁵ P. Nygh, *l. c.*

¹⁶ Наведено према A. J. Mayss, 24.

¹⁷ B. Sahni, „Limitations of Access at the National Level: Forum Non Conveniens“, *Gonzaga Journal of International Law* 9/2006, 123.

У *MacShannon v Rockware Glass Ltd* 1978, четири запослена тужила су енглеску компанију лоцирану у Шкотској за накнаду штете проузроковане несрећама на раду у небезбедном радном окружењу. Дом Лордова је одбио да се огласи надлежним у корист Шкотске, притом редефинишући услове из *St Pierre* случаја, како би били прецизнији и прикладнији. Лорд Диплок (*Diplock*) их је формулисао као: 1) *позитиван* – да тужени увери суд да постоји други форум у којем правда може бити остварена уз значајно мање неугодности и трошкове и 2) *негативан* – да одбијање надлежности не ускраћује тужиоцу легитимну личну или правну предност која би му била доступна пред енглеским судом.¹⁸

Финални корак у прихватању *forum non conveniens*-а у Енглеској је одлука Дома Лордова у *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* из 1987, у којој су постављени основни принципи на којима ће се он убудуће заснивати.¹⁹ Коначно је прихваћено да је енглески принцип заустављања поступка по примени изједначен са шкотским *forum non conveniens*²⁰ (лорд Гоф се позива на одлуку лорда Кинеара у *Sim v Robinow* као један од одлучујућих критеријума), и да је небитно да ли је тужени држављанин Енглеске. Услови постављени у овом случају, а потврђени 1998. у *Connolly v RTZ Corporation Plc* се и данас примењују.

2.2. Основи примене у енглеском праву

По начелима постављеним у случају *Spiliada*, основни принцип је да ће се *forum non conveniens* применити само ако суд буде уверен да постоји други форум који је доступан странкама и надлежан, а који је прикладан у конкретном случају. Под прикладним се подразумева да ће се тамо поступак водити на начин подеснији за интересе свих странака и циљеве правде.²¹ Ова одлука лежи на првостепену суду, и генерални став је да апелациони судови не треба да се мешају, јер то даје другачију тежину битним факторима.

У великом броју случајева који су уследили после случаја *Spiliada* судови нису гледали даље од овог основног начела. Међутим, Лорд Гоф је дао упутства за примену ове установе у виду изведених принципа: 1) да ли постоји други доступан форум који је

¹⁸ *Ibid.*, 124; A. J. Mayss, 25.

¹⁹ О њима ће више речи бити ниже.

²⁰ Ова чињеница је своју праву афирмацију добила тек у случају *Spiliada*, мада је споменута три године раније, у случају *The Abidin Daver*, познатом по изјави лорда Диплока „*judicial chauvinism has been replaced by judicial comity*“, A. J. Mayss, 25; P. M. North, J. J. Fawcett, 335.

²¹ „...in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.“ Наведено према *ibid.*, 336.

очигледно прикладнији од енглеског, и 2) да ли суђење у том форуму задовољава захтеве правичности тако да одговара како интересима странака, тако и идеји правде. Реч је о поступку из два степена, од којих сваки можемо поделити у неколико фаза. У првој фази првог степена утврђује се да ли постоји други доступан форум, а у другој да ли је он очигледно прикладнији. У другом степену се прво процењују интереси странака и одређује колики значај им се има придати, а онда се „квалитет правде“ која се у том систему може прибавити пореди са стањем пред енглеским судовима. Сваки аспект се процењује по околностима које постоје у тренутку подношења захтева; међутим, схватање судова је да се у оправданим случајевима може уважити и промена околности до почетка расправе.²²

Да би суд уопште разматрао примену установе *forum non conveniens*, тужени који то захтева мора прво доказати да постоји страни форум доступан странкама. Под „доступношћу“ се регуларно подразумева правна и фактичка могућност да тужилац отпочне поступак пред страним судом. У пракси се поставило питање да ли је то све што овај појам обухвата. У случају *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* из 1996. године, где је Ирачанин поднео тужбу против кувајтске банке за коју је претходно радио у Кувајту, Апелациони суд је закључио да, с обзиром на немогућност тужиоца да лично отпутује у Кувајт и дипломатске рестрикције које би утицале на његову могућност да тамо има заступника којег ће сам изабрати и којем ће дати детаљна упутства у вези са вођењем поступка, Кувајт није доступан форум у практичном смислу, чиме је изменио одлуку првостепеног суда који је одобрио заустављање поступка. Истакнуто је да је за питање доступности битно одредити и да ли је вероватно да ће правда бити остварена. Суд би, по овом схватању, требало да разликује две врсте неправде. Прва се односи на доступност алтернативног форума и разматра се у првој фази случаја, па је на туженом терет доказивања да овакве неправде неће бити. Друга врста нема везе са доступношћу форума и биће разматрана тек у другој фази. Уз ово образложење, судија Еванс (*Evans*) је наведене околности сврстао у критеријуме за одређивање доступности форума, док тврдње да тужилац у Кувајту не би добио поштено суђење због непријатељског односа према Ирачанима нису узете у обзир, будући да је оцењено да спадају у другу фазу примене института. Преовлађујуће теоријско мишљење је, ипак, да оцену доступности форума треба ограничити на питање надлежности, док разматрање могућности остварења правде треба оставити за другу фазу поступка. Ово потврђује и каснији резон Апелационог суда (у другачијем сазиву),

²² *Ibid.*, 337.

као и одлука Дома Лордова 1998. године у (поменутом) случају *Connelly v RTZ Corporation Plc.*²³

Када се установи да постоји други доступан форум, потребно је утврдити да је он *очигледно прикладнији* од енглеског. Није довољно доказати да Енглеска није природан форум за дотични случај, нити утврдити постојање одређене погодности за спровођење поступка пред страним судом. Треба одредити са којом земљом случај има најјачу материјалну везу, а за то је релевантан већи број фактора подобних да је створе. С обзиром на непредвидљивост и разноликост животних ситуација, не можемо дати исцрпну листу фактора, али можемо навести најчешће.²⁴

Пре свега, суд ће размотрити територијалне везе странака и доказа. Ако странке и сведоци имају пребивалиште у иностранству, ако су тамо докази чији би транспорт био отежан или немогућ, очигледно је да је страни форум прикладнији. На специфичан начин је релевантно и супарничарство. Ако тужилац има повезане захтеве према више тужених, сматраће се да је Енглеска прикладан форум за све њих ако је прикладан бар за неке, а могуће је заједно (спајањем поступка) одлучити о свим захтевима. *Ratio* ове праксе јесте да је овакво поступање логичније него вођење поступка према сваком туженом у земљи која је за њега најприкладнији форум и консекветна подела сродних захтева у више засебних поступака.²⁵

И постојање међународне литиспенденције је битан фактор за одлучивање о *forum non conveniens*-у. По традиционалним *common law* принципима, суд, мада се труди да води рачуна о томе да не доведе до постојања различитих пресуда о истој ствари у више земаља, нема обавезу да прекине поступак уколико сазна да се он већ води у другој земљи. Ако је поступак пред страним судом започет тек пар дана пре енглеског, мало је вероватно да ће се овај фактор уважити. Ако је, пак, страни поступак у поодмаклом степену и може се ускоро очекивати пресуда, сматраће се да је страни форум при-

²³ Реч је о тужби радника домицилираног у Шкотској против послодавца, енглеске компаније чији је огранак у Намибији руководио рудником уранијума у којем је тужилац радио и оболео од рака. Првостепени суд је применио *forum non conveniens*, али је Апелациони суд преиначио ту одлуку, јер је тужиоцу финансијска помоћ била доступна у Енглеској, али не и у Намибији. Ово је потврдио и Дом Лордова, уз оградe да се ради о изузетку, *ibid.*, 341–342. Ипак, случај *Connelly* би имао већи ауторитет у овом пољу да је подигнуто питање доступности форума и овај аргумент одбачен као ирелевантан за њено одређивање.

²⁴ У овоме се претежно руководимо систематиком коју у својем делу користе Кларксон и Хил.

²⁵ C. M. V. Clarkson, J. Hill, *The Conflict Of Laws*, Oxford University Press Inc., New York 2006, 107. Наравно, ово се односи на формалне супарничаре.

кладнији.²⁶ Исто, *mutatis mutandis*, важи и за пророгационе споразуме.²⁷ Утицај може извршити и симултано постојање *сличних* поступака – с различитим странкама, али истим правним и сродним чињеничним питањима. Ово је познато као *Cambridgeshire* фактор, по имену брода чији су власници у време *Spiliada*-е већ били започели поступак против истог туженог са сличним захтевом. Дом Лордова и ово наводи као разлог за примену *forum non conveniens*-а.²⁸

Мада у овој фази поступка примат имају релевантне чињенице, битан фактор је и меродавно право. Сматра се пожељним да случајеве који се фокусирају на спорним правним питањима решавају судови земље чије је право меродавно. Ово се поготово истиче ако се постави питање енглеског јавног поретка, у којем случају је извесно да се *forum non conveniens* неће применити.²⁹ Ако важне (и/или многобројне) доказе чине документи, битан је и језик на којем су писани.³⁰ Разлози нису само трошкови и време превођења, већ и схватање да превод, посебно ако су у питању правни документи, који садрже врло прецизне изразе и институте специфичне за домаће право, може довести до грешака и неспоразума у тумачењу.

Када се размотре све околности, даљи поступак зависи од закључка до којег се дошло. Ако суд утврди да нема очигледно прикладнијег форума, односно да је Енглеска природан форум, одбиће захтев туженог (мада постоје примери у којима су судови доносили ову одлуку тек по разматрању *свих* околности случаја³¹); ако закључи да постоји очигледно прикладнији форум, прећи ће на другу фазу.³²

У овој фази терет доказа прелази на тужиоца. Он мора доказати да правда захтева да се суди у Енглеској, то јест да не би била остварена пред страним судом. Ово питање се своди на предности које би он имао ако би се поступак водио у Енглеској: како Лорд Гоф

²⁶ Види *ibid.*, 106–107. Ово гледиште се мења под утицајем Брисел I Регулative, која налаже стриктно поштовање *lis alibi pendens*. О њеном утицају на *forum non conveniens* биће речи даље.

²⁷ P. M. North, J. J. Fawcett, 339.

²⁸ C. M. V. Clarkson, J. Hill, 107. Ово је и логично због прецедентне природе енглеског система.

²⁹ Како се наводи, то је не само због трошкова и дуготрајности прикупљања исказа енглеских правних стручњака, већ зато што се питање енглеског правног поретка не може правилно решити ни пред једним страним судом, *however distinguished and well instructed, ibid.*, 108.

³⁰ Тако, уколико је већина документације на страном језику, то ће бити разлог да се надлежност препусти форуму земље којој је тај језик домаћи и обрнуто.

³¹ Сматрајући да је најбитније изнаћи шта правда захтева у датом случају, и да је зато потребно размотрити све факторе за и против *forum non conveniens*-а. Овако детаљни поступци већином нису присутни пре случаја *Spiliada*.

³² P. M. North, J. J. Fawcett, 340–341.

наводи у *Connely*, „if a clearly more appropriate forum overseas has been identified, generally speaking the plaintiff will have to take that forum as he finds it, even if it is in certain respects less advantageous to him than the English forum“.³³ Најтежи задатак суда у овој фази је разграничавање фактора који су само предност за тужиоца и оних чије би одсуство представљало ускраћивање правде.³⁴

Најочигледнији индикатор немогућности остварења правде била би чињеница да судство у земљи прикладнијег форума није независно, али овакви случајеви су ретки, а свакако стављају пред тужиоца тежак задатак да пружи конкретне доказе. Слична ситуација (али, лакша за доказивање) постоји ако тужилац докаже да у тој земљи не би добио праведно суђење из политичких или идеолошких разлога.³⁵ Ово се односи чак и на случајеве када би тужилац у страни земљи био подложен кривичном гоњењу и/или кажњавању.

Брзина правде је још један логичан фактор. Ако у страни земљи постоји дуг период чекања пре него што тужба дође на ред за суђење, или поступци трају неразумно дуго, суд неће уважити захтев туженог. Овај фактор је врло релативан (пошто од врсте и околности случаја зависи шта представља оптималну брзину суђења) па се не узима у обзир олако, већ тек у екстремним случајевима, кад уобичајено одлагање износи десетак или више година.³⁶

Меродавно право може бити релевантно и у овој фази. Ако колизионе норме стране земље указују на право по којем би захтев тужиоца био дискутабилан и скоро извесно одбијен, а енглеске на право по којем он има шансе за успех, треба судити у Енглеској. Такође, ако је захтев тужиоца већ застарео по праву које би се применило у иностранству, а он није злонамерно или немарно пропустио да подигне тужбу, суд ће одбити захтев туженог, осим ако он пристане да се пред страним судом одрекне застарелости, односно не искористи тај приговор. Релевантно је и ако би страни суд досудио несразмерно малу накнаду штете, али не и сама чињеница да страно право не познаје институт *punitive damages*.³⁷

Битна је и предност коју тужилац има ако се поступак води у Енглеској. Колико год да није одлучујући фактор, не би смела бити занемарена, поготово ако се ради о значајној предности. Она може бити лична (на пример, ако је тужилац Енглез, па би тиме добио по-

³³ Наведено према *ibid.*, 342.

³⁴ Tj. *denial of justice*, в. C. M. V. Clarkson, J. Hill, 108–109.

³⁵ Тако је у случају *Oppenheimer* из 1937. године енглески суд засновао надлежност упркос прикладнијем форуму Немачке, јер је тужилац био Јеврејин и не би добио правично суђење. (*Ibid.*, 111.)

³⁶ P. M. North, J. J. Fawcett, *l. c.*

³⁷ *Ibid.*, 342–343 и C. M. V. Clarkson, J. Hill, 109–111.

вољнији третман) или правна (ако му више одговарају норме које би се примениле пред енглеским судом)³⁸, али мора испунити три услова: 1) да је *стварна*, односно објективна: не узима се у обзир уверење тужиоца да би имао предност у Енглеској; 2) да постоји у *односу на форум за који је утврђено да је прикладнији*, односно да се не може остварити пред управо тим страним форумом, и 3) да је *легитимна*, односно да тужилац не намерава да је оствари злоупотребом права или шиканирањем туженог.³⁹ Једно време се овом фактору придавао велики значај, тако да је већ чињеница да тужилац у Енглеској има знатну предност била довољна да суд одбије захтев туженог. Ова тенденција је прекинута у случају *Spiliada*, али то не значи да се овај фактор не узима у обзир; штавише, у неким посебним околностима његов значај расте.⁴⁰ Такође, ако погодност за тужиоца не укључује аналогну непогодност за туженог – а посебно ако погодује обема странкама – заустављање поступка би се, ако нема других јачих фактора који говоре у његов прилог, могло сматрати неправдом.

Упркос врлинама, постоји мишљење да *Spiliada* принцип фаворизује домаћи форум, дајући тужиоцу две шансе: захтев туженог ће се одбити и ако он не докаже да постоји прикладнији форум, и ако тужилац докаже да пред њим неће бити остварена правда, док тужени нема (ако се утврди да је Енглеска најприкладнији форум) право да доказује да захтеви правде неће бити задовољени у Енглеској.⁴¹ Не прихватајући га безрезервно, треба имати у виду да ни *Spiliada* није савршено решење каквим се некада представља.

3. *FORUM NON CONVENIENS* У ЕВРОПИ И БРИСЕЛ I РЕГУЛАТИВА

3.1. Решење Брисел I Регулative и ранији случајеви

Брисел I Регулative, као наследница Бриселске конвенције о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године, представља засад најјачи

³⁸ Иако се то делимично поклапа са оним што се разматра при оцени могућности остварења правде, треба водити рачуна да је овде реч о мањој разлици између права, па суђење у иностранству за тужиоца није ускраћивање правде, већ само погоршавање процесне позиције.

³⁹ Мада има и других примера када се оцењује као нелегитимна, в. Р. М. North, J. J. Fawcett, 343–344.

⁴⁰ Занимљиво је да лорд Гоф, између осталог, наводи да има основа за придавање већег значаја предности коју тужилац има у Енглеској у случајевима када страни форум заснива надлежност на неком егзорбитантном основу, као што је краткотрајно присуство туженог на територији државе – што је веома слично енглеском заснивању надлежности по месту уручења тужбе туженом! *Ibid.*, 345–346.

⁴¹ C. M. V. Clarkson, J. Hill, 112.

инструмент унификације грађанског процесног права на нивоу Европске уније.⁴² По овој регулативи, општа надлежност се у оквиру ЕУ увек заснива по домицилу туженог,⁴³ од чега се може одступити само у таксативно набројаним случајевима посебне надлежности.⁴⁴ Ако више држава испуњава услове за надлежност, она ће бити заснована (путем обавезне међународне литиспенденције) у оној пред чијим судом је раније започет поступак.⁴⁵ Самим тим, примена *forum non conveniens*-а у Енглеској, ако је алтернативни форум друга земља-чланица, постаје немогућа. Међутим, питање о којем Регулатива не говори ништа – и које је постало предмет бројних спорова и теоријских расправа – јесте могућност да се овај институт примени у корист судова државе нечланице.

Иако су постојала мишљења да је и у овим случајевима примена *forum non conveniens*-а немогућа, од њих је енглески Апелациони суд одступио у случају *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd*, зауставивши поступак у корист Аргентине, где је пословала тужена енглеска компанија. *Ratio* одлуке било је уско тумачење циљева Бриселске конвенције: суд је резонувао да је претежни циљ Конвенције лако признање и извршење одлука међу чланицама Европске уније – циљ на чије остварење не утиче одрицање од надлежности у корист нечланице, будући да и ако би се пресуда донела у Енглеској, њено признање се не би тражило ни у једној другој чланици. Када је случај стигао до Дома Лордова, он је упутио неколико питања Европском суду правде; међутим, спор је окончан пре него што је на њих одговорено.⁴⁶ Одговор на ово питање је нађен деценију касније, у случају *Owusu v Jackson*. Тужилац, домицилиран у Енглеској, покренуо је поступак за накнаду штете проузроковане тешком телесном повредом коју је претрпео купајући се на приватној плажи изнајмљене виле на Јамајци – а која је довела до квадриплегије – против закуподавца (такође домицилираног у Енглеској) и пет јамајканских правних лица која су поседовала, односно имала право да користе плажу, уз обавезу да учествују у њеном одржавању. Тужени су захтевали да се заустави поступак у корист Јамајке. Апелациони суд је поставио питање могућности заустављања поступка у корист нечланице Европском суду правде.

⁴² Она обавезује све чланице осим Данске, која још увек примењује Бриселску конвенцију.

⁴³ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Chapter II, Section 1, Article 2.1.

⁴⁴ Види *ibid.*, Section 2–7; овде се убрајају и искључива, и пропрогирана надлежност.

⁴⁵ *Ibid.*, Section 9.

⁴⁶ Види C.M.V. Clarkson, J. Hill, 114 и R. Fentiman, „Civil Jurisdiction and Third States: *Owusu and After*“, *Common Market Law Review* 43/2006, 710.

3.2. Одлука Европског суда правде у случају *Owusu v Jackson*

Пред Европским судом правде су постављена два питања. Прво, да ли је у нескладу са Бриселском конвенцијом да, ако тужилац тврди да је надлежност заснована на чл. 2. Конвенције, суд државе чланице примени дискреционо овлашћење које му даје национално право и одбије да води поступак против особе домицилиране у тој држави у корист судова државе нечланице, и то: а) ако не постоји питање надлежности ниједне друге државе чланице Конвенције; б) ако нема фактора који би повезивали поступак са било којом другом државом чланицом? Друго, ако је одговор на прво питање, било под а) или б), позитиван, да ли је то у нескладу под било којим околностима или само неким, и, ако је тако, којим?⁴⁷

За одговор на прво питање суд је морао установити да ли се чл. 2. уопште примењује у датом случају, будући да су обе стране домицилиране у истој држави, односно да је једини страни елемент веза са државом нечланицом. Закључено је да ништа у чл. 2. не указује да је услов за његову примену заинтересованост већег броја чланица; за постојање међународног елемента неопходног за примену конвенције довољно је да једна од заинтересованих држава буде чланица Конвенције.⁴⁸ Такође је наглашено да примарни циљ Конвенције – хармонизација унутрашњег тржишта Европске уније путем обезбеђења слободног признања и извршења пресуда међу државама чланицама – није њен једини циљ, односно не условљава њену примену. Пошто је примена чл. 2. обавезна, осим у случајевима прописаним самом Конвенцијом, оцењено је да би дозвољавање националним судовима који су по њему надлежни да примене доктрину *forum non conveniens* подривало начело правне сигурности, будући да онемогућава просечно информисаном грађанину да предвиди у којим све државама (осим земље домицила) може бити тужен. Дозвољавање употребе овог института би негативно утицало и на униформну примену правила о надлежности Бриселске конвенције, будући да га већина држава чланица не познаје.⁴⁹ Сходно томе, примена установе

⁴⁷ *Owusu v Jackson*, C-281/02, [2005], par. 22. Случај је стигао пред суд 2002, пре ступања на снагу Брисел I регулативе, али је поступак окончан 2005. године.

⁴⁸ Тужени су приговорили да међународни уговори имају релативно дејство и не могу наметати обавезе државама које на њих нису пристале; ипак, суд је остао при томе да ова врста везе са нечланицом њој не намеће никакву обавезу, в. *ibid.*, par. 27 и 31–32. Суд је на овај начин тумачио правила о надлежности Бриселске конвенције већ у неколико ранијих случајева (од којих су најбитнији *Group Josi Re-insurance Company SA v UGIC* и *Coreck Maritime GmbH v, Handelsveem BV*), после којих се примећивало да ће енглеско право највероватније морати да се приклони европским правилима о надлежности. Детаљније в. R. Fentiman, 707–709, и C. D. Bougen, „Time to Revisit Forum Non Conveniens in the UK? Group Josi Reinsurace Co v UGIC“, *Victoria University of Wellington Law Review* 32/2001, 712–713.

⁴⁹ *Owusu v Jackson.*, par. 37–43.

forum non conveniens није дозвољена ни у једном од наведених случајева. Суд је оценио да се друго питање односи на случајеве међународне литиспенденције, пророгације надлежности и налажења непокретности на територији државе нечланице, али је одбио да одговори на њега, сматрајући да решавање општих или хипотетичких питања није релевантно за ефикасно решавање конкретног случаја.⁵⁰

Ова одлука је битан преседан како за право Европске уније, тако и за енглеско право, које је лишено битног и дистинктивног института. Ипак, далеко од тога да су њоме решена сва спорна питања. Поред оних на која је суд одбио да одговори, ни питање *forum non conveniens*-а није решено беспрекорно, већ оставља простор за дилеме и различита тумачења. Главна грешка суда – и то не може бити ништа друго осим грешке⁵¹ – јесте мишљење да примена *forum non conveniens*-а доводи до ускраћивања правне сигурности *туженом*, односно да он „*would not be able, in circumstances such as those of the main proceedings, reasonably to foresee before which other court he may be sued*“.⁵² Али ова установа представља искључиво право туженог да захтева заустављање поступка у корист прикладнијег страног форума. Немогуће је не запитати се како је Европски суд правде успео да начини пропуст у овако базичној материји?

Бригс (*Briggs*) наводи да је суштина у томе што по енглеској доктрини тужени има право да се брани у Енглеској, којег се може одрећи ако сматра да је страни форум прикладнији.⁵³ Аутор наглашава да је проблем Европског суда што није навикао (или није био у стању) да ове процесне моменте посматра као права⁵⁴ – где енглески

⁵⁰ *Ibid.*, par. 47–52. Постоје мишљења да та питања не треба решавати аналогном применом ове одлуке, већ да на њих треба помоћу „рефлексног ефекта“ применити одговарајуће одредбе Брисел I Регулative; међутим, то није предмет овог рада. Детаљније в. С. М. V. Clarkson, J. Hill, 116–117.

⁵¹ Ипак, до исправке свакако неће доћи – то би захтевало да Европски суд правде призна грешку на нивоу елементарног непознавања једног националног права.

⁵² *Owusu v Jackson*, par. 42.

⁵³ Он такође наводи да је природа овог права комплексна, будући да је ограничена могућност одрицања – тужени га се не може одрећи ако би то повредило права тужиоца – али је свакако у питању право, јер се питање не поставља док тужени не пожели да га се одрекне захтевом за заустављање поступка, в. А. Briggs, „The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice“, *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, working paper No. 11/2006, 11–12.

⁵⁴ По Мајклсу (*Michaels*), Европљани – за разлику од Американаца, који су томе склонији – немају навику да користе теоријски приступ када размишљају о питањима надлежности. Овај аутор, међутим, реално постојећу разлику између европског и америчког приступа надлежности чини прилично крутом, а већину

правници говоре о праву туженог да се брани пред форумом земље пребивалишта, европски причају о правилима за одређивање надлежности и могућности лица да предвиде где могу бити тужена.⁵⁵

Одлуци Европског суда се могу замерити и друге недоследности: није разматрано када се могу очувати овлашћења националних судова, питање могућности одбијања надлежности у општем режиму надлежности ЕУ је сведено на примену тог института у светлу чл. 2. Бриселске конвенције, а функционисање унутрашњег тржишта проглашено важнијим циљем од слободног признања судских одлука.⁵⁶ Ипак, сматра се да постоји грешка и на страни Апелационог суда – упућивање питања Европском суду правде баш у вези са овим случајем. Наиме, упркос чињеници да се питање *forum non conveniens*-а у највећем броју случајева поставља у односима између компанија, Апелациони суд је, вероватно сматрајући да је дошло време да се оно реши у светлу регулативе ЕУ, упутио Европском суду правде баш случај где се радило о односима појединаца и где је лични елемент (па тако и присуство обзира хуманости) био далеко више изражен. У оваквим случајевима судови ређе примењују *forum non conveniens*, јер је вероватноћа да ће тиме тужиоцу бити учињена неправда далеко већа. У *Owusu v Jackson*, тужилац је претрпео повреду и квадриплегију 1997. године. Да је Европски суд оценио да је могуће применити овај институт, расправа пред Апелационим судом би поново оживела средином 2005. године – осам и по година касније. Јасно је да би такав третман за тужиоца био сматран неприхватљивим, и да је чињенично стање свакако могло, а вероватно и јесте утицало на одлуку Европског суда правде.⁵⁷

4. ЗАКЉУЧАК: БУДУЋНОСТ УСТАНОВЕ

Енглески *forum non conveniens* је одлуком Европског суда правде осуђен на смрт у оквирима међународне надлежности. С обзиром на готово непостојећу шансу да Европски суд призна сопствену грешку и још мању могућност да право Европске уније у ближој бу-

мишљења о европском праву поткрепљује, ако се изузме право ЕУ, примерима из немачког права. Детаљније в. R. Michaels, „Two Paradigms of Jurisdiction“, *Michigan Journal of International Law* 27/2006, 1039–1048.

⁵⁵ А. Briggs, 12. Бригс даље наводи да се ту већ поставља питање разликовања моралног и аморалног права; међутим, расправа о томе да ли Европски суд греша што не прави довољну дистинкцију између јавног и приватног права, или енглески судови греше при разматрању правила о надлежности кроз визуру исправног и погрешног би нас удаљила од теме овог рада.

⁵⁶ Детаљније о овим примедбама в. R. Fentiman, 714–717.

⁵⁷ А. Briggs, 12–13.

дућности одступи од досадашњег курса и да већу слободу националним правним системима, можемо претпоставити да ће *forum non conveniens* опстати у употреби искључиво на унутрашњем плану – између Енглеске и осталих британских држава.⁵⁸

Што се тиче других земаља које га примењују – САД, Канаде, бивших британских колонија, чланица Комонвелта – њима је у овом раду било посвећено далеко мање пажње, претежно зато што овај институт у њима не пролази кроз овако проблематичан период као у Енглеској. Тако се у Канади и на Новом Зеланду примењује по британском методу прихваћеном у случају *Spiliada*, док га Аустралија усваја са модификацијама и далеко рестриктивније.⁵⁹ У САД он још од краја XX века доживљава експанзију која у последње време кулминира и неким не баш конвенционалним решењима, као што је одлука Врховног суда у случају *Sinochem*, донета 2007. године, где је суд потврдио првостепену одлуку којом је поступак заустављен у корист Кине без претходног утврђивања надлежности америчког суда. Штавише, Врховни суд наводи да се ради о „књишком примеру“ примене *forum non conveniens*-а, као и да је поступљено у интересу процесне економије, будући да суд има право да бира између основа због којих неће водити поступак.⁶⁰

Ипак, и у тим земљама ова установа има своје противнике. Приговара јој се да пречесто служи за заштиту домаћих (обично америчких)⁶¹ мултинационалних компанија путем одбијања надлежности, најчешће у корист суда који је недовољно компетентан за решавање тог случаја и права по којем ће бити досуђена далеко мања накнада. Најпознатији случај оваквог понашања јесте одлука *In Re Union*

⁵⁸ Они његови аспекти које ми сматрамо одвојеним институцијама (на пример, заустављање поступка због пророгационог споразума или међународне литиспенденције) ће управо тако и опстати – одвојено, а аналогно правилима која Брисел I Регулатива предвиђа за њих у односима између држава чланица.

⁵⁹ По аустралијском систему, тужени је тај који мора да докаже да би вођење поступка у Аустралији било неправично према њему, односно да је домаћи форум очигледно неприкладан; такође се не разматрају јавни интерес, административни рокови и трајање судског поступка. Делимично, разлог за ово је да би се избегла ситуација која постоји у САД (о чему ће бити речи) и омогућило да аустралијске компаније буду тужене у месту седишта за накнаду штете коју причине у иностранству, B. Sahni, 135–136.

⁶⁰ U.S. Supreme Court Decides Sinochem: A „Textbook“ Forum Non Conveniens Dismissal May Be Ordered Without First Determining Jurisdiction, <http://www.conflict-laws.net>, 14. децембар 2007.

⁶¹ Пошто амерички процесни систем фаворизује тужиоца, а материјално право познаје установу *punitive damages*, то свакако даје повод за *forum shopping* у „корист“ САД. Како је објаснио Лорд Денинг (Denning), „[a]s a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States“, цит. према F. K. Juenger, „What’s Wrong With Forum Shopping?“, *Sydney Law Review* 16, 5/1994, 9.

Carbide Corporation gas plant disaster, где је амерички суд, одлучујући о 145 консолидованих тужбених захтева, применио *forum non conveniens* и зауставио поступак у корист Индије, као погоднијег форума (на чијој територији се догодила индустријска несрећа са око 4.000 мртвих и око 200.000 оболелих лица), упркос чињеници да индијски судови нису били опремљени и обучени за вођење поступака са толиким бројем тужилаца и сведока. С обзиром на износ накнаде, далеко мањи од онога што би жртве добиле у САД, *Union Carbide* је spaшен од банкротства.⁶² Оваквих одлука има много – толико да неки аутори тврде да је *forum non conveniens* у САД прихваћен и развијен ради спречавања *forum shopping*-а у случајевима када су тужене америчке мултинационалне компаније. Али далеко од тога да то значи да ће *forum non conveniens* бити санкционисан или укинут. Неки аутори чак сматрају да он служи да би штитио мултинационалне компаније од неоснованог *forum shopping*-а тужилаца који се надају великим зарадама по основу накнаде штете, као и да би судови требало што више да га користе у том правцу!⁶³

Да закључимо, тенденција је следећа: *forum non conveniens* ће у енглеском праву све више губити значај, док ће у америчком наставити да се развија, и то брже и детаљније него у осталим земљама које га примењују. Досадашњи институт који је био специфичност англосаксонског права у целини ће у будућности постати карактеристика права САД.

Nina Kršljanin

University of Belgrade Faculty of Law
fourth year student

FORUM NON CONVENIENS

Summary

Elective international jurisdiction leads to forum shopping – an opportunistic choice between national courts. Common law counters it with forum non conveniens – a court's power to decline jurisdiction if an alternate foreign forum is more appropriate. Since the late XIX century

⁶² Детаљније в. Т. Варади *et al.*, 509–510.

⁶³ За више информација о овом схватању види D. J. Dorward, „The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19, 1/1998.

Scotland, to the modern England and USA, it gains distinctive features, while obtaining its' modern face in England in 1987, in the *Spiliada* case, which sets two conditions for its' use – the existence of another available forum which is clearly more appropriate and the absence of circumstances by reason of which justice demands that the trial should be held in England. However, its' use has been disabled by the EU Brussels I Regulation, which has been confirmed in the case *Owusu v Jackson*. Today it is frequently used in the USA, but the remarks that it serves the protection of multinational corporations grow in number.

Key words: *Forum non conveniens*. – *Declining jurisdiction*. – *Forum shopping*. – *Jurisdiction according to the Brussels I Regulation*.

Др Љубица Кандић

редовни професор у пензији
Правног факултета Универзитета у Београду

ДРАГОШ ЈЕВТИЋ (1932–2008)

Има симболике у имену професора Драгоша Јевтића. Био је драг, омиљен и поштен човек. Уживао је неподељене симпатије целог колектива у којем је провео скоро цео радни век. Као дугогодишњи професор Историје државе и права и шеф Катедре за правну историју, имала сам срећу да његове изузетне личне особине упознам у бројним животним ситуацијама.

Професор Јевтић имао је чудесну способност, ретку у нашем народу, да повезује људе различитог животног доба и да ствара и негује другарство и пријатељство с великим бројем људи. И да се људима не замера. То је могао да постигне добротом и одсуством било какве сујете. Он је потврђивао Сенекине речи „да упорна доброта побеђује и зло“. Професор Јевтић потиче из угледне лекарске породице, чији је отац, др Душан Јевтић, био дугогодишњи предратни и послератни професор за Судску медицину на Правном факултету Универзитета у Београду, па је вероватно урођену доброту, поштење и одговорност наследио из таквог породичног окружења.

Рођен 1932. године, Драгош Јевтић је од детињства био повезан са Факултетом преко свог оца. После завршених студија и трогодишњег ангажмана на Институту друштвених наука, 1962. године изабран је за асистента Правног факултета Универзитета у Београду на предмету Историја државе и права. Тако је дошао у средину у којој ће провести највећи део свог радног века, све до пензионисања 1999. године, у својству редовног професора за ову научну и наставну област.

Професор Јевтић је почео да се бави струком тако рећи одмах после завршених студија. Већ од 1959. године, када је изабран за

стручног сарадника у Одељењу за научну документацију Института друштвених наука у Београду, долази до изражаја његова склоност за марљив и педантан рад на изворима и документацији. Касније је, као асистент на Правном факултету Универзитета у Београду, сачинио неколико ваљаних библиографија чланака и бележака који се односе на значајна питања друштвено-политичког и правног развоја Србије и Југославије. Посебно место заузима његова библиографија чланака о Историји Правног факултета од 1906–1914. године. Драгоцена је и његова библиографија књига, чланака и других текстова о српском Грађанском, Кривичном и Трговачком законик, као и о српским законима о Грађанском и кривичном поступку. За собом је оставио и библиографију чланака и књига који се односе на стварање државе Краљевине СХС (1914–1918. године). Ове библиографије, на жалост код нас често недовољно цењене као врста научног рада, представљају важан ослонац свим будућим истраживачима ових питања.

Избором за асистената на Правном факултету Универзитета у Београду 1962. године, његов научни рад је усмерен на израду магистарске тезе и докторске дисертације. Магистарску тезу под насловом *Криза шестојануарске диктатуре и Устав Краљевине Југославије од 1931. године* одбранио је јуна 1972. године, а докторску дисертацију под насловом *Локална самоуправа у Србији 1888–1903* јула 1980. године.

Магистарска теза представља први обимнији научни рад професора Јевтића. Вредан је пажње његов закључак „да су врхови режима, на челу са краљем, доношењем Устава 1931. године на нов начин покушали да сачувају подлогу и основне принципе своје владавине, па су у том циљу приступили изградњи извесних псеудоуставних и псеудопарламентарних установа“.

Докторска дисертација представља најпотпунији научни рад колеге Јевтића. Рађен је на основу објављене и необјављене архивске грађе и обимне литературе. Професор Јевтић је у дисертацији стручно и савесно повезао релевантне податке и ушао у њихову анализу и критику. У анализи је успео да законодавну активност која се тиче предмета обраде доведе у везу са главним друштвеним и политичким збивањима и преокретима и да у њима нађе суштинско објашњење.

Колико нам је познато др Драгош Јевтић није објавио ни магистарску ни докторску дисертацију, што је штета, али се оглашавао у часописима са чланцима из области које је обрађивао у магистарској односно докторској дисертацији.

Професор Јевтић је написао два коауторска уџбеничка текста за студенте Правног факултета Универзитета у Београду. Први је насловљен *Државноправна историја Југославије – одабрани извори са*

коментарима (заједно са пок. проф. др Мирком Мирковићем), који је објављен 1986. године. Овај рад садржи изворе и усмерен је ка томе да студенти своје спознаје о државноправној историји југословенских народа стичу и кроз непосредно упознавање релевантних правноисторијских чињеница и извора.

Други представља уџбеник под насловом *Историја државе и права југословенских народа* (заједно са проф. др Драгољубом Поповићем). Уџбеник је настао 1990. године и доживео је више издања. Јевтић је у њему написао три поглавља, и то: прво поглавље „О државноправном развоју Србије од 1804–1814. године“; друго поглавље „Краљевина Срба Хрватата и Словенаца – Краљевина Југославија (осим дела о развоју права у старој Југославији)“ и треће поглавље „О стварању Социјалистичке Југославије. Уџбеник има 38 табака, од којих је Јевтић написао 23, а Поповић 15 табака. У писању прва два поглавља користио је резултате до којих је дошао у ранијим истраживањима, док је треће поглавље радио на основу објављене литературе. У уџбенику је синтетички приказан дуг период у државноправном развоју југословенских народа. Касније се овај уџбеник појављивао у више издања под називом *Народна правна историја*.

У својој дугогодишњој каријери колега Јевтић је написао и већ број чланака, који се могу сврстати у четири тематске целине. Једну целину чине радови о уставима и уставном развоју Србије и Југославије. Из ове области споменућемо неколико радова:

1. „Устав Краљевине Југославије од 3.09.1931. и захтеви за преуређењем државе изнети током 1932. и почетком 1933. године“. Ово је монографски чланак и објавио га је Центар за публикације Правног факултета, Београд 1985.

2. „Видовдански и Октроисани устав од 3.09. 1931. године – сличности и разлике“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1988.

3. „Устав од 1901. године“ (објављен у књизи *Устави кнежевине и краљевине Србије 1835–1903. године*), Београд 1988.

4. „О уставу Србије од 1888. године“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1989.

5. „О уставним правима грађана по Уставу краљевине Југославије од 3. 09. 1931. године“, *Историјски гласник*, Београд 1974.

Другу тематску целину чине радови о локалној управи и самоуправи у Србији и Југославији од којих спомињемо:

1. „Локална управа и самоуправа у Београдском пашалуку пред Први Српски устанак“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1986.

2. „Локална управа у Србији крајем XIX и почетком XX века“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1983.

3. „Успостављање и споровођење централистичког система управе у Србији 1804–1888. године“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1981.

4. „Прилог питању поделе Краљевине Југославије на бановине“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1973.

Трећу групу представљају радови о организацији власти у Србији и Краљевини Југославији. Ту спадају:

1. „Структура народног представништва по српским уставима“, *Зборник радова САНУ*, књ. 10, Београд 1990.

2. „Организација власти у Југославији за време неприкривене монарходиктатуре (1929–1931)“, *Историјски гласник*, Београд 1975.

3. „Организација власти по Уставу Краљевине Југославије од 3. 09. 1931. и захтеви за преуређењем државе изнети током 1932. и почетком 1933. године“, *Архив за правне и друштвене науке* 1982, Београд.

Четврту тематску целину обухватају радови о политичким странкама. Од њих помињемо само следеће:

1. „Односи између Пашићеве владе и српских опозиционих грађанских странака после говора Л. Џорџа и В. Вилсона“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1970.

2. „Погледи српских опозиционих грађанских странака 1918. године на решење југословенског питања“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1971.

Из приказаног списка стручних и научних радова проф. Јевтића може се запазити да је свој научни рад усмерио ка изучавању уставног развоја Србије и Југославије и да је у тој области дао значајан допринос у приказивању и осветљавању многих питања значајних за друштвено и државно уређење Србије и Југославије. Његова пажња више је била усмерена на државно право у односу на приватно.

На крају овог осврта на радове колеге Јевтића треба посебно истаћи његово лично поштење у науци које је испољио и приликом коришћења архивске грађе. Никада није присвајао туђа истраживања и увек је коректно износио мишљења и ставове других аутора. У науци, као и животу, није био искључив и претенциозан. Био је изванредан саговорник и онда када су изношена другачија мишљења и ставови од његових о неким питањима о којима је писао.

Професор Јевтић биће запамћен код генерација студената Правног факултета као благонаклон испитивач, али студенти никад то

нису злоупотребили и са уважавањем, поштовањем и љубављу су се односили према њему. Његов однос са студентима ће још много година на нашем Правном факултету представљати пример како захваљујући добром педагошком приступу студенти могу заволету једну дисциплину.

Катедра за правну историју и пријатељи никада неће заборавити честитост, поштење и скромност проф. др Драгоша Јевтића. Остаје вечита наша захвалност за другарство и пријатељство које нам је несебично даривао и дуго сећање на један тако племенит лик.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 15 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима и болдом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, малим словима и болдом, и нумеришу се арапским бројевима. Уколико у оквиру подналова има више целина, оне се такође означавају арапским бројевима (нпр. 1.1., 1.1.1., итд.).

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

2. Чланци се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова а, б, с, д, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић, (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико

се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић, (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте страна из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али са различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3. или чл. 5, 6, 9 и 10. или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр.: Годме (*Gaudemet*).

13. За „види“ користи се скраћеница „В.“, а за „упореди“ скраћеница „Упор.“.

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Bosa Nenadić, On the Parliamentary Mandate: Example of the Republic Of Serbia -----	5
Laurent Mucchielli, A more Violent Society? Socio-historical Analysis of Interpersonal Violence in France since 1970 to our Days (Part one) -----	26
Budimir Košutić, Protection of Fundamental Rights and Freedoms in the Legal System of Israel -----	49
Nebojša Jovanović, On the Notion of Contract in English Law? -----	63
Miodrag A. Jovanović, Are there Collective Rights? (Part one) -----	89
Vesna Klajn-Tatić, Legitimacy of Commercial Dealings in Human Organs -----	108
Zoran S. Mirković, The Belgrade Higher School (1808–1813) and Legal Studies in the Late XVIII and at the Beginning of XIX Century -----	126
Vuk Radović, Cumulative Voting for Election of Board Members (Part one) -----	150
Dušan Dabović, Harmonization of Law in the Process of Globalization -----	165
Marija Karanikić Mirić, Fault as Ethical or Technical Concept -----	181
	271

Vanja Bajovic, Presumption of Innocence and Freedom of Media-----	194
---	-----

NOTES

Maja Lukić, Reservations and Interpretative Declarations – Concept and Possibility of Application to the Stabilization and Association Agreement -----	211
--	-----

BOOK REVIEWS

<i>Religion and Education in Europe – Developments, Contexts and Debates</i> (ed. Robert Jackson et al.), Waxmann, Münster-NewYork-München-Berlin 2007, 286. (Sima Avramović)-----	232
Paul Collier, <i>The Bottom Billion: Why the Poorest Countries Are Failing and What Can Be Done About It</i> , Oxford University Press, New York 2007, 205. (Boris Begović)-----	238
Džon Finis, <i>Prirodno pravo</i> , CID, Podgorica, 2005, 454. (John Finnis, <i>Natural Law and Natural Rights</i> , Clarendon Press, Oxford 1980.) (Miloš Zdravković)-----	242

STUDENT CONTRIBUTIONS

Nina Kršljanin, <i>Forum Non Conveniens</i> -----	245
---	-----

IN MEMORIAM

Ljubica Kandić, <i>Dragoš Jevtić</i> (1932–2008) -----	262
--	-----

Instructions to Authors -----	267
--------------------------------------	-----

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке / главни уредник Сима
Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд
: Правни факултет Универзитета у Београду, 1953–
(Београд : Досије). – 24 cm

Доступно и на: <http://www.ius.bg.ac.yu/Anali>

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514