

II 4644

UDK: 34 (058)

YU-ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ЗБОРНИК
РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
У НИШУ

XXVII



НИШ, 1987.

Зборник радова Правног факултета у Нишу штампан је уз финансијску помоћ Републичке заједнице науке Србије

Зборник уређује Редакциони одбор: др Славко Марковић, редовни професор, др Јован Петровић, редовни професор, др Видоје Миладиновић, ванредни професор, др Милорад Рочкомановић, доцент, мр Александар Гирић, мр Драган Чорбић и мр Зоран Радивојевић, секретар.

Главни и одговорни уредник: проф. др Славко Марковић

Адреса редакције: 18000 Ниш, Трг ЈНА бр. 11, тел. 22-211, лок. 123

Превод резимеа: Хранислава Машовић

INV 15673

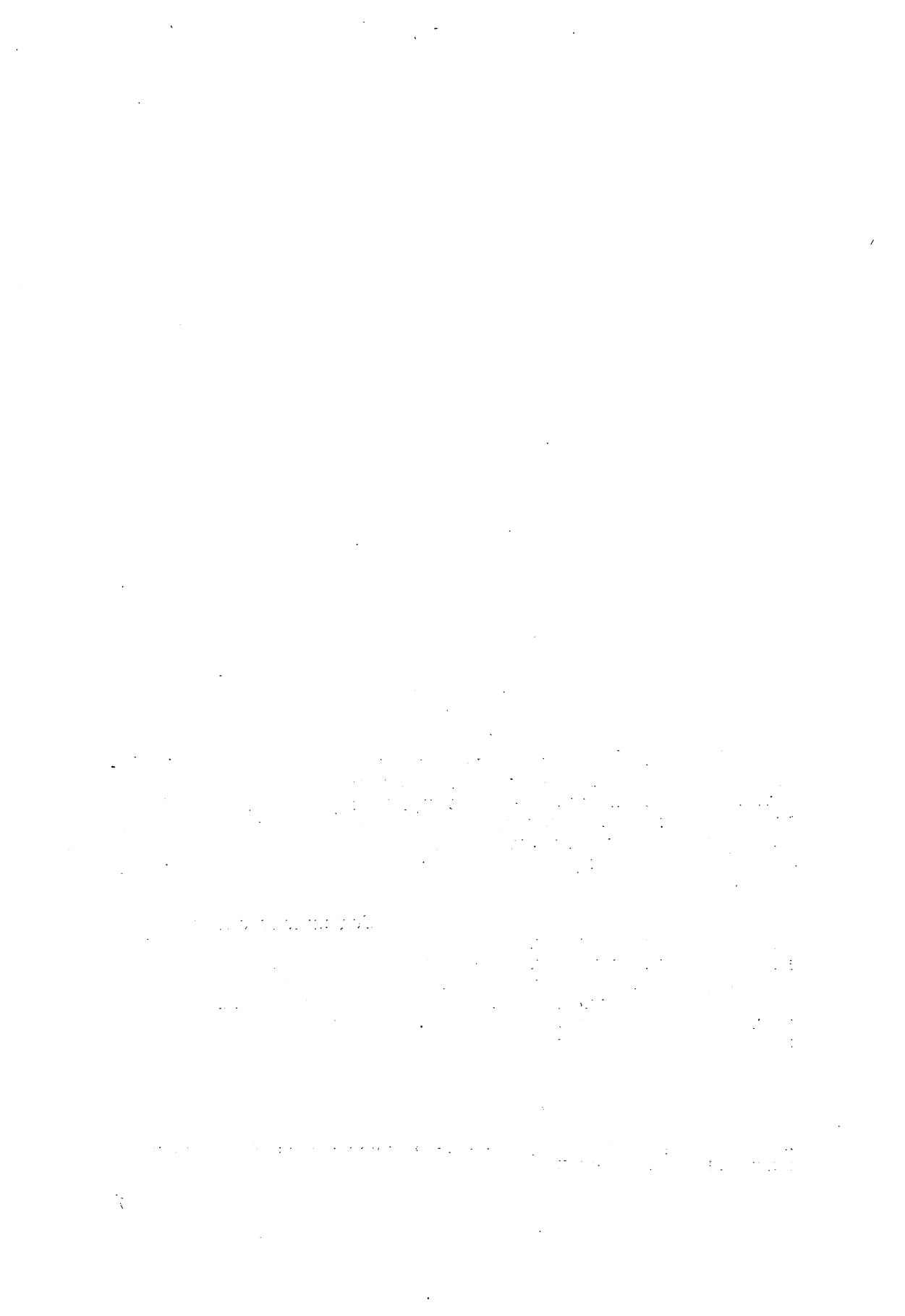
Штампа: Графичка радна организација „Просвета“ Ниш, В. Гојка 14

Тираж: 500 примерака

I У СПОМЕН ВУКУ СТЕФАНОВИЋУ КАРАЦИЋУ (1787-1987)

У част прославе двестоте годишњице рођења Вука Стефано­новића Караџића, творца нашег књижевног језика, на нашем фа­култету је одржана свечана академија 6. маја 1987. године. Да би смо указали на значај годишњице и одали дужну пошту овом на­шем великану одлучили смо да уводну реч декана др Љубише Јо­вановића и реферат мр Драгана Николића објавимо на почетку Збо­рника.

Редакциони одбор



УВОДНА РЕЧ ДР ЉУБИШЕ ЈОВАНОВИЋА, ДЕКАНА ФАКУЛТЕТА

Другарице и другови, драге колеге,

Дозволите ми да отворим нашу свечану академију поводом двестоте, годишњице рођења нашег правописног и књижевног великана Вука Стефановића Караџића. Овом свечаношћу ми се придружyјемо радној прослави која се одржава ове 1987. године не само у Србији и Југославији, већ и у Европи, па и свету, свуда где се учи славистика и српски језик.

Имали смо среће да се у крилу једног малог народа роди човек који ће његов језик, који је до тада живео у говорном облику, учинити најједноставнијим књижевним језиком са становишта правописа. Дотадашњи књижевни језик, створен од Бирила и Методија, словенских просветитеља, био је изузетно компликован, јер се заснивао на азбуци која је имала велики број слова од којих су се нека тешко изговарала док се друга нису изговарала, тј. нису имала самостални гласовни израз. Готово половину, од тих тешких и непотребних слова, Вук је избацио (18 до 43), неколико њих поједноставио и додао пет нових и тако створио најфонетскију азбуку на свету где свако слово има свој глас.

Нема ни једног слова које се не изговара, које нема свој гласовни и говорни израз, нити гласа који се добија спајањем већег броја слова. Нема слова са муклим и отвореним изразом код самогласника нити таквих која чине гласовну симбиозу.

Таква фонетска азбука омогућила је њеном творцу Вуку Караџићу да постави и у живот спроведе једно од најједноставнијих али истовремено и најлогичнијих и највеличанственијих правописних правила: *пиши као што говориш читај као што је написано.*

Са увођењем у књижевни језик, и уопште у област писменог општења овог правила, створен је један од најлепших књижевних језика у погледу лакоће писања и читања. Свако може, без обзира на образовање, да запише своје и туђе речи и да их прочита без спеловања, тј. без посебног знања како се чита свака реч појединачно. Довољна је само основна писменост, али не и посебно знање за изговор, јер је он идентичан са написаним.

Постоје језици који су много богатији по броју речи и написаних књига као и у погледу простора на коме се говоре, али нема ни једног који би био богатији по својој једноставности, логичности и поетичности. А за све то дугујемо Вуку, том хромом, физички измученом човеку, који је у слабом телу носио духовну снагу једног дива, гиганта.

За стварање оваквог језика, којим се данас поносимо, а посебно за његово прихватање од службених и интелектуалних кругова, Вук је поднео огромне људске и материјалне жртве. Годинама је мукотрпно сакупио, обрађивао и сређивао: речи, изразе, пословице, изреке, приче и песме, да би стварао речнике, правописна правила, песмарице и друга дела не само да би их сачувао од заборава већ да би са њима упознао и друге народе, а пре свега народе Европе са далеко развијенијом културом. У циљу прикупљања народне умотворине у домену језика и усмене књижевности Вук је храмајући са својом штулом пропутовао, делом на коњу а делом пешице, Босну и Херцеговину, Црну Гору, Србију и један део Хрватске. А да би могао штампати те умотворине, које је он књижевно обликовао користећи се правописом који је изградио, морао је да се задужује, да продаје или залаже породичне ствари, укључујући и ордене којима је одликован од страних држава, да пише очајничка писма и мољака богате пријатеље и моћнике за новац. Сиромаштво које га је непрекидно пратило веома често се претварало у беду која је угрожавала опстанак његове породице. Овим материјалним недаћама придружиле су се и надчовечанске душевне патње које би сваког просечног човека могле да слома, да му убију вољу за живот. Од тринаесторо деце које је Вук имао, једанаесторо њих је умрло за његова живота, при чему неколико њих на прагу пунолетства када су већ могла да започну самостални живот. Поред материјалних невоља и душевних мука, Вук се непрекидно морао борити и против низа противника његовог народног књижевног језика, који су омаловажавали његов рад и презирали народни језик сматрајући га простачким и стога неприкладним и недостојним да буде књижевни језик.

Надчовечанским напором Вук је победио све недаће, своју прометејску патњу и своје противнике. Његов правопис је прихваћен 1867. године и постао темељ нашег данашњег књижевног језика. Победивши са својим правописом Вук Карацић је од села Тршића и манастира Трноше, одакле је пошао као полуписмен дечак, стигао до академије наука у Бечу, Берлину и Петрограду.

Са поносом можемо рећи да је надживео свој век духовно и резултатима свога рада и постао један од најзаслужнијих грађана будућих векова и генерација.

**ВУК СТЕФАНОВИЋ КАРАЦИЋ — САВРЕМЕНИК, ХРОНИЧАР
И КРИТИЧАР ДРЖАВНОПРАВНОГ ИЗГРАБИВАЊА
ОБНОВЉЕНЕ СРБИЈЕ**

Реферат на свечаној академији посвећеној Вуку Стефановићу
Карацићу одржаној 5. маја 1987. године на Правном
факултету у Нишу

I

Као свестрани посматрач појава које га окружују и мислилац о њима, Вук Стефановић Карацић је наш први научник у области која ће се много година касније назвати друштвеним наукама. Његово је дело било прави расадник у којем су клијање започеле тајкорехи све наше друштвене науке. И док као народни геније који је приближио српски народ европској цивилизацији, укључивши у њу његову културу, Вук припада свима на онај општи начин на који и остали наши великани, дотле његово дело на један особен начин припада нашим етнологима, филозофима, социолозима, историчарима и правницима. Сви они са правом налазе у њему зачетке ових научних дисциплина код нас, или важне изворе за сопствена истраживања, а често и једно и друго. Из Вуковог стваралаштва је тешко издвајати овај или онај део, а да се тиме не наруши његов пуни смисао и епохалан значај; све што је он радио се сливало у јединствени ток и имало јединствени циљ — свестрани препород српског народа и његово укључивање у савремену епоху кроз афирмацију најпре сопствене културе, али и кроз изграђивање оних цивилизацијских тековина које су остали европски народи имали, укључујући и државу и право.

Двестота годишњица рођења Вука је достојна прилика да се уз неизмерну љубав, захвалност и дивљење поклонимо сенима овога великана, а место на којем смо се окупили и посао којим се бавимо нас обавезује да кажемо коју реч и о Вуку као савременику, хроничару, критичару, а делом и непосредном учеснику државноправног изграђивања обновљене Србије. При том се, као уосталом и сваки онај ко се систематски и дуготрајно не бави пребогатим Вуковим животом и делом, излажемо ризику да из видокруга испустимо неке мање познате моменте, или да, сучени са величином и значајем Вуковог дела, не нађемо увек праве речи којима бисмо тај значај исказали. Зато, уместо оправдања, подсећамо да је Вуково дело и по обиму и по разноврсности, а надасве по свом уни-

верзалном значају достојно и читавих деценија научног ишчитавања и проучавања. Овом приликом износимо неке резултате сопствених проучавања и размишљања над делом Вука Стефановића Караџића која се ослањају и на радове наших угледних научника Радована Самарџића, Владимира Стојанчевића и Мирослава Борбевића.

II

Вук је рођен само годину дана пре почетка аустријско-турског рата у оквиру којег ће се против Турака подићи и Срби (тзв. Кочина крајина) у настојању да се аустријска дејства против Турака искористе за национално ослобођење. Био је још дете када су Срби након Свиштовског мира, упркос самоуправним повластицама које су добили од султана Селима III, поново осетили сву горчину и последице несамосталне борбе против туђинског господара, када су схватили да су напуштени од аустријског цара и да ће национално ослобођење морати да изведу сопственим снагама. Може се онда замислити са коликим је одушевљењем Вук, као седамнаестогодишњи младић поникао у средини која је својом епском поезијом с генерације на генерацију преносила завет освете Косова, примио у свом родном Тршићу гласове о почетку Устанка фебруара 1804. године.

Вођа устанка у Јадру и Рађевини, чувени харамбаша Борбе Бурчија, већ јула месеца га узима за писара у својој војсци. Вук, међутим, свестан да се народу може подједнако добро служити и пером колико и оружјем, већ марта 1805. одлази у Карловце са намером да се упише у Гимназију. Нису га примили пошто није имао никакво сведочанство о завршеним припремним разредима, али су му омогућили да као неуписани ђак слуша предавања и присуствује свим часовима. У пролеће 1807. године Вук се враћа у Србију и постаје најпре писар код војводе Јакова Ненадовића, а када је Совјет премештен из Смедерева у Београд, постаје његов писар. Био је један од малобројних првих ученика Велике школе коју је 1808. године у Београду основао Иван Југовић. Већ у зиму исте године Вук је морао да иде из Београда и потражи лека за своје тешке реуматске болести, најпре у бањи Мехадији (код Оршаве, данашња Херкулана), па у Новоме Саду и најзад у будимској бањи Рацбад. Не напавши га, са хромом ногом се враћа у зиму 1810. године и бива постављен за учитеља основне школе у Београду, али не остаје дуго на овоме послу и већ 1811. одлази са својим рођаком Јефтом Савићем у Кладово. Тамо ради као царински службеник, а државним послом током 1812. године путује у Неготин и у Видин. У лето 1813. Караборбе га је поставио за судију у Брзој Паланци, али услед надирања Турака прелази 10. септембра у Аустрију, склањајући се попут хиљада других пред осветничким бесом окупаторске војске. Стиже у Беч где ће засновати породицу и провести највећи део свога живота.

После слома Првог устанка Вук је често долазио у Србију и ту остајао дуже или краће време. Током Милошеве прве влада-

вине у Кнежевини је боравио 1816, 1820, 1822, 1827, 1828. и од јуна 1829. до септембра 1831. године. Почетком новембра 1828. године је дошао у Крагујевац на позив кнеза Милоша да учествује у изради закона за Србију и већ децембра преводи Француски кривични законик, али се убрзо враћа у Беч. За историју Милошевог и српског законодавства и правосуђа нарочито је значајан Вуков боравак у Србији од јуна 1829. до септембра 1831. године; у том периоду (са прекидом од три месеца које је због болести провео у Земуну) Вук је био најпре члан, а потом председник Милошеве законодавне комисије и уједно члан крагујевачког Општенародног суда, да би га потом кнез поставио за члана, а онда и председника Суда нахије и вароши Београда. Радећи на свим тим пословима Вук је могао да се из непосредне близине увери у све недостатке Милошеве владавине. Из Србије је отишао септембра 1831. године прилично разочаран оним што је тамо видео, па је кроз неколико месеци написао и оно чувено писмо кнезу Милошу.

И онда када борави ван Србије Вук је читавим својим бићем везан за њу и увек се труди да се на све могуће начине што потпуније обавести о тамошњим приликама. Управо захваљујући таквом његовом живом интересовању и изванредној способности запажања, памћења и бележења, његово је дело значајан извор сазнања о обичајном праву, државним и правним установама Србије Првог устанка, Милошевог периода, па и предустаничке Србије. „Чувши га неколико пута како прича о Србима, ви ћете почети толико исто волети Србе колико и поштовати њега самог због његове љубави према њима и због тога што их познаје у свима могућим односима” — записао је Измаил Срезњевски у Вуковом животопису објављеном у Москви 1846. године. Као свестрани познавалац и проучававац целокупног народног живота, Вук није могао да остане само неми посматрач ни када је у питању израђивање обновљене српске државе. „Рад на прикупљању грађе и расветљавању догађаја за њега је био свакодневни задатак. Тај задатак проистигао је — каже Мирослав Борђевић — из свести о значају времена у коме живи, о томе да се најзад, после неколико векова, одлучно решава судбина народа његовом сопственом борбом, да ту борбу треба свим средствима подржати и о њој оставити сведочанства поколењима”.

Већ је прво издање Српског рјечника наговестило да се Вук упоредо са језичким и књижевним истраживањима бави и бележењем многих других чињеница из њему блиске прошлости. Увиђање дубоког смисла и далекосежног значаја најновијих догађаја у Србији, тешкоће наше дотадашње историографије због недостатка извора из ранијих периода, незадовољства чињеницом да су историју Срба писали углавном странци — најважнији су разлози који су га натерали да се лати и посла хроничара своје епохе. Вук је имао озбиљну намеру и обимне планове да прикупи и објави Грабу за српску историју нашег времена. Остварио је само део својих замисли, нарочито у погледу објављивања, пошто за живота многе записе, биографије и биографске списе није стигао, а неке није ни желео да штампа.

Навешћемо радове који су значајни као извор сазнања о државноправном и политичком развитку Србије прве трећине XIX века, периода који ће битно утицати и на све касније друштвене токове у њој; то је, најпре, и по времену објављивања и по томе што даје податке углавном за предустанички период, Српски рјечник (Беч 1818, одн. 1853. друго издање), или тачније, његове одреднице „бећар“, „војвода“, „глоба“, „женидба“, „капетан“, „кмет“, „кнежина“, „крвнина“, „мазија“, „отмица“, „село“, „спахија“, „хајдук“ и „читлук“. Значајна су и три чланка објављена у Забавнику Даница који је Вук повремено издавао у Бечу: Географическо-статистическо описаније Србије (1827), Прва година Српског војевања на даије (1828) и Друга година Српског војевања на даије (1834). Ту припадају затим Правитељствујушчиј Совјет Сербскиј (Беч 1860), Милош Обреновић — Књаз Србији (Будим 1828). Тајни списи о кнезу Милошу Обреновићу које Вук није ни писао са намером да их објављује за живота, већ их је запечаћене оставио у рукопису са аманетом на омоту „Да се не отвара овога вијека (до године 1900)“ — како је и учињено. Од прворазредног значаја је Вуково писмо кнезу Милошу из 1832. године и коментар писма пронађен у његовој рукописној заоставштини. Писмо Вук није био наменио широј јавности, али је оно, како бележе савременици, убрзо било умножено „у хиљадама прешиса“, а 1843. га је Јован Хаџић и објавио у непотписаном чланку у листу Српски Улак. Не могу се као извори мимоићи ни Вукови полемички чланци: Вуков одговор на лажи и опадање у Србскоме Улаку (Беч 1844), Одбрана од ружења и кућења (штампана најпре у листу Видовдан 1861. године, а затим и као брошура), као ни Белешке о првом и другом Српском устанку (објављене први пут 1898), животописи појединих личности и биографске скице (од којих су за Вукова живота биле објављене само две, а остале тек касније). Најзад, ту је и богата Вукова преписка која је почев од 1907. године постепено објављивана. Она садржи изненађујуће много података о државноправном изграђивању и развитку Србије, нарочито прве трећине XIX века. Једини Вуков спис који се односи на знатно каснији период је, колико нам је познато, његов елаборат с почетка 1862. године о планираној пореској реформи у Србији, који је Лепосава Цвијетић објавила у часопису Финансије (бр. 1 — 2) 1965. године.

III

Мада малобројни, Вукови записи о предустаничкој Србији су веома драгоцени, пошто у то време, осим свештеника и понеког трговца, у Србији скоро уопште није било писмених људи. Захваљујући Вуку сазнајемо понешто о предустаничкој организацији локалне управе на нивоу нахија, кнежина и села, о избору и смењивању кнезова и о њиховој надлежности. „Обор-кнез је глава од народа и његове кнежине — бележи Вук. Штогаб паша оће да иште од народа и народу да јави, или народ што има од паше да иште, то све бива преко обор-кнезова“. Они „дворезе купе и пашји предају... он кашто и суди људима које за какве ситнице, али ји не може наћерати да пристану на његов суд“. Вук је прилично испр-

пно забележио и обавезе сељака према спахијама, а говорећи о купљењу данка и о томе да Турци нерадо залазе у села, узгред помиње да Срби не сматрају за злочин убиство Турчина; „какогб што Турци држе да Србина није гријота убити — вели Вук — тако исто и Срби понајвише мисле за њи; и тако многога који се беспослен скита по селима и људима досађује, нестане, па ако га сакрију, никоме ништа, ако ли му се спрв пронађе, а оно се плати крвнина, па мир”.

Објашњавајући у Рјечнику речи „глоба” и „крвнина” Вук бележи да су у Србији турске судије и управници (кадије и муселими) највећи део прихода остваривали управо преко ових видова новчаних казни. Крвнину је Турцима плаћало свако место у којем би се догодило какво убиство, па чак и онда када неко настрада несрећним случајем, а глобе су плаћали појединци за разне кривице. „Турци слабо траже крвника — каже Вук — него ишту крвнину; зато крвник доста пута утече у другту нахију док људи плате крвнину и мало позабораве, па последије опет дође натраг, и нико му се не чини ни вјешт осим рода онога кога је он убио (а с родом мора да се мири; јер ће убити и они њега)”. Поред оваквих напомена о крвној освети, Вук је од установа блиских обичајном праву описао права и дужности чланова задруге, отмицу девојке као неку форму закључења брака „кад момак запроси девојку па му је не даду” и право хајдука који се добровољно поврати из одметништва да слободно живи у селу и да му нико „не смије споменути за оно што је хајдукујући учинио”.

Обимнији и по садржају свеобухватнији су Вукови историографски радови о Првом српском устанку у којима знатан део обухватају управо излагања о израстању и организацији власти устаничке државе. Вук је јарким бојама осликао све оне друштвене прилике које су у народу рабале и раширивале жељу да самостално крене у оружану борбу против Турака. Лоша претходна искуства са Аустријом су указивала да је једино тако могуће у потпуности одржати плодове сопствене борбе. И данас, када су историјска знања знатно проширена и продубљена, каже Владимир Стојанчевић, постоји нешто по чему Вуково дело о периоду српске револуције остаје примарно, незаобилазно и велико, а то је Вукова концепција Устанка. Он је у Устанку видео друштвену револуцију „која је развојем догађаја и сазревањем унутрашњих прилика добила и свој дубоко изражен национално-политички карактер”. (В. Стојанчевић). Вук је изванредно уочио две развојне етапе Устанка што је изразио речима да су Срби „истина ову буну почели из очајања ... али сад... познавши сладост слободе и прости је народ изгубио вољу, а камо ли поглавице опет тако постати раја турска”.

За нас је посебно значајно што је Вук, трудећи се да обухвати све развојне линије и главне чињенице из Устанка, приказао и постанак државних установа, израстање функције врховног војда, стварање Совјета и све оне противуречности које су се испољавале кроз борбу двеју политичких концепција о уређењу врховне власти. Наиме, питање организовања власти (које се поставило након првих већих устаничких успеха) није до краја било решено током

читаваог Устанка и у знатној је мери реметило односе између Караборђа и осталих старешина. То је у крајњем исходу утицало и на нејединство оружаних дејстава и на слабење одбрамбене способности Србије. Са Караборђевим претензијама на врховну власт већина старешина се никада до краја није помирила, а неки од њих (попут Миленка Стојковића и Петра Добрњца) су били и отворена опозиција Караборђу. Вук је са изванредном проницљивошћу уочио те основне тешкоће у настајању и организовању домаћих органа власти. Он пише да старешине „првијех година нијесу ни у сну хтјеле да знаду да је Кара-Борђије њихов старјешина и да им он заповједа... али он добивши власт и силу у руке, стане владати и свима заповједати господарски. Кад се ова буна овако срећно протегне и они виде да старјешинство доноси чест и богатство, онда се сваки стане кајати што није он старјешина и бекоји од ови већи најски старјешина стане радити, ако не може над свима бити старјешина, барем у својој најији да му нико не заповједа”.

Вук никако није могао да се отме утиску да је оснивање Правитељствујушћег совјета 1805. године било „отимање ондашњијех великаша око власти”, па је ту мисао ставио и у поднаслов свог списа о Совјету који је објавио у Бечу 1860. године. Сликајући унутрашње прилике у Србији непосредно пред оснивање Совјета он примећује да су „све страјешине, као и њихове мање четобапе биле само војнички управитељи, а за правне распре и судове по селима да није било никакве одређене и признате власти...” већ је „на сваком мјесту био онај старији који је био јачи” и таквим стањем тумачи настојање проте Матеје Ненадовића и Боже Грујовића да се установи Совјет. „Српске поглавице пристану и поставе совјет — каже Вук — али управо нијесу знале шта ће то да буде; него су Јаков и Катић и други пдјекоји већи мислили да совјетом мало зауздају власт Кара-Борђијеву, а Кара-Борђије мислио да њиме плаши Јакова и Катића и друге који би му се противили... Боже пак и прото Ненадовић мислили су да совјет буде највећа власт у земљи и да свима поглавицама заповједа...” Вук је оставио доста података о саставу и надлежности Совјета и непрестано је пратио тешкоће око учвршћивања његове власти, да би на крају исправно приметио да је Караборђе 1811. године реорганизацијом Совјета и увођењем попечитеља у ствари ликвидирао ово тело и победио своју опозицију; „совјет је сад управо био укинут — пише Вук — али му је име опет остало, и овијех пет попечитеља заједно звали су се совјет...”

Мада је Вук у једном полемичком чланку, објашњавајући свој методолошки поступак, рекао да он пише „како се што догађало, па читаоци сами нека суде и пресуђују”, он ипак није само обичан хроничар догађаја, већ над њима размишља и закључује. То се види у скоро свим његовим историјским списима (који баш због тога имају значај много већи од обичне мемоарске литературе), а нарочито у овима који се односе на Први устанак. Рецимо, он каже: „Кара-Борђије се трудио да би... остао прави старјешина над свима у свему пашалуку Биоградскоме, али је то било врло тешко, и с тијем тежбама он се борио за цијело вријеме сво-

јега владања... и управо се може рећи да га је та борба и из Србије истјерала и најпоследње му и главе дошла". Овоме закључку се ни после сто осамдесет година не може оспорити ваљаност и управо због такве брзине у закључивању и поткрепљености чињеницама Вукови су списи незаобилазни код проучавања Србије у прошлом веку.

Задржавајући своју пажњу највише на врховној власти у устаничкој Србији, Вук је оставио много мање података о осталим аспектима њеног државноправног изграђивања. Тек пажљивијом анализом појединих, често узгред саопштених и на различитим местима изнетих Вукових запажања, може се наћи и понешто о организацији по нахијама или о локалној управи која је јачањем војних команданата (војвода) губила ранија самоуправни обележја. Вук је забележио да је у то време власт кнежинских кнезова бивала „готово још мања него под Турцима". Што се пак тиче последњих дана оружаног отпора и покушаја да се преговорима са Турцима колико-толико сачувају макар неке тековине Устанка, они су веома детаљно остали забележени у Вуковим списима.

IV

Период фактичке самоуправности Србије под кнезом Милошем (од 1815. до 1830. године) Вук је живо пратио и оставио значајне записе о људима, догађајима и установама тога доба. Кнез и његова околина су скоро непрестано у средишту Вукових казивања, што је у неку руку резултат и његовог разочарења Милошевом владавином (зато што је „прави тиранин и безаконик"). Непоредиво мање пажње Вук посвећује осталим државноправним установама, за које је, истина, и у стварности било мало места уз једног владара који је „неограничени господар од живота, од имања, од живљења и од чести свију људи" и који „може свакога човека, без и какве кривице јавно сам погубити или заповедити великоме суду да га осуди на смрт". Из таквог скученог државноправног оквира остали су Вукови записи о скупштинама које је Милош држао, о локалној управи и чиновништву, о судовима, суђењу и казнама, као и о личној и имовинској несигурности која даје основни печат овоме раздобљу.

Вук је, када је реч о скупштинама, тачно предочио оно што су много деценија касније историографска истраживања само потврдила — да је Милош радије владао уз народну скупштину са којом је могао да чини шта је хтео и на чије захтеве и одлуке се радо позивао, него уз једно олигархијско тело које би било стварна претња његовој врховној власти. Због истих разлога је Милош развластио Народну канцеларију и пре него што је стала на сопствене ноге, али је и абдицирао када му је Уставом од 1838. године постављен Савет са доживотним члановима. То Милошево умеће у поступању са скупштином Вук овако објашњава: „Пред сваку је скупштину Милош најпре приправио све оно шта оће да му се на скупштини избере и потврди, па кад се скупштина састане, он

само пошаље међу тобожње народне депутирце кога од својих саветника и писара, те кажу шта господар оће и одма напишу и, пошто он одобри, потпишу...

О локалној управи Вук је записао: „Милош је неограничени господар у Србији. После њега су први чиновници кнезови који се у три реда могу разделити: 1. главни или најјски кнезови који имају читаве најје под собом... 2. кнезови над кнежинама... 3. кнезови срески... Од пре су се и сеоске старешине звале кнезови сеоски, но сад се они зову главни кметови”. Јачање државног апарата и централизација власти су и у Србији, као и у свакој држави таквог типа, имали за последицу израстање чиновништва, али је бити чиновник под Милошем било равно казни; он је Србију сматрао за свој домазлук, а чиновнике за своје слуге. „Милош може — каже Вук — свакога чиновника без и какаког узрока избацити из службе са свим, или га преместити на већу или мању службу, као што и ради готово сваки дан... Тако има људи који су по неколико пута све чинове и службе у Србији проишли и натраг и напред, па ни данас не знаду шта су...” Вук објашњава да сваки угледнији домаћин страхује да га Милош не постави за некаквог чиновника или судију зато „што се сваки кога он изабере мора службе примити и што је онај који служи, ни за какав узрок не може по својој вољи оставити... Има људи по најјским судовима — вели Вук — који би драговољно платили на годину дана онолико колико они плате имају, па кад би се могло да живи мирно и слободно код своје куће и да гледају своје послове”.

Са прилично горчине Вук пише 1832. године да „данас у Србији пријатељства у правом смислу ове речи нема никаквога” и да „закон написани нема још никакаки, него се суди по разуму и по обичају”. За овакво стање он највише окривљује Милоша који је, каже, „толико пута на скупштинама јавно обривао да ће се издати закони и друго којешта да ће се поправити и уредити, па ништа! Истина, он је често говорио да су закони нужни у земљи, али му је опет кашто излетала реч да је боље владати и управљати без закона, јер вели, онако се човек веже за артију па не може да чини ни зла ни добра”. Лична и имовинска несигурност није последица само недостатка писаног права, већ и самовоље Милоша који „својевољно располаже и имањем свију људи у Србији, тако да нико ни од шта није прави господар. Он своје ползе ради расељава села... креће људе из њихови кућа и премешта у друге најје...” У домену брачних односа, на пример, ова се несигурност види и по томе што је Милош у Крагујевцу разводио и венчавао људе скоро без икаквог претходног испитивања, па је Вук 1829. и лично видео „када се венчала једна млада жена из Шапца, која је у Каравлашкој имала жива мужа”.

Вуковим запажањима није промакло ни организовање домаћег правосуђа као битног обележја фактичке државности Кнежевине. „Од 1820, од како се Милош завадио с Али-пашом — записао је Вук — Срби судове са свим присвоје себи... Од тога времена поставе се по свим најјама магистрати, а године 1825. (у ствари 1823. — Д. Н.) намести се у Крагујевцу велики суд... Сад је дакле први суд у селу код главног кмета (који, с договором остали кме-

това може, особито немирним људма и скитачима који иду од казана до казана, ударити до 25 батина), а од сеоског се суда иде најјском магистрату, а од магистрата великом суду, од великог суда Милошу, а како он нађе за право, онако мора бити...

Казне су судови одређивали по сопственом осећању правде и правичности. „За мање су кривице обично казне бој и затвор, а за крађу и глоба (у народну касу), колико украдена ствар вреди (тако крадљивац мора двапут украдену ствар платити, или је вратити и једанпут платити)”, каже Вук. Од телесног кажњавања су, изгледа били изузети само чиновници, али „писари и секретари не броје се међу чиновнике као ни учитељи, зато се и бију...” Једном је јавно, по Милошевом наређењу, батинама био кажњен секретар Великог суда Бока Протић, али и карановачки прота. Нарочито тешке казне су биле смишљене за организаторе и учеснике буна, којих је било доста у том периоду. Тако Вук бележи да су двојица београдских учитеља Михаило Белисављевић и Петар Радосавковић кажњени одсецањем руку изнад шаке и одсецањем језика због учешћа у Чарапићевој буни 1826. године.

Вук је могао да се непосредно увери да Милош није имао озбиљне намере да донесе писане законе за Србију, када је био члан и председник његове Законодавне комисије. Наиме, Милош је још ујесен 1828. године био позвао Вука у Крагујевац ради писања закона. Он је дошао, али изгледа није био одушевљен тиме како је Димитрије Давидовић замислио израду кривичног и грађанског законика. „Требало је. — пише Вук о томе — Наполеонов кодекс превести на српски (од ријечи до ријечи, само да се разумије) па ће после Комисија... изабрати оно што је за Србе, а изоставити оно што није”. Вук је суштински другачије замишљао овај посао, па „кад сам видјео да ми никакви изговори не помажу — каже — онда сам искао да ми се одреди на три године по 600 талијера, па да идем у Беч, или и даље куд, ако нађем за добро, и да их пишем по својој вољи (према обичајима народнијем и земаљскијем парницама и кривицама) договарајући се с људима, који у томе знаду оно што ја не бих знао, и после тога времена да им донесем готове све законе (криминалне и грађанске с начинима суђења), само у Србији да се прегледају и, ако би се гдје нашло за потребно, да поправим; и за тако написане законе да ћу ја одговарати ученоме свијету и у ствари и у језику”. Ова напомена, дата узгред у полемичком чланку у Српском улаку 1844. године, за нас је од изванредног значаја, пошто се више ни на једном месту не може наћи чак ни наговештај о Вуковом поимању законодавног рада. Када му је одговорено „да то не може бити, јер се закони морају писати у Крагујевцу и управо по законнику Наполеонову” Вук је прихватио и такав рад на законима, сматрајући да је за Србију боље да добије било какво писано право, него да и даље живи у једном стању потпуне правне несигурности. Као што је познато, од овог кодификаторског (тачније: преводачког) рада на крају није испало ништа, највише Милошевом кривицом, пошто је он стално враћао пројекте на дораду; чак је априла 1834. писао „законопоправителној комисији” да је чуо како су аустријски закони краћи и разговетнији од француских, па јој препоручује да

се сада по њима ради. Наравно, Вук тада није ни био у Србији (отишао је још септембра 1831), али се остварило његово предвиђање о судбини Милошевих законодавних „иницијатива“, када је написао да ће „историја наших закона“ бити „већа и знатнија од њих самијех...“

Колико је Вуку било искрено стало да Србија коначно добије минимум писаног права, види се не само из његовог сталног убеђивања кнеза Милоша, већ и из појединих делова његових писама савременицима, која су се, иначе, односила на сасвим друге теме. Тако, у једном писму Петру Ивановичу Кепену 1826. године (поводом Акерманске конвенције) изражава наду да ће Србија добити и законе да би се народ могао користити слободом; 20. фебруара 1831, извештавајући Јернеја Копитара о установљењу прве штампарије у Србији, са радошћу наговештава да ће можда баш Милошев Кодекс „бити прва књига која ће се овде штампати“, али се такав оптимизам више не назире у писму Лукијану Мушицком децембра исте године, где о припремљеним законима каже: „кад ће се штампати и у судове увести, то само господар зна“.

И под старост се Вук интересовао за збивања у Србији, али их више није тако ревносно бележио. Ипак, значајно је да овом приликом поменемо да се он зацедио у Београду када се 1859. године приводио крају рад на првом (општем) делу Кривичног законика. Како извештавају Србске Новине од 4. јуна (бр. 65) и Вук је био присутан на кнежевом двору када је дан раније Милошу читана завршна верзија овога Законика; „...Кад се прочита, како књаз-владалац, тако и књаз-наследник изволише казати да су потпуно задовољни, на које најбољи судија о језику србском г. В. С. Карацић потврђујући да је закон добро србски прерађен рече: То је наш народни језик, тако треба писати кад се хоће србски да пише...“

Најзад, под старе дане, Вук је изнео и своје мишљење о пореској реформи у Србији која је требало да буде спроведена на основу Закона о порезу усвојеном на Преображенској скупштини 1861. године. Циљ ове реформе је било укидање главарине и завођење пореза по имућности, одн. обухватање порезом свих непокретних добара и прихода из свих избора. Био је израђен и одштампан у само педесет примерака Пројекат пописних правила који је достављен свима за које се сматрало да могу дати корисне примедбе. Кнез Михаило Обреновић, који је изузетно ценио Вука и његов рад, лично га је замолио још ујесен 1861. године да изнесе мишљење о том питању које је у Србији свагда имало изузетну политичку тежину. Вук је из Беча фебруара 1862. године послао свој елаборат. Написао је да се пореска реформа, онако како је била замишљена, никако неће моћи спровести у Србији, навео разлоге за такво своје уверење и додао да од новог пореског закона „ништа неће моћи бити осим правитељству срамоте и штете, а у народу незадовољства и вике“. Упозорио је да би према планираном пореском систему сељак био двоструко опорезован, једном као власник земље, а други пут по основу прихода са те исте земље, што никако не би ваљало. Очигледно је био у праву; мада његове су-

гестије нису биле прихваћене, није требало много времена па да се покаже да је увођење у живот новог пореског закона наишло на непремостиве тешкоће, тако да он никада није био примењиван. Коначно се 1864. године од њега сасвим одустало, а порески систем је уређен на другачијим основама.

V

Остављајући по страни Вукову колосалну борбу за реформу језика, као и његов књижевни и етнографски рад од непроцењиве вредности, остаје нам да се осврнемо на његово место и значај у развоју државноправне, политичке, али и научноисторијске мисли Србије XIX века. То је пак тешко могуће без осврта на Вукова филозофска, етичка и методолошка полазишта која су, с једне стране одређивала правац и садржај његове критичке мисли, а с друге дубоко уткана у његов историографски рад.

Вук је изградио сопствени поглед на свет који се заснивао на тражењу одговора на животна питања садашњости и будућности. Спекулација, метафизика и формална логика су му биле потпуно стране. У размишљањима над конкретним друштвеним појавама његова доба он је самоникли дијалектичар који у њима покушава да пронађе противуречности, да истражује њихове дубље и даље узроке и уопште да проникне у дубљи смисао појединих облика. Његов је врховни критеријум суд будућности, суд „благодарног потомства” и то је оно основно што му је дало и снагу и храброст да устане против целокупне стогодишње славеносербске културе и да се, испочетка потпуно сам, упусти у тешку борбу за признавање народног језика као књижевног, да слободно изнесе пред кнеза све недостатке његове владавине, да истрајно и аргументовано одговара противницима.

Својим просветитељством Вук је као наш најтипичнији представник народне патријархалне етике много допринео распрострањању моралних вредности и начела, свестан да је без тога немогуће било какав друштвени напредак. При том је био уверен да је за појединца „права полза само оно што је полезно и за његов народ” и да се родољубље, као и друге врлине, „не раба с човјekom, него се добива кроз науку и одгојење”. „Ништа не би ваљало чинити — каже Вук — чега би се човјек морао стиждети”, постављајући тако и свој морално-методолошки постулат којег се у ралу његовог живота придржавао; увидевши, рецимо, да је у спису Милош Обреновић кнез Србији кнеза приказао (по сопственим речима), мало више „поетически” у време када се у Европи доста знало о Милошевом апсолутизму и суровим обрачунима са противницима. Вук је написао и Особиту грабу (одн. тајне списе о кнезу Милошу), бојећи се да потомство не доведе у заблуду улепшаном сликом Милошеве владавине из првог списка.

Објашњавајући свој историографски рад, Вук себе на више места скромно назива хроничарем догађаја. Међутим, и по методологији и по чињеничној утемељености Вук јесте био историчар-самоук, а његове хронике — историографија. „Мада и сам књи-

жевник, двојећи књижевност од науке, а литерарни поступак од рада на озбиљној историјској материји — каже Владимир Стојанчевић — Вук је иницирао и критички метод научног рада у нашој историјској науци”. Високу вредност Вуку као историчару, каже Милослав Борбевећ, даје то што је „кључ за разумевање догађаја, њихове међусобне повезаности и условљености тражио у супротностима које историју крећу напред, у супротностима раје и турских господара, супротностима међу самим турским господарима, и у обновљеној Србији међу новим господарима, као и супротностима међу владајућим и народним масама жељним пуне слободе”. С друге стране, Вук је својим историографским делом показао да историја нису само давно прохујала времена и давно поумрли људи, већ да су прошлост и садашњост тесно испреплетане и да све у садашњости има своје корене у прошлости. Пишући и размишљајући о догађајима и људима из њему блиске прошлости, Вук је први код нас зачео једну подврсту историографије, тзв. савремену историју, о чијој могућности и научној утемељености се и до дана данашњег воде расправе и спорови са заговорницима тзв. историјске дистанце. Као што су каснија историографска истраживања потврдила, Вук је и без тзв. историјске дистанце чинио напор да правилно сагледа и оцени највећи број догађаја и друштвених токова у Србији прве трећине XIX века.

Смештајући почетак српске револуције у време знатно пре 1804. године, Вук њен „прави свршетак” није видео ни у 1815-ој, ни у 1830-ој години. Не раздвајајући спољашње ослобођење од унутрашњег, он је дубоко веровао да ће се прави смисао ослободилачке борбе против Турака остварити тек када се уставом и законима гарантују личне слободе, имовинска и уопште правна сигурност. Када је видео да се ни након коначног регулисања самоуправе Србије према Порти (Хатишерифом 1830. год.) ништа битно није променило у Милошевом начину владања, Вук пише своје чувено писмо кнезу које садржи програм темељите реформе читавог друштвеног уређења Србије. Потврђујући у њему право народа на буну против лошег правитељства, Вук сликовито опомиње Милоша да ће се у Србији, уколико не промени начин владања, сви они који су изгинули у бунама против нове власти славити и величати „као мученици за праву и за слободу народа Српскога”. Функцију државе и владара он изводи из суверенитета народа, наводећи кнезу историјске примере да је народ збацивао и краљеве „којима је краљевство остало Бог зна од колико дедова, а камо ли у Србији, где сви људи знаду кад сте ви били као и они што су...”. Свом жестином Вук је пред кнеза поставио задатак и унутрашњег ослобођења српског народа, како се његова револуција не би зауставила на пола пута.

Вук се, наравно, није бавио проблемима теорије државе и права и сва његова размишљања о томе су се односила на конкретну државу — на Србију. При томе се, истина, мора рећи да је он у својој концепцији државне и друштвене организације српскога народа после Другог устанка (како је то изванредно уочио Владимир Стојанчевић) великим делом полазио од света идеја, од онога што би било добро, лепо, морално. „Вук је желео — каже Вла-

димир Стојанчевић — да се постојећа социјална структура српскога народа конзервира према обрасцима патријархалног живота у ранијим деценијама и унапреди према политичко-правним установама савремених цивилизованих држава Европе". Као велики патриота, хуманиста и истинољубац, задојен патријархалношћу српске породичне задруге, Вук није, нити је објективно могао да проникне у суштину државног апарата као силе отуђене од друштва. Таквим размишљањима он се, као што је познато, није ни бавио, али је у појединим фрагментима свога опуса дао довољно наговештаја да је у темељу његове државноправне концепције Србије принцип народног суверенитета. Баш због тога, како је Вук говорио, што „сви људи не могу бити ни цареви, ни краљеви ни кнезови ни чиновници" треба законима регулисати односе међу њима, али при томе имати у виду да сва власт произилази из народа. Управо због истицања начела народног суверенитета и уверења да нема праве слободе ако нема и унутрашње, многи аутори су у Вуку видели идејног оца Светозара Марковића. Полазећи увек од народних интереса и своје искрене жеље да Србија што пре изађе из вековне заосталости и укључи се у европску породицу народа и њихових држава, Вук је критиком Милошеве недемократске владавине понео барјак слободе испод којег ће се у Србији XIX века окућити многи борци и напредни политички мислиоци.

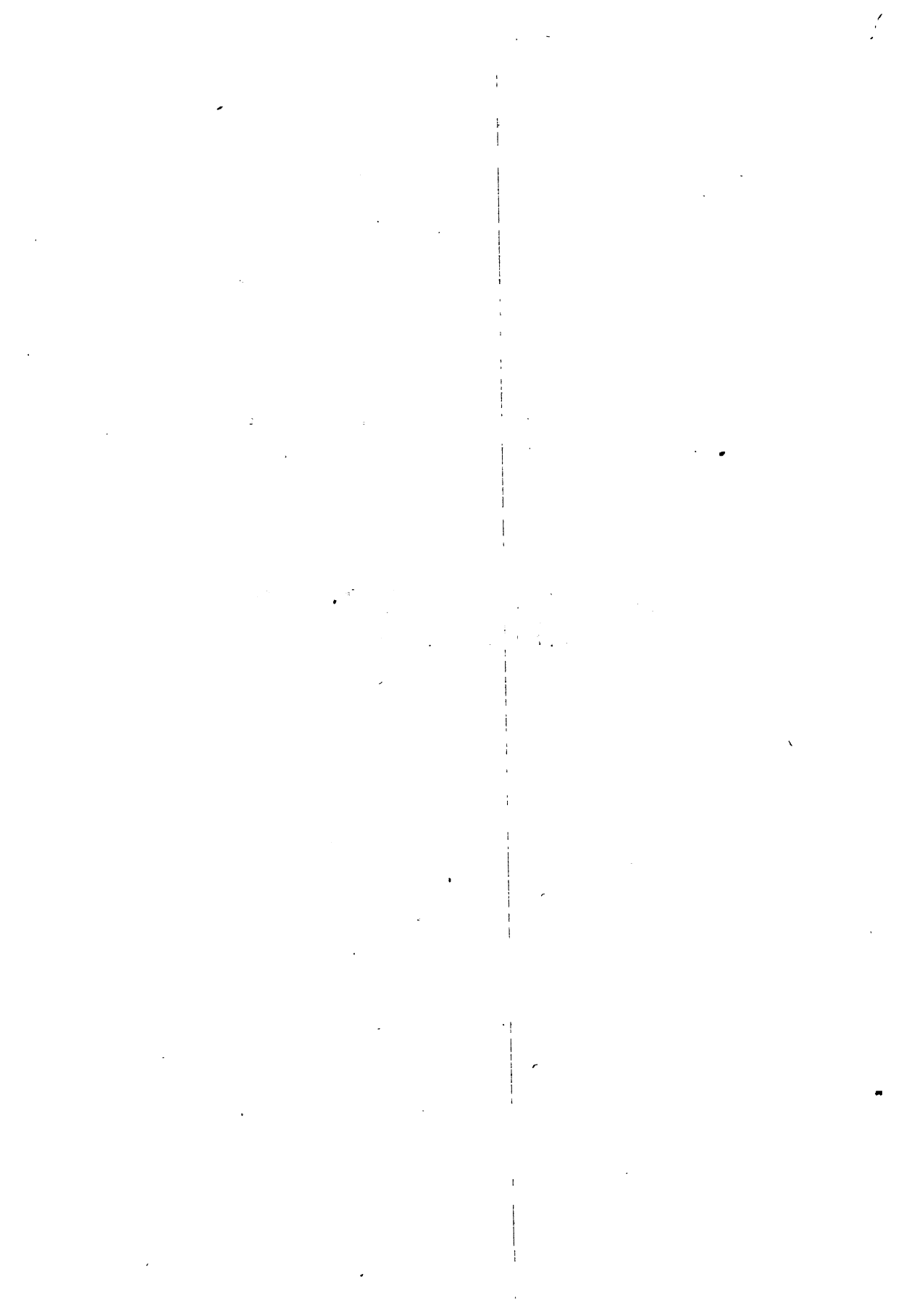
Наша наука државноправне историје са великим уважавањем се односи према делу Вука Стефановића Караџића; без његових списа би слика државноправног живота Србије била сиромашнија за једно особено виђење наличја њеног државноправног израђивања. Вук, формално неукључен у сам државни механизам нити у борбу око власти, све те односе посматра и доживљава скоро онако како их види и осећа просечан србијански сељак. У своје списе он уноси једну природну општроумност и проицљивост, често упоређујући како је нешто требало да буде (или се говорило да јесте) и како је „у стварности било". Таква су његова запажања од непроцењивог значаја и незаменљива су допуна званичног лика једног државноправног и политичког поретка.

* * *

Вук је један из оне малобројне скупине наших интелектуалаца-стваралаца чије дело говори само за себе и не трпи никакве китњасте закључке. И зато, уместо закључка, рецимо оно што сви добро знамо — да је време, које је најбољи и најстрожи судија, показало сву величину и непролазан значај његовог дела и његове борбе. Вуков живот, који је био пун свакодневних одрицања у име виших и трајнијих вредности и циљева, његова марљивост и однос према раду који су се граничили са пркосом сопственом још од младости нарушеном здрављу, а надасве његов намиран истраживачки дух који га није напустио до последњег часа живота, не могу а да не изазивају дивљење и поштовање свих оних који су живели и који ће живети после њега.



**II ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАДОВИ
И СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ**



НЕКЕ НЕДОВОЉНО КОРИШЋЕНЕ МОГУЋНОСТИ ЗА ПОВЕЋАНО ЗАПОШЉАВАЊЕ И МАЛА ПРИВРЕДА

1. Приступ проблематици

Уз рекордну спољну задуженост и енормно високу инфлацију масовна незапосленост у земљи, претежно младих и школованих кадрова, спада у ред најтежих економско-социјалних, политичких и моралних проблема југословенског друштва. У његовом решавању не мале наде су, између осталог, окренуте ка малој привреди. На самом почетку нужно је подвући, а ради отклањања евентуалних неспоразума, да мала привреда, сама за себе не може решити проблем незапослености ни у садашњости, ни у догледној будућности. Међутим, мала привреда, под одређеним условима може знатно допринети ублажавању проблема незапослености, повећању радом створених добара, а преко тога повећавању општег, породичног и личног стандарда живота. Већ и тако релативизирани користи од оптималног развоја мале привреде вредне су озбиљног и константног напора свих оних институција и појединаца који та очекивања могу претворити у животну реалност.

Дакле, унутар целовитог комплекса: „Улога мале привреде данас” вреди размишљати и о неким недовољно коришћеним могућностима за повећано запошљавање у овој области. Уз остале биће речи и о могућности повећаног запошљавања путем система рада код куће радника. Боље познавање, нешто примереније правно регулисање, шира и стабилнија организација овог система као дела мале привреде могло би знатно допринети повећаном запошљавању, нарочито жена и инвалидних, а за одређене послове способних лица. Али, пре тога у нужној мери се мора указати на обим, узроке, трајање и структуру незапослености у земљи, као и на садржину појма „мала привреда” и савремени значај тог појма код нас и у свету.

2. Незапосленост и мала привреда

Укупни послератни привредни развој Југославије, као што је познато, изразито је био усмерен ка индустријализацији земље, с једне, и деаграризацији, с друге стране. У раздобљу од 1947. па до 1985. запосленост је расла по просечној годишњој стопи од 4,6%, односно од 1,2 милиона запослених у 1947. дошли смо до 6,5 милиона у 1985. години. Од укупног броја запослених 98% ради у друштве-

ном, а само 2% у индивидуалном (приватном) сектору. Посматано по областима рада 83% радника запослено је у привреди, а 17% изван привреде. Учешће жена у укупном броју запослених повећало се од 28% у 1947. на 37% у 1984. години.

Поменути раст запослености, међутим, није нас поштедео великих мука економско-социјалне, политичке и моралне природе због масовне и предуге незапослености која је расла више него двоструко брже од запослености. У раздобљу 1952—1985 незапосленост је расла по просечној годишњој стопи од 10,3% или, у апсолутним цифрама, од 45 хиљада у 1952. број незапослених радника се повећао на 1 милион и 40 хиљада 1985, односно 1 милион и 98 хиљада у првом полутођу 1986. године. Стопе незапослености битно се разликују по републикама и покрајинама и крећу се између енормне незапослености (на Косову 35,1) до пуне запослености (у Словенији 1,8). Између тих крајности у истој 1985. години, идући од слабијег ка бољем имали смо следеће стање: Македонија 21,7; Црна гора 19,8; Босна и Херцеговина 19,6; ужа Србија 14,8; Војводина 13,6 и Хрватска 7,4. Не треба ни истицати да су стопе запослености готово обрнуте и у односу на укупно становништво (да узмемо само те две крајње тачке) крећу се од 42,1 у Словенији до 12,2 на Косову. Наведене разлике су битно условљене, пре свега, неједнаким привредним развојем и енормним наталитетом колико год они које лимитира овај други фактор не желели да га признају. Тако на пример док је просечни годишњи прираштај новорођених на 1000 становника у раздобљу 1948—1981 у Југославији опао са 12,1 на 8,5 на Косову се попео од 20,9 на 24,1, а што значи да свуда и увек наталитет не опада пропорционално сразмерно расту привредног и културног развоја већ је проблем знатно сложенији.

У броју укупно незапослених у земљи, по полу посматрано, осетно предњаче жене (55,6%), по узрасту млади радници испод 30 година (78%), по степену образовања стручни радници (56%), по дужини чекања на запослење лица која чекају преко годину дана (66,3%), а по дужини радног стажа лица која се први пут запошљавају (71,1%). Под појмом „стручни радници” разумеју се квалификовани и високо квалификовани радници, као и лица са завршеном средњом, вишом и високом школом, односно факултетом.

Наведени квантитативни односи у суштини се не доводе у питање ни настојањем да се подвуче разлика између броја лица пријављених за запошљавање (тражилаца посла) на једној, и броја стварно незапослених, на другој страни. Под стварно незапосленим сматрају се лица која, по свом економско-социјалном положају, немају друге могућности осим да своју егзистенцију обезбеде радом из радног односа. Кад се и то узме у обзир од укупног броја лица која траже запослење целих 92% су стварно незапослена лица.¹ Слично стоји и са корекцијом која произилази из разлике у броју оглашених слободних и попуњених радних места. Тако на пример у 1985. години оглашено је 77.618 слободних радних места, а попуњено 54.209.

¹ Види Савезни комитет за рад, здравство и социјалну заштиту: Извештај о запослености и запошљавању у 1985. години и на почетку 1986. године, Београд, август 1986, стр. 12.

Истина, разлика упућује на професионалну и територијалну неусклађеност тражње и понуде, али та разлика у укупној незапослености земље (милион и 40 хиљада лица) учествује са само нешто више од 2,2%.

Додајмо још да је Уставом СФРЈ, под условима одређеним у закону, начелно зајемчено „право на материјално обезбеђење за време привремене незапослености“ (чл. 159, ст. 5). Међутим, онакво како је урађено данас важећом републичком и покрајинском регулативом, то право је од правила претворено у изузетак имали су на уму веома узак круг његових корисника, ниво давања или престација и време коришћења. Ово право се састоји од: а) права на новчану накнаду, б) социјално осигурање, в) дечији додатак, г) накнаду за време породилског одсуства и сл. Новчану накнаду, као најмаркантније право из материјалног обезбеђења незапослених у 1984. години користило је само нешто више од 2,6% незапослених радника. Дакле, озбиљно је доведен у питање и минимум материјалне и социјалне сигурности незапослених. Исто важи и за равноправност међу њима, обзиром на озбиљне разлике које постоје у осам правних система република, односно покрајина.²

Узроци незапослености су бројни и сложени. На првом месту је предуго присутна и неадекватна политика према селу и сељацима. Затим долази, просторно гледано, неадекватна структура инвестирања. Морала би се повећати улагања у радно-интензивне (прерађивачке) капацитете у крајевима земље са обиљем радне снаге, а у капитално интензивне тамо где је оскудица радника. На трећем месту била би демографска експанзија или експлозија наталитета која се, по свему судећи, не признаје као ограничавајући фактор развоја баш тамо где је најизразитија. Четврти узрок, на кога се у новије време и с разлогом указује, налази се у константној и доста интензивној ерозији вредности средстава у друштвеној својини. Та ерозија озбиљно редуцира примарну функцију ових средстава која се састоји у ангажовању живог рада.³ Пети узрок налази се у недовољној професионалној и територијалној усклађености система образовања и друштвених потреба за радном снагом, а шести, мада не и по утицају на обим, структуру и трајање незапослености, у оцени да лични и колективни положај професионалних политичко-управљачких структура недовољно зависи од стања незапослености.

Вишеструко штетне економско-социјалне, политичке и моралне последице незапослености такође су познате и, у основи, признате. Превелики број људи, претежно школованих и младих, остаје изван процеса стварања, па и друштвеног живота уопште. А шта тек рећи о изневереним надама?

„За решавање и ублажавање проблема незапослености нужно је обезбедити искоришћавање свих расположивих техничких капа-

² Квантитативне показатеље запослености и незапослености упоредити са Савезни завод за статистику: Југославија 1945 — 1985, Београд, 1986, стр. 51 — 62, 143 — 145. и 200 — 202, као и Извештајем наведеним у белешци 1.

³ Види изјављивања И. Максимовића и М. Корошића на скупу о противречностима друштвене својине, одржаном у Скопљу 27. и 28. јануара 1985. године.

цитета и материјалних ресурса, ангажовати средства грађана за отварање нових радних места и брже развијати сектор пољопривреде, туризма и мале привреде”, каже се у најновијим Тезама за даље промене у привредном систему, усвојеним на седници Савезног извршног већа 15. априла 1978. године. У вези с тим, истиче се у истом документу, потребно је у законима и другим општим актима:

— ублажити услове за запошљавање по основу улагања средстава грађана за проширивање материјалне основе организација удруженог рада и омогућити овим организацијама да на једноставнији начин могу увозити опрему за вредност девизних средстава која улажу грађани;

— пореске обавезе носилаца личног рада средствима у својини грађана учинили стабилнијим и отклонити честе промене пореских стопа које негативно утичу на развој ове делатности и на запошљавање;

— омогућити запошљавање радника код власника пољопривредног земљишта и пољопривредних машина, као и при пружању туристичких услуга у домаћинствима;

— утврдити обавезу планирања кадрова, усклађивање програма образовања са потребама удруженог рада и личног рада средствима у својини грађана, као и обавезу свођења допунског и прековременог рада на стварно неопходну меру;

— у циљу стварања услова за остваривање веће покретљивости радника у запошљавању и бржег запошљавања и остваривања уставног начела о слободном запошљавању на целој територији СФРЈ под једнаким условима који важе у месту запослења, неопходно је у земљи развити систем организованог обавештавања о потребама, односно могућностима запошљавања и у том погледу предвидети одговарајуће обавезе заједнице за запошљавање и привредне коморе. Истовремено је неопходно отклонити у регулативи решења која, на било који начин доводе до територијализације у запошљавању и обезбедити доследно остваривање наведеног уставног начела.⁴

Готово је излишно и подсећати да је привреда она област друштвено корисног рада која апсорбује далеко највећи део радне снаге. У тим оквирима искуства економски најразвијенијих држава нуде маркантне доказе растућег учешћа оног дела привреде који се обележава појмом „мала привреда”. Сама дефиниција тога појма јесте ствар друштвене конвенције. Ипак, пада у очи квантитативни критеријум изражен термином „мала”, а што, како ће се још видети, често није сразмерно економским и другим ефектима дела привреде подведеног под овај појам. Према ауторима Дугорочног програма економске стабилизације под појмом „мала привреда” треба сматрати:

— основне и радне организације чији је предмет пословања појединачна, односно малосеријска производња робе, или производња у кооперацији, или по поручбини, у свим делатностима укључујући и пољопривреду, и у којима, по правилу, ради мањи број радника;

⁴ Савезно извршно веће: Тезе за даље промене у привредном систему, Београд 15. 04. 1978., стр. 43—44.

— организације удруженог рада које, независно од броја радника, обављају све врсте занатских, угоститељских, туристичких, превозничких и других услуга;

— све занатске и друге делатности које обављају радни људи самосталним личним радом средствима у својини грађана, укључујући и израду предмета домаће радиности, издавање кревета туристима и пружање комплетних пансионских услуга у кућној радиности, као и сви облици удруживања њиховог рада, средстава рада, односно других средстава, међусобно и са радом радника друштвеним средствима, у задруге или друге облике удруживања, или са радом радника и друштвеним средствима у организацијама удруженог рада, у складу са законом;

— земљорадничке задруге и други облици удруживања земљорадника међусобно и са радом радника и друштвеним средствима у организацијама удруженог рада.⁵

Могуће се сложити са ауторима наведене дефиниције утолико да је она знатно шири од оне из Друштвеног договора о основама заједничког деловања у спровођењу политике развоја мале привреде у СФРЈ из 1980. године⁶ те да, као таква, проширује одговарајућу оријентацију у предузимању мера и погодних облика у друштвеној активности за шири и потпунији развој мале привреде. Међутим, и у овој дефиницији остало је подоста непрецизности. Како на пример, у сваком конкретном случају, схватити део изреке садржан у наведеној дефиницији а по којој у малу привреду, између осталог, спадају и све „основне и радне организације... у којима, по правилу, ради мањи број радника”?

Оно што код мале привреде, по правилу, јесте мало, и то само релативно и у поређењу са великом привредом, јесу појединачни инсталисани капацитети, појединачна или малосеријска производња или услуге. Јер велика привреда, и то је њена маркантна карактеристика, на једном простору концентрише огромна средства, велике производне серије и огроман број радника. Међутим сасвим је јасно да мали капацитети, радне серије и тд. у својој укупности не морају резултирати, а све чешће и не резултирају малим укупним ефектима, поготово оним комплементарне природе. Речено, дабоме, важи и за сектор запошљавања. Дакле, по нама, малу привреду не треба ни фетишизирати, али ни занемаривати, а управо између тих крајности неретко се крећу схватања и у нашој теорији. Ако се речено има на уму, а остављајући по страни друге аспекте, онда мора бити јасно да сама мала привреда, изолована од других подручја рада, ни под најоптималнијим условима не може решити проблем незапослености. Али, с друге стране она може знатно допринети у ублажавању тога проблема, а то је већ и само за себе вредно сваког напора и подршке нарочито ако се има на уму њен дисперзивни карактер са свим консекванцама које одатле произилазе.

Обзиром на речено радује сазнање да је у циљу стварања повољнијих услова за развој мале привреде у току поступка за закључи-

⁵ Види Дугорочни програм економске стабилизације, сепарат о малој привреди.

⁶ Сл. лист СФРЈ, бр. 57/1980.

вање Друштвеног договора о јединственом регулисању услова и начина обављања привредне делатности самосталним личним радом средствима у својини грађана, уговорним организацијама и удруживањем у задруге.⁷ Јединствени услови, без сумње, су прва претпоставка равноправности и здраве економске утакмице, па и рационалног запошљавања. Само да то не буде још један друштвени договор више кога нико неће поштовати. Можда би боље ипак било да се иста материја регулише савезним законом, а за то могућности има, ако би било и воље, и у сада важећем Уставу.

Вероватно није потребно ни доказивати да све могућности за повећано запошљавање у малој привреди у нашој земљи ни приближно нису коришћене нити искоришћене. Узроци таквог стања су бројни и сложени. На овом месту, а обзиром на предмет наше теме, указујемо на само два. Први се састоји у још увек широко распрострањеном догматском гледању на сектор личног рада средствима у својини грађана и претераном страху од богаћења или „капиталисања” по основу таквог рада. Као да нам је прихватљивија једнакост у сиромаштву него у богатству па макар да оно произлази из рада. Више смелости и постојаности у отклањању ове препреке сигурно не би променило карактер наших друштвено-економских односа. Вишегодишња пракса у Мађарској, и не само тамо, то најбоље потврђује. У том смеру иду, мада доста скромно, и у Совјетском савезу. Други узрок налази се у недовољном знању, односно још више недовољно раширеном познавању појединих система друштвене организације рада. Еклатантан пример јесте рад код куће радника, а о чему ће ниже бити детаљније говора.

3. Рад код куће радника као сегмент мале привреде и могућност за повећано запошљавање у садашњости и будућности

До појаве радника код куће, само да подсетимо, како каже Маркс, дошло је тако што су их индустрија и крупна пољопривреда учинили „прекобројнима”. Ова тзв. модерна кућна индустрија нема, осим имена, ничег заједничког са старинском, која је имала за предпоставку независан варошки занат, самостално сељачко газдинство, а пре свега кућу радничке породице. Она је сада само једно спољашње одељење фабрике, мануфактуре или велике трговачке радње. У Енглеској сада, писао је даље Маркс, у ствари преовлађује систем да капиталиста концентрише у својим зградама већи број машина, а онда раздељује машински производ на даљу обраду војсци радника код куће.⁸ И не само у Марксово време већ и знатно дуже, како показују нека истраживања, преовлађивао је систем рада код куће радника, као облик децентрализоване организације друштвеног рада. Реч је о периоду од XV-ог па све до краја XVII-ог века, односно

⁷ Види Тезе наведене у белешци 4, стр. 2.

⁸ К. Маркс: Капитал, Први том, књига I, Култура, Београд, 1958, стр. 334—342.

до прве индустријске револуције када је децентрализована друштвена организација рада препустила примат оној агломерираној.⁹

Дакле, појава слободних људи (ослобођених ропства и кметске зависности) које су, уз то, крупна индустрија и пољопривреда „ослободиле” и од власништва над средствима за рад и истиснуле са њива и из фабрика, чине заједно друштвено-економске услове при чијем постојању је могао настати систем рада код куће радника. Али, поставља се питање који су разлози омогућили његов опстанак до данас. И не само то већ и због чега се наговештава светла будућност овог система?

Разлози настанка, опстанка и даљег развоја система рада код куће радника су бројни и деле се на а) оне којима се руководе радници код куће, б) организатори овог система — послодавци и в) оне од ширег друштвеног економско-социјалног значаја.¹⁰

Већ је указано да су радници код куће, по Марксу, они радници које су индустрија и крупна пољопривреда учинили „прекобројнима” те да је за њих рад код куће последње прибежиште. У основи се са изнетим слажу и други истраживачи ове проблематике утврђујући да огромну већину радника код куће, или прецизније преко 80%, чине лица која се морају објективно прихватити таквог рада. Уз то се још помињу традиција рада код куће радника и његова релативна самосталност у погледу ритма радног дана.¹¹

И организатори рада код куће радника, односно послодавци ових радника, у то не треба сумњати, имају ваљане разлоге у мери у којој га практикују у капиталистичким и социјалистичким, развијеним и неразвијеним земљама. У ред таквих, пре свега, долазе проширивање производних и уопште радних капацитета без нових инвестиционих улагања, или пак уз минимална додатна средства и уштеде на режијским трошковима. У земљама где се правни режим установљен за друге раднике не протеже и на раднике код куће, а таквих је на срећу све мање, послодавци радника код куће огромне уштеде остварују на порезима и доприносима по основу радног односа. На раднике код куће, ако раде сопственим средствима рада, пребацује се и ризик моралног рабаћења тих средстава и сл.

И са ширег друштвеног становишта гледано уз помоћ система рада код куће радника може се значајно допринети ублажавању одређених економско-социјалних, а посредно и неких других проблема. Ту је пре свега проблем недовољности инвестиционих средстава за нова радна места, а према неким прорачунима у систему рада код куће радника она су, у просеку, око 15 пута јефтинија него у индустрији. Уз то се штеди и на читавом низу других евентуалних трошкова као што су на пример: превоз на посао и с посла, додатак за одвојен живот од породице, станбени трошкови. Смањују се изостанци с посла нарочито код жена и радника — сељака и сл.

⁹ Др Р. Живковић: Проблем правне природе уговора о раду, Београд, 1940, стр. 84—85.

¹⁰ Детаљније о свему видети др Д. Паравина: Рад код куће радника, Научна књига, Београд, 1969, стр. 1—153.

¹¹ М. Guilbert i V. Isambert — Jamati: Travail féminin a travail à domicile, Paris, 1956, стр. 180—207.

Применом система рада код куће радника може се знатно проширити и повећати асортиман производа и услуга широке потрошње. И најповршнији увид у статистику наше спољне трговине указује како значајна девизна средства се дају за: дугмад, штипаљке, кишобране, сунцобране, лежаљке, рукавице, капе, катанце, ножеве, прибор за лов и риболов, спортске и друге реквизите и ко зна за шта још не. Међутим, са само мало више организованости и пословне умешности многи од наведених артикала могли би се скинути са увозних, па и прећи на извозне листе. Као систем децентрализоване организације рада, рад код куће радника могао би знатно допринети ублажавању наслеђене неравномерности у степену економске развијености појединих крајева земље. Ослобођен огромних радних просторија, гломазних и компликованих машина и уређаја он је примењив и у најзабаченијим планинским крајевима. Добар пример за то пружа Швајцарска чија се чувена индустрија сатова, у основи, заснива на овом систему.¹² Као такав овај систем омогућује коришћење најразноврснијих локалних сировина и материјала.

Рад код куће радника пружа значајне могућности за повећавање рационалног запошљавања, радом створених добара и стандарда, нарочито незапослених жена, које као што смо видели, чине знатну већину међу незапосленима, затим лица са отежаним кретањем, оних који немају стана у градовима и тд. Помоћу њега смањује се притисак на велике индустријске центре и све последице које одатле произилазе. То су разлози да се овај облик друштвене организације рада и сада доста широко практикује у развијеним и неразвијеним, капиталистичким и социјалистичким земљама. У Италији је на пример 1956. било 400.000 радника код куће;¹³ у Шведској 1949. преко 92.000;¹⁴ Немачкој 1945. око 164.000;¹⁵ у САД 1949. око 1.000.000¹⁶ и тд. У нашој земљи, мада југословенска службена статистика не познаје, па и не прати ову категорију радника, изучавања упућују да се њихов број може проценити на око 150.000.

Осим предности и погодности систем рада код куће радника има и своје недостатке које је, такође, нужно познавати и респектовати. У ред таквих спадају: расутост и недовољна организованост и међусобна повезаност радника код куће, претварање дела куће или стана у радни простор погоршава услове становања и живота ових радника и њихових породица, фактичка могућност посредовања названог знојни систем између радника код куће и послодавца, отежане могућности спречавања дечијег рада и тд. Због ових недостатака одавно се наметнула дилема: забранити или дозволити рад код куће радника? Једни су тврдили да се само његовом забраном могу елиминисати наведени недостаци. Други пак, да би забрана само довела до повлачења рада код куће радника у илегалност и тако оне-

¹² A. Cimmerman: La travail à domicile en Suisse, Revue internationale du Travail, Geneve, br. 3 — 4/1950, str. 264 — 287.

¹³ P. Palumbo: Lavoro a domicilio, Roma, 1956, str. 10.

¹⁴ Др Н. Тинтић: Друштвено-привредна и правна нарав рада који се обавља код куће радника, Зборник Правног фак. у Загребу, бр. 1/58, стр. 34.

¹⁵ Recht der arbeit, br. 8 — 9/1961, str. 341.

¹⁶ BIT: Le Travail industriel à domicile, Revue inter. du travail br. 6/49, str. 802 — 821.

могућила рад на ублажавању слабости овог система и очувању његових погодности. Због тога су присталице овог другог става излаз виде у стриктном правном регулисању и примереној контроли рада код куће радника. Ово друго решење прихваћено је у знатној већини земаља, укључујући и Југославију.¹⁷

А каква је будућност рада код куће радника? Дозволимо да нам на то питање одговоре амерички футуролози. У размишљању о будућности људске личности у технолошкој ери у коју је Америка већ закорачила социолог Алвин Тофлер назива ово доба *трећи талас цивилизације*. Њему су претходили први талас — заснивање пољопривреде пре десет хиљада година и други талас — индустријска револуција, од пре три века. Ово мишљење није утопистичко нити плод пуне маште већ се заснива на заживелим облицима и примерима људског понашања. То су доста чврсте контуре слике новог човека, без митоманије или „супермена“, по неким цртама чак хуманије од генерација које су живеле или живе у индустријској ери.¹⁸

„Једна од карактеристика деценија које долазе је прелазак великог броја послова из фабрика и канцеларија у домове радника и службеника. Они ће своје радне обавезе све више извршавати у свом стану, који се претвара у једну електронску јединицу повезану са централним радним местом, са фабриком и канцеларијом. Већ сада, нарочито у неким „апстрактним“ делатностима „духовног“ рада, као и у неким веома модерним фабрикама, 35 до 50 одсто радне снаге може да ради код куће, ако се изабере таква организација рада. Многи могу да раде неколико дана код куће, а неколико у канцеларији и предузећу. Скок цена енергије, односно превоза радника од места становања до радног места, а под условом развоја комуникација, система веза и мини компјутера наговештава да ће у једном моменту бити јефтиније поставити електронску јединицу у станове радника него их свакодневно превозити од фабрике. Телекомуникације ће тако заменити дуго, заморно и скупо путовање“.¹⁹

Дакле, систем рада код куће радника, као реално економско-социјална и правна категорија има доста дугу прошлост, садашњост и догледну будућност. Додајмо још да је овај систем, већ и због своје расутоности, примењив само тамо где се поуздано може мерити његов учинак, а рентабилан је нарочито у малосеријском раду, производњи артикала код којих је велико учешће људског рада и оних где је цена посебно висока ако су ручно произведени. Све су то и одлике горе изложеног појма „мала привреда“ због чега је и могуће рад код куће радника третирати као њен сегмент. С друге стране овај систем се не сме дозволити за обављање послова опасних по живот

¹⁷ Види законе о радним односима: БиХ, Сл. лист, бр. 4/84, чл. 106; Црне Горе, Сл. лист, бр. 27/85, чл. 129—132; Хрватске, Нар. новине, бр. 40/82, чл. 118—120; Македоније, Сл. весник, бр. 45/77, чл. 132—135; Словеније, Урални лист, бр. 24/83, чл. 191—193; Србије, Сл. гласник, бр. 37/86, чл. 135—139; Војводине, Сл. лист, бр. 22/81, чл. 126—129 и Косова, Сл. лист, бр. 24/84, чл. 126—130.

¹⁸ О америчким гледањима на будућност система рада код куће радника види у чланку Богдана Дечермића: *Трећи талас цивилизације*, објављеном у Борби од 3—4. I 1981, стр. 7.

¹⁹ Извор као под 18.

или здравље радника код куће, чланова његове породице или околине, ако се те опасности не могу отклонити мерама и средствима заштите на раду.

У закључку, а ради сигурнијег препознавања, исправнијег правног регулисања и спешније и обилатије примене рада код куће радника само неколико констатација и сугестија:

— под појмом „радник код куће” треба разумети свако, али и само оно лице које за организацију, односно послодавца лично и континуирано (као своје главно занимање — професију) обавља рад, код своје куће или на другом месту које му није одређено од послодавца или диктирано природом посла, средствима за рад добијеним од послодавца или сопственим и са правом на лични доходак и друга права којима је основ или услов радни однос;

— радник код куће као и сваки други ради за организацију, односно послодавца, за разлику од занатлије (макар он изузетно пружао услуге и у својој кући) који ради за свој рачун, у своје име и на свој ризик. Исто тако радник код куће се радом за организацију, односно послодавца бави као својим главним (професионалним) занимањем за разлику од лица које се бави домаћом или кућном радношћу као споредним или додатним занимањем и извором прихода уз неко друго главно;

— на раднике код куће, *mutatis mutandis*, применити целокупну радноправну регулативу као и на друге раднике изузимајући само решења инкомпатибилна перманентној дислокацији њихових радних места, и то у оквиру целе земље;

— организовање рада код куће радника дозволити како организацијама, тако и носиоцима самосталног личног рада средствима у својини грађана (послодавцима), а запошљавање по том систему свим лицима која за такав рад испуњавају услове утврђене важећом регулативом;

— радно време радника код куће (дневно, седмично и годишње) регулисати посредно путем упоређивања количине и квалитета њиховог рада са оним кога остварују истоврсне категорије радника запослених у радним просторијама организације, односно послодавца и за исто радно време;

— и ову категорију радника подвргнути контроли инспекције рада, и то појачаној, а због горе поменутих недостатака система рада код куће радника.

QUELQUES POSSIBILITÉS INSUFFISAMMENT UTILISÉES POUR L'EMBAUCHAGE ET LE SECTEUR PRIVÉ

— Résumé —

En abordant à la problématique exposée sous ce titre l'auteur constate que le chômage en masse est trop longtemps présent et en majorité le chômage des jeunes et des qualifiés et que c'est un des plus graves problèmes économiques sociaux, politiques et moraux de la société yougoslave.

Au cours de la période de 1952 — 1985 le chômage grandissait selon le moyen taux annuel de 10,3%. La situation diffère essentiellement selon les républiques, c'est-à-dire selon les provinces autonomes et il varie de l'énorme chômage à Kosovo (31,1) jusqu'à l'embauchage complet en Slovaquie (1,8) en 1985. Parmi les chômeurs ce sont les femmes qui ont l'avantage (55,6%), puis les jeunes ouvriers au-dessous de 30 ans (78%), les ouvriers spécialistes (56%) et les personnes qui attendent leur premier emploi (71,1%). Les causes de cet état sont nombreuses et complexes. En premier lieu c'est la mauvaise politique de longue durée vers le village et les ruraux, les investissements inexacts et l'état démographique, surtout à Kosovo.

Le secteur privé, conçu d'une manière précise dans le programme de la stabilisation économique de longue durée et particulièrement le système du travail domestique comme segment du secteur privé, peuvent significativement atténuer le chômage.

Les futurologues américains prévoient que dans les décennies qui suivent de 35 à 50 pour cent des ouvriers travailleront chez eux. La hausse des prix de l'énergie c'est-à-dire le transport des ouvriers de chez eux à la fabrique, sous la condition du développement des communications, du système des relations et des mini-calculatrices, présage que dans un moment, une telle organisation du travail sera moins coûteuse que l'existante.

РЕФОРМА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА У СР НЕМАЧКОЈ
— УТИЦАЈ НА ЈУГОСЛОВЕНСКО-НЕМАЧКЕ
ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ОДНОСЕ

I Увод

Код југословенско-немачких односа можемо узети у обзир два раздобља: прво раздобље, које траје некако од 1960. године до 1968, и друго раздобље од 1968. године надаље, кад су обје земље дана 12. 10. 1968. године закључиле споразум о запошљавању југословенских радника у СР Немачкој. Тај споразум је постао ваљан даном 4. 2. 1969. године.¹ По тако закљученом споразуму је у 1975. години број Југословена, привремено запослених у СР Немачкој, досегао свој вишак. Те године се по подацима немачког Савезног бироа за статистику из Wiesbadena на дан 30. 9. 1975. у СР Немачкој налазило 670.900 Југословена.² У том броју нису обухваћена деца југословенских радника, привремено запослених у СР Немачкој, старих до 16 година, јер ти у СР Немачкој не требају дозволу за боравак. По разним подацима закључују да је било у 1975. години те деца сса 300.000, тако да би укупни број Југословена у СР Немачкој у 1975. години износио сса 1 милијун. По подацима немачког Савезног бироа за статистику је у СР Немачкој Југославија с обзиром на број привремено запослених радника на другом месту, на првом месту је Турска, а на трећем Италија. У СР Немачкој било је око 5 милијуна странаца.

Из даљних статистичких података утврђујемо, да је у 1975. години у СР Немачкој брак закључило 3.222 Југословенке и 2.270 Југословена; од тих је 2.014 Југословенки закључило брак са немачким држављанима те 1.288 Југословена с Немицама.³ У 1975. години је било закључено 3.302 југословенско-немачка мешана брака, што свакако не претставља мали број.

Из тих статистичких података, који се односе на 1975. годину, кад је број југословенских радника привремено запослених у СР Немачкој досегао свој вишак, је управо видљиво да су југословенско-немачки породичноправни односи многобројни и да посежу у најва-

¹ Обј. у Сл. л. СФРЈ, бр. 4/1969; у СР немачкој БГБ1. 1969 II 1107.

² Види Statistisches Jahrbuch 1976 für die BRD, Herausgeber: Statistisches Bundesamt Wiesbaden, str. 65.

³ Види Statistisches Jahrbuch 1977, str. 70.

жнији и најинтимнији дио човековог живота. Потребно је још споменути југословенске статистичке податке из којих следи, да се 70% свих наших радника, који су привремено запослени у иноземству, налази управо у СР Немачкој.⁴

II. Историјски развој

Најважнији досадашњи извор немачког међународног приватног права, 1. одељак Уводног закона за грађевински законик (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch — EGBGB, надаље: ЕГБГБ) потиче из 1896. године⁵ и био је све до сад без већих промена у ваљаности. Због недостатака закона и због различитих других разлога била је све потребнија темељита реформа тог закона. Тако, на пример, уопће нису била одређена опћа начела међународног приватног права и целокупно међународно уговорно право, непословне обавезе и стварно право је било тек деломично уређено. Много колизијских норми било је једностраних, те су уређивале само употребу немачког права. Целокупни закон био је под утицајем патријархалне социјалне структуре прошлог столећа. Тако су, на пример, колизијске норме на породичноправном подручју познавале навезивање само на мужа и оца и накад на жену, истовремено су биле запостављене статусноправне последице ванбрачне деце.

Недостатак тог старог уређења постао је све очитији уз приливање бројних страних радника у СР Немачкој. Због толико странаца у СР Немачкој је с временом правна знаност и судска пракса почела развијати појединачна подручја међународног приватног права, која су се све више удаљавала од текста самог закона. Прије свега су две тенденције потискивале одредбе ЕГБГБ: као прво, закључивање међународних колизијскоправних уговора, који потискују аутономно међународно приватно право, као на пример Хашка конвенција о примени права за алиментацијске обавезе у односу на децу из 1956. године, и као друго судска пракса, која је везивање на мужа у међународном породичном праву изрекла као противустварну и ништаву, без да понуди друга поуздана надокнадна решења.⁶

Тако је 50-тих година посебни саветовални орган немачког саветног министарства за правосудје, такозвани „Немачки савјет за међународно приватно право“ (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht) почео формирати мишљење и предлоге за реформу појединачних подручја међународног приватног права.⁷ Крајем 70-тих година

⁴ Подаци из необјављеног рада: Положај југ. радника привремено запослених у иностранству и активност ССЈ, Комисија председништва већа ССЈ за запошљавање, Београд, децембар, 1976.

⁵ ЕГБГБ од 18. 8. 1896, обј. Reichsgesetzblatt 1896, стр. 604, Bundesgesetzblatt III 400 — 1.

⁶ Као нпр. следеће судске одлуке: BGH (Bundesgerichtshof) од 8. 12. 1982, FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 1983, стр. 255 (ка 1. ст. 17. чл. ЕГБГБ); BVerfG (Bundesverfassungsgericht) од 22. 2. 1983, IPRax (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht) 1983, стр. 223 (ка 15. чл. ЕГБГБ).

⁷ Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts (1962), des deutschen internationalen Kindschafts, Vormundschafts- und Pfl-

је савезни правосудни министар наручио професору и некадашњем министраском службенику Güntheri KÜHNE-ју, да изради предлог закона.⁸ Објава његовог предлога је изазвала много различитих стајалишта и алтернативних предлога.⁹ Коначно је савезна влада дана 20. 5. 1983. године представила свој предлог с опширним образложењем, којег је по претходној расправи у савезном већу и различитим парламентарним одборима дана 25. 7. 1986. године прихватила савезна скупштина. Закон је објављен у савезном службеном листу дана 30. 7. 1986. године с насловом „Закон о новом уређењу међународног приватног права“ (Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts), који почиње ваљати од 1. септембра 1986. године.¹⁰

Закон није изашао у прочишћеном тексту, већ доноси темељите промене Уводног закона за грађански законик. Истовремено је било 13 закона — посебно још процесноправни прописи — промењених и прилагођених новом међународном приватном праву.

III. Опћа правила међународног приватног права

У првом одјелку ЕГБГБ уређује под лоше примерним насловом „Упућивање“ (Verweisung) опћа начела међународног приватног права. Тај дио садржи суштински врло мало новог.¹¹ У 1. ставу 4. члана, који уређује ренвои, живи стари 27. члан унапред, иако у модерном облику, у 6. члану (ordre public) па пријашњи 30. члан. У 3. ставу 3. члана нови закон задржава пријашњи тешко разумни и много пута критикизирани 28 члан ЕГБГБ (Sonderstatut bricht Gesamtstatut).

Уколико појединачни прописи немају претходника у старом закону, користе, што је само по себи јасно, она начела, која су се већ прије развила у правној науци и судској пракси, као на пример: да упућивање на материјалне норме неке земље изкључују њено међународно приватно право, да у примеру када странке саме одаберу право неке земље, упућују само на материјалне норме (2. став 4. члана), или да имају одредбе из међународних уговора предност пред националним правом (2. став 3. члана). Када колизиона норма упућује на право земље, која има више правних поредака, одређује право те земље, који правни поредак ће се применити. Уколико нема такве одредбе с њемачког гледишта употребиће се онај правни поре-

gschaftsrechts (1966), des deutschen internationalen Erbrechts (1969) und des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts (1972); Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts (1981).

⁸ Gunther KÜHNE, IPR-Gesetz-Entwurf (1980).

⁹ Као нпр. Dopffel/Drobniг/Siehr, RabelsZ 44 (1980) 344; Neuhaus/Kropholler, RabelsZ 44 (1980) 326; Stellungnahmen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 47 (1983) 595.

¹⁰ Обј. у Bundesgesetzblatt 1986 I 1142 — 1155.

¹¹ Види Stoll, Bemerkungen zu den Vorschriften über den „Allgemeinen Teil“ im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR, IPRax 4 (1984) 1, стр. 1 и следеће; упоредити још Хептинг/Геч — Корощец, Нова уредитев међународнега засебнега права в ЗР Немчији, Правник, 42 (1987) 1—2, стр. 67, 68.

дак који је с односом у најтеснијој вези (3. став 4. члана). У односу на Југославију то значи, да ће немачки судија колизију различитих правних поредака разрешити употребом југословенског Закона о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима из 1979. године. Члан 5. има помало необичан наслов „Персонални статут” (Personalstatut) иако га нити не дефинира нити изричито не именује одлучујуће везивне критерије. При читању прописа свакако утврђујемо да ЕГБГБ и по реформи као само по себи разумљиво произилази из принципа држављанства. Критички гласови у правној науци, који су захтевали прелаз к принципу боравка се у реформи нису остварили.¹² Први став 5. члана одређује, да је код особа с више држављанстава одлучујуће ефикасно држављанство. Ако та особа има и немачко држављанство, увек ће се употребити немачко без обзира на то, да ли је немачко држављанство истовремено и ефективно држављанство. Немачки савезни врховни суд је у таквим примерима од 1979. године па надаље поштовао ефективност.¹³ Закон о реформи кочи развој у том смеру. За особе без држављанства или ако се њихово држављанство не да утврдити, употребиће се право оне земље, у којој та особа има свој обичајан боравак (gewöhnlicher Aufenthalt), ако тога нема, право земље у којој има свој боравак (Aufenthalt) (2. став 5. члана). Исто везивање вреди на подлози посебних закона и међународних уговора за друге особе, као, на пример, за избеглице, за особе које моле за азил и друге.

IV. Међународно приватно право цивилних особа и правних послова

У другом одељку, у члановима 7 и 9 нови ЕГБГБ обрађује она питања, која се односе на добивање и губљење правне и пословне способности. Овде налазимо врло мало промена.¹⁴ Тако се као досад, по 1. реченици 1. става 7. члана просуђује правна и пословна способност одређене особе по њеном националном праву. То вреди у складу са 2. реченицом изричито и за правило „Heirat macht mündig.” Ако је одређена особа правно и пословно способна, она задржава ту способност без обзира на губљење или примање немачког држављанства. Одредба 8. члана следи пријашњем праву и још даље омогућује постављање под старатељство странца у СР Немачкој по немачком праву. И код проглашења несталих за умрле остаје нова одредба при пријашњем уређењу, наиме одлучујућем *lex nationalis*, само да је то правило преузето из пријашњег параграфа 12 Закона о несталим особама у нову одредбу 9. члана ЕГБГБ. Тек изминмо се може употребити и немачко право, ако за то постоји оправдани интерес.

Потпуно нову одредбу налазимо у 10. члану, који обрађује право личног имена. Први став 10. члана се позива начелно на *lex nationalis* и лично име дакле подређује персоналном статуту. То начело

¹² Види Neuhaus/Kropholler, Fn. 9, стр. 335.

¹³ Упореди Геч — Корошец, Персонални статут особа с више држављанстава у СР Немачкој, *Наша законитост*, 38 (1984) 2, стр. 188 и следеће.

¹⁴ Види Хептинг/Геч — Корошец, Фн. 11, стр. 68—70.

вреди и за примере, кад дође до промене личног имена на подлози породично-правних промена. У тим примерима се прије употребио онај статус, који је вредио за породичноправну промену.¹⁵ Судска пракса је у задње време све више и више полазила од употребе персоналног статуса.¹⁶ Реформа је, дакле, тај нови развојни тренд усвојила као начело у првом ставу. Други до шести став проширује то начело на три важна примера с подручја додатног везивања: наиме при презимену будућих брачних другова (2. до 4. став), надаље при презимену деце родитеља, који нису Немци (5. став) и код презимена ванбрачног детета (6. став).

Код презимена будућих брачних другова немачки савезни врховни суд је будућим брачним друговима дозволио, да уместо персоналног статуса употребе право њиховог заједничког боравака, да би могли тиме прилагодити своје будуће презиме њиховом заједничком социјалном околишту.¹⁷ Та судска пракса је проузроковала велике практичне тешкоће. Реформа поштује идеју о избору и великодушно проширује могућност избора. По 2. ставу могу будући брачни другови при закључивању брака у СР Немачкој с изјавом пред надлежним органом (*der Standesbeamte*) изабрати своје будуће презиме тако, као што то омогућује национално право једног од брачних другова или по немачком праву, ако бар један од њих има свој уобичајни боравак у СР Немачкој. Будући да брачни другови, који не закључују бракове у СР Немачкој у правилу пред страним органом не могу искористити тај избор, предвиђа 3. став да може у национално мешовитом браку у којем је један од брачних другова Немац, последњи и по каснијем повратку у СР Немачку изабрати национално право свог партнера. Додатно томе имају брачни другови у браку, у којем један има немачко држављанство, а други је страни држављанин, или су оба страна држављанина, у складу с 4. ставом, могућност одредити презиме по немачком праву, ако је један од њих добио уобичајени боравак у СР Немачкој, или ако вреди немачко право као статут, који одређује учинке брака (*Ehewirkungsstatut*) Очекиваних практичких олакшица неће сигурно доћети та нова одредба за лично име; супротно, Немци се питају, да ли је ова одредба уопште примерна.

Код брачне деце оних родитеља, који немају немачко држављанство, може законити заступник (не да би тиме кршио основно начело из 1. става 10. члана) и одредити, да може дете узети презиме по свом националном праву или по немачком праву, као праву уобичајеног боравака једног родитеља (5. став).

Ванбрачно дете може узети презиме и по националном праву родитеља односно по националном праву оног, који му додели своје презиме (6. став).

¹⁵ Види судске одлуке: у БГХЗ, Бд. 44, стр. 121 и 124 (презиме брачних другова) и у ФамРЗ 1960, стр. 229 и 231 (презиме усвојеника).

¹⁶ Види судске одлуке: БГХЗ, Бд. 56, стр. 193 и Бд. 63, стр. 107 и 109 (презиме обрачних другова); БГХЗ, Бд. 59, стр. 261 (додела презимена).

¹⁷ Види судску одлуку у БГХЗ, Бд. 63, стр. 107.

Дакле, колизијска правила за лично име су врло исцрпно уређена, у 2. до 6. ставу 10. члана па, као што је већ наведено, и врло комплицирано.

Члан 11 уређује облик правних послова. Први став предвиђа тако, као што је већ пријашњи 1. став 11. члана, да је правни посао с обзиром на облик ваљан, ако је ваљан било по праву, које вреди за садржај правног посла, било по праву места, гдје је правни посао био закључен. Ако закључују уговор странке, које нису присутне те су у различитим земљама, уговор је с обзиром на облик ваљан, ако је ваљан било по праву, које вреди за садржај односа, или по праву земље, у којој се налази један од партнера (2. став). Код уговорних односа с обзиром на некретнине одређује 4. став ограду у корист обвезујуће норме *lex rei sitae*.

Досадашњи 2. став 7. члана је постао уопћен 12. члан. Код имовинских правних послова унутар једне земље се физичка особа може позвати на предвиђено ограничење правне и пословне способности по њеном националном праву само тада, када је уговорни партнер о томе знао или је могао знати. То не вреди за породичноправне и наследноправне послове, као такођер ни за располагање с некретнинама која се налазе у другој земљи.

V. Међународно породично право

Највеће промене налазимо у међународном породичном праву. На том подручју је реформа убрала потпуно нови пут, јер пре усвајања новог закона текст старог ЕГБГБ био је једва значајан, па је био или потиснут међународним уговорима, или је био због кршења начела једнакоправности проглашен за противустан.¹⁸

A. Реформа је оријентирала ново уређење на више водећих мисли:

1. да се уведе као идеалан јединствени „породични статут”, (*Familienstatut*) за све браком и породицом повезана правна питања;
2. да се изведе начело једнакоправности тако, да је за мужа и жену остварено једнако везивање и
3. да се у родитељском праву поштују начела, која произилазе из међународних уговара.

(1) Начело јединственог „породичног статута” је остварено у 14. члану ЕГБГБ, који одређује одлучујуће право за учинке брака. Том начелу се придружују одредбе о следећим правним односима: 1. став 15. члана (имовински односи), 1. реченица 1. става 17. члана и 3. став 17. члана, те 4. став 18. члана (развод брака и његове правне последице), 1. реченица 1. става 19. члана (односи родитеља до деце у постојећој брачној заједници), 1. реченица 1. става 21. члана (позакоњење закључивањем брака) и 2. реченица 22. члана (усвојење од стране брачних другова). Све те одредбе поштују статут, који вреди за учинак брака (*Ehewirkungsstatut*). Да жели јединствени породични статут обухватити само несметено породицу, спознајемо и из

¹⁸ Види Хептинг/Геч — Корошец, Фн. 11, стр. 70 — 73.

2. реченице 1. става 19. члана, који одређује, да у примеру непостанка брака (и то је увек у случају развода) не вреди „породични статут”, већ право дететовог уобичајеног боравака.

(2) „Породични статут” мора омогућити једнакоправно везивање и не смије дати предност нити мужу, нити жени. Тај циљ постиже закон у 14. члану везивањем којег комбинира с могућношћу избора одређеног права.

Општи учинци брака се просуђују даље по праву оне земље, које су држављани оба брачна друга, или које држављани су били у времену трајања брака, уколико има један од брачних другова још увек држављанство те земље (1. тачка 1. става 14. члана). Тај први степен везивања претставља заједнички персонални статут: одлучујућа тачка везивања је, дакле, држављанство. Ако та тачка везивања откаже, употребиће се право оне земље, у којој имају оба брачна друга свој уобичајени боравак или су га у часу трајања брака имала, а уз то један од њих тамо још увек има свој уобичајени боравак (2. тачка 1. става 14. члана). На том другом степену прелази, дакле, закон на уобичајени боравак као тачку везивања. Уколико и то везивање не доведе до јединственог статута, вреди као помоћно право оне земље, с којом брачни другови имају на друге начине најтеснију везу (3. тачка 1. става 14. члана). Та последња одредба је била неодређено формулирана још од стране правног одбора. Код утемељивања правног одбора су наведена нека необавезна гледишта за најтеснију везу, као, на пример, заједничка социјална повезаност брачних другова с одређеном земљом на подлози њихових извора, културе, језика, запошљавања, боравака, заједничких планова за будућност, итд.

Под споменутих претпоставкама могу брачни другови и одабрати статут за учинке брака. Најпре може брачни друг, који има више држављанстава, заједно са својим брачним другом одабрати заједничко национално право, без обзира на то, да ли је то за њега и ефективно или не (2. став 14 члана). Надаље могу брачни другови одабрати право земље, којој припада један брачни друг, уколико нису испуњене претпоставке по 1. тачки 1. става 14. члана, и дакле ниједан од брачних другова не припада земљи у којој имају оба брачна друга свој уобичајени боравак, или уколико брачни другови свој уобичајени боравак немају у истој земљи (3. став 14. члана). Такав избор мора следити у облику уговора међу брачним друговима; у СР Немачкој у облику уговора закљученог пред нотаром (4. став 14. члана). Код свих тих тачки везивања користе се критерији по строгом начелу једнакоправности оба брачна друга: или такав критериј, који је обим брачним друговима заједнички, или следи консенз међу партнерима у оквиру могућности избора одређеног права.

(3) Ослањање на међународне уговоре за правне последице, које се појављују у родитељском праву се показује у 1. ставу 18. члана. Код опширно уређеног статута алиментације поштују се правила нове Хашке конвенције о примени права за алиментацијске обавезе од 1973. године, која за сада у СР Немачкој још не важи, а у кратком ће року бити прихваћена и заменити конвенцију из 1956. године.

Б. Опширан дио међународног породичног права је садржајно испреплетен описаним водећим начелима. Уз то постоји и више правних питања, за која вреди додатно допунско или самостално везивање. Представит ћемо их у кратким цртама:

(1) За материјалне претпоставке за закључивање брака се, у складу с одредбом 1. става 13. члана, тако као досад, користи за сваког заручника његово национално право. Нова одредба се појављује у другом ставу, која странцу изнимно дозвољава, да закључи брак по немачком праву. Овдје следи реформа становиште одлуке Савезног уставног суда из 1971. године.¹⁹ Као и прије, брак начелно може бити закључен о облику, којег одређује немачко право (1. реченица 3. става). Друга реченица 3. става одређује изнимку, коју је преузео из параграфа 15а Закона о браку,²⁰ и дозвољава странцима, да могу закључити брак пред олуномоћеном особом, коју одређује њихово национално право.

(2) За имовинскоправне односе брачних другова одређује у 2. ставу 15. члана (у 1. ставу уважен „породични статут“) уз могућност избора националног права или права уобичајеног боравка једног од брачних другова; код некретнина па избор права земље гдје некретнина лежи. Имовинско стање странца се у немачком правном систему може уважити само, ако је уписано у немачки имовинскоправни регистар (1. став 16. члана); осим тога се морају поштовати неке обавезатне норме немачког права, које штите трећа лица (2. став 16. члана).

(3) Пропис о разводу брака из 17. члана проширује (у 1. реченици 1. става) начелно ваљан „породични статут“ и одређује немачко право за одлучујуће у примеру, када се брак по том статуу не би могао развести. Немачко право се примењује тада, ако тужитељ има немачко држављанство или ако та је имао при закључивању брака. У трећем ставу срећемо допунско везивање за „равнотежу мировине“ (Versorgungsausgleich); тај институт немачког права непознат је у бројним страним правним порецима. Други став одређује, да брак у СР Немачкој може бити разведен само пред судом. Други облик није могућ, и ако би разводни статут то могућавао.

(4) Код права алиментације следи 18. члан одредабама Хашке конвенције о примени права на алиментацијске обавезе од 2. 10. 1973. године. Као што смо већ споменули, за сада у СР немачкој још не вреди, но у скорој будућности ће бити ратифицирана и на такав начин ће надокнадити сада ваљану Хашку конвенцију о примени права на алиментацијске обавезе у односу на децу од 24. 10. 1956. године. Будући да одредбе у конвенцији потикују домаће колизијске норме, законодавац се у реформи одлучио те одредбе садржајно претворити у закон. Тако се, дакле, при праву, које се примењује на алиментацију, можемо позвати на опће одредбе из те конвенције.

(5) Члан 19 уређује право брачног детета. Та одредба је наклоњена брачном статусу детета утолико, да се уз начелни „поро-

¹⁹ „Spanier-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts vom 4. 5. 1971 BVerGE 31, FamRZ 1971, стр. 414 и сл.

²⁰ Ehegesetz (EheG) vom 20. 2. 1946, BGBI. III 4 Nr. 404 — 1.

лични статут" (1. реченица 1. става) задовољава и с националним правом једног родитеља (2. реченица 1. става).

Дете може оспоравати очинство још по праву својег обичајног боравка (4. реченица 1. става).

(6) У 20. члану је одређено право ванбрачног детета. Другачије од осталих правних поредака, немачко право још увек чини разлику међу брачном и ванбрачном децом. То разликовање је консеквентно изведено и у колизијском праву. Закон олакшава утврђивање очинства, кад изборно одређује очево или мајчино национално право или право дететовог уобичајеног боравка. Утврђивање материнства, као и обавезе оца према мајци, се просуђује по мајчином националном праву; односи родитеља и деце по правилу дететовог уобичајеног боравка.

(7) Позакоњење, које наступа закључивањем брака, је олакшано на тај начин, да се одредба 21. члана уз породични статут задовољава и националним правом сваког од брачних другова. Позакоњење, које наступа на другачији начин, просуђује се по националном праву родитеља у питању.

(8) За усвојење се начелно користи национално право усвојитеља (1. став 22. члана). Та одредба је већ била знана по пријашњем праву. Нова је одредба, да се усвојење од стране једног брачног друга или оба брачна друга, просуђује по породичном статуту (2. реченица 22. члана).

(9) Код свих промена дететоваг породичноправног статуса се све потребне дозволе пресуђују по дететовом националном праву (23. члан). Уколико би на тај начин био доведен у питање интерес детета примениће се немачко право.

(10) Штићеништво и старатељство се начелно просуђује по националном праву штићеника (24. члан). Употреба те одредбе је снажно ограничена међународним уговорима, нарочито Хашком конвенцијом о надлежности органа и праву које се примењује на подручју заштите малолетних особа од 5. 10. 1961. године.

VI. Међународно наследно право

По 1. ставу 25. члана остаје у наследном праву одлучујуће национално право оставиоца приликом његове смрти. За некретнине, које леже у СР Немачкој, па може оставитељ одабрати и немачко право. Код тога мора у складу с одредбом 2. става 25. члана поштовати облик, који је одређен за располагање у примеру смрти. Реформа је уклонила предлоге о могућностима избора одређеног права у међународном наследном праву.²¹ Члан 26 одређује облик опоруче. Одредба тог члана је преузета из Хашке конвенције о надлежном закону за облике опоручних располагања од 5. 10. 1961. године. СР Немачка је ту конвенцију ратифицирала.

²¹ Посебно Предлог закона Kühne-a, Фн. 8.

VII. Међународно обвезно право

Осим породичног права је реформа у међународном обвезном праву видела друго тежиште реформе,²² иако су њена настојања на том подручју мање успешна. Непословне обвезе су биле, наиме, искључене при самој реформи. Реформа је одредбу из пријашњег 12. члана ЕГБГБ, која је једино уређивала одштетну обвезу, унаточ недостацима, непромјењену прихватила у нови закон. Осим тога, у том делу новог закона нема самосталних аутономних одредби. Одредба из 27. члана и сва остала, које уређују обвезно право, су практички преузета из конвенције земаља Европске економске заједнице о праву меродавном за уговорне обавезе.²³ Та конвенција у СР Немачкој још не вреди, иако ће је у скорој будућности СР Немачка ратифицирати. Законодавалац је тако сматрао, да је пожељно, да се одредбе из конвенције непосредно унесу у текст новог закона, па би у обрнутом примеру ратифицирана конвенција свакако потиснула аутономне одредбе у закону. Такво гледиште наравно није безопасно. Иако се национални закон потпуно слаже с одредбама конвенције, може се десити, да с временом аутономна примена закона преко државних судова, доведе до друкчијих развојних тенденција, него што би следиле из међународног јединственог тумачења одредби конвенције. Законодавалац је покушао спречити ту опасност на такав начин, да је у 36. члану ЕГБГБ судовима наложио, да се мора при примени одредби чланова 27 и других поштовати јединствена примена конвенције. Време ће показати, да ли је та одредба довољна и успешна.

VIII. Појединачни примери југословенско-немачких породичноправних односа

Пример (1)

Гледиште немачког савезног суда:

Југословенки се при разводу брака признаје надокнада за опскрбу у случају старости или инвалидности (*Versorgungsausgleich*) од мужа, који има статус избеглице, иако тај правни институт југословенско право не признаје.²⁴

С 1. Законом о реформи брачног и породичног права из 1976. године²⁵ је у праву СР Немачке био уведен посебан институт — *Versorgungsausgleich* — којег у таквом облику други правни пореци не познају. Тим институтом законодавац остварује посебан циљ. Соци-

²² Упореди Хептинг/Геч — Корочец, Фн. 11, стр. 73, 74.

²³ Службени лист Европске економске заједнице 1980, бр. II 282, стр. 1.

²⁴ Решење ВGH (Bundesgerichtshof) од 30. 6. 1982 — IV b ZB 626/80, обј. у IPRspr. (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts) 1982, Nr. 158.

²⁵ 1. EgeRG, Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts vom 14. 6. 1976, BGBI. I 1421 Nr. 67.

јално слабијем брачном друту прије свега женама — домаћицама, које нису биле запослене и женама, које су биле само кратко време запослене, жели по разводу брака осигурати самостално осигурање у случају инвалидности или старости. То самостално економско увећење социјалног слабијег брачног друга се постиже на подлози утемељеног права мировине због старости или инвалидности и иде на терет другог брачног друга из његовог законског осигурања.²⁶

Код развода оних бракова, у којима нису присутни само немачки држављани, тај институт је у складу с 17. чланом ЕГБГБ, само ако се за развој брака примењује немачко право. Немачки суд је обрађивао следећи пример:

Парничне странке — брачни другови су као југословенски држављани закључили дана 13. 12. 1941. године брак у Југославији. Муж је године 1956 илегално напустио Југославију и од тада живи у СР Немачкој, гдје има правни положај избеглице по Конвенцији о статусу избеглица од дана 28. 7. 1951. године. Супруга је у неколико наврата долазила к мужу у СР Немачку. Од године 1971. живе брачни другови потпуно одвојено, жена у Југославији, муж па у СР Немачкој. Тужбу за развод брака је пред немачким судом уложио муж.

Жена је као тужена странка предлагала да јој суд призна надокнаду за опскрбу у случају старости или инвалидности, такозвани *Versorgungsausgleich*. Муж је, наиме, у СР Немачкој добио право мировине на основу минулог рада у току трајања брака. Првостепени суд за породичне спорове (*Amtsgericht — Familiengericht*) је такав захтев тужене одбио. Другостепени суд је женину жалбу одбио, те потврдио првостепену пресуду уз образложење, да се за признавање надокнаде за опскрбу код брака међународним елементом примењује исти статут, као што се примењује на учинке брака с начелом примене „слабијег права”, јер је у даном примеру то југословенско право, које тај институт не познаје.²⁷ Ниједан од брачних другова не може имати више права, него што им их даје његово национално право. Суд је своје гледиште о надлежности статута за учинке брака упро на мишљење, да има надокнаде за опскрбу у случају старости и инвалидности своју подлогу у животној заједници брачних другова и у њиховим заједничким брачним успесима у току трајања брака. Осим тога би, по даљњем мишљењу другостепеног суда, било неodrживо, ако би муж био прикраћен у остваривању својег права на пензију, будући да су оба брачна друга у времену, кад је то право настајало били југословенски држављани.

На следећу женину жалбу је немачки савезни суд укинуо обе пријашње одлуке и одредио, да се за признавање надокнаде за опскрбу

²⁶ Види више о томе Jaume, *Der Versorgungsausgleich im internationalen Privatrecht-Stand der Rechtsprechung und der Reform*, стр. 101 — 109, (у раду: *Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und der zwischenstaatlichen Praxis*, Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht, Band 11, 1984, Berlin).

²⁷ Решење OLG (Oberlandesgericht) Karlsruhe од 8. 11. 1979 — 16 UF 20/79, обј. у IPRspr. (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen privatrechts), 1979, Nr. 76.

(Versorgungsausgleich) примени исти статут као и за развод брака, а то је 17. члан ЕГБГБ. По том члану је било за развод брака одлучујуће мужево национално право. Како муж има положај избеглица и уобичајени боравак у СР Немачкој, се у складу с Конвенцијом о статусу избеглица, сматра немачким држављаном. За развод брака, те за признавање надокнаде за опскрбу се, дакле, у складу с поменим 17. чланом ЕГБГБ употребило немачко право и жени — Југословенки признала надокнада за опскрбу.

Посебно треба поздравити то гледиште немачког савезног суда прије реформе немачког међународног приватног права, јер можемо очекивати, да ће у будуће у таквим и сличним примерима југословенским држављанима бити призната надокнада за опскрбу у случају старости и инвалидности.²⁸

Реформа међународног приватног права је у 3. ставу 17. члана ЕГБГБ донела нову одредбу за „Versorgungsausgleich“ који се просуђује по статуту, који се примењује за развод брака. Признаје се само тада, када се познаје барем право државе, којој припада један брачни друг у тренутку подношења захтева за развод брака. Ако се по том праву не би могао признати, може се под одређеним увјетима, на захтев једног брачног друга, спровести по немачком праву. Међу те увјете спадају и увјети, да је други брачни друг у времену трајања брака добио право на немачку пензију или ако се за опште учинке брака могло за одређено време трајања брачне заједнице применити право које познаје „Versorgungsausgleich“.

Као што је познато, у СР Немачкој су основани посебни центри, који служе посредовању података из наслова осигурања између СР Немачке и друге земље, с којом је СР Немачка закључила билатерални уговор. Тако је за Југославију надлежан Landesversicherungsanstalt für Arbeiter (LVA) Niederbavarn-Obenpialz који је у Landshutu. Југословенско-немачки уговор о социјалном осигурању је закључен дана 12. 10. 1968.

Пример (2)

У СР Немачкој није призната југословенска пресуда о разводу брака страних држављана, ако страном праву ту пресуду не признаје.²⁹

Брачни другови — југословенски држављани су дана 29. 12. 1950. године закључили брак у СР Македонији. По закључењу брака су се преселили у Турску, добили турско држављанство, те по наводима у пресуди изгубили рођењем добијено југословенско држављанство. Тужбу за развод брака је уложио муж пред општинским судом у СР Македонији, гдје се претходно (за три тједана) задржавао. По његовим наводима би имали брачни другови свој задњи заједнички боравак у Турској. Општински суд у СР Македонији је с пре-

²⁸ Упореди Геч — Корошец, Одлучбе с подročја дружинскога права III, Правна пракса, 4 (1985) 23, стр. 6.

²⁹ Одлука Министарства за правосуђе земље Баварске од 8. 12. 1982 — 2365 E—I—365/82, обј. и IPRspr. (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts), 1982, Nr. 188.

судом од 24. 11. 1981. године развео брак из разлога „стварног прекида брачне заједнице за дуже од три године” по 53. члану македонског Закона о браку из 1973. године.³⁰ Када је пресуда постала пуномоћна, разведени муж је 1982. године предлагао признање те пресуде у СР Немачкој.

У формалном поступку за признавање југословенске разводне пресуде је Министарство за правосуђе земље Баварске закључило, да нису дани увјети за признавање, јер у складу с одредбама параграфа 328 I, бр. 1 у вези с параграфом 606 б, бр. 1 ЗОП (Zivilprozessordnung)³¹ југословенски суд није био међународно надлежан за одлучивање у предметном поступку. Како ни један од брачних другова у току развода брака није имао југословенско држављанство, по немачком ЗОП југословенски суд био би међународно надлежан само у случају ако би један од брачних другова имао обичајни боравак у току развода брака у Југославији и ако би по мужевом националном праву била призната југословенска бракоразводна пресуда. Будући да није био испуњен ни један од наведених увјета, југословенска бракоразводна пресуда у СР Немачкој није била призната.

По мужевом националном праву, (то је у даном примеру по турском праву,) југословенска пресуда у Турској била би призната, ако би југословенски суд при разводу брака применио турско право, које је вредило као национално право оба брачна друга при разводу брака. Нови турски закон о међународном приватном праву и поступку из 1982. године³² у 13. члану одређује, да се за развод брака примењује право земље, које држављани су оба брачна друга. У даном примеру, кад је суд СР Македоније применио само македонски закон о браку, то би по турском закону о међународном приватном праву и поступку (38. члан, тч. е у вези с 42. чланом) била југословенска пресуда призната, ако би тужена странка у поступку за признање била без икаквих приговора. Будући да је тужена странка непознатог боравка, суд не би могао проверити да ли би се одрекла тог свог права, или не. То је нарочито важно, јер се разводни разлог из 132. члана турског цивилног законика знатно разликује од разводног разлога из 53. члана Закона о браку СР Македоније.

На одлуку Министарства за правосуђе земље Баварске упозоравамо прије свега због тога, да би првостепени југословенски судови спознали, како је важна чињеница, да ли су за развод брака с међународним елементом уопште међународно надлежни и следећа одлука суда — које право се може употребити.³³ Одговоре на дана питања налазимо данас у Закону о уређењу колизија закона с прописима других земаља у одређеним односима из године 1982,³⁴ којег

³⁰ Закон за бракот СР Македоније, обј. у Сл. веснику СРМ, бр. 35/73 и поправак у бр. 28/74.

³¹ Zivilprozessordnung од 12. 9. 1950, BGB1., стр. 533.

³² Обј. у Resmî Gazete, бр. 17701 од 22. 5. 1982.

³³ Упореди Геч — Корошец, Одлучбе с подручја дружинског права I, Правна пракса, 4 (1985) 21, стр. 12.

³⁴ Обј. у Сл. листу СФРЈ, бр. 43/82 и поправак у бр. 72/82; закон је ступио на снагу дана 1. 1. 1983.

би судови морали редовито употребљавати у споровима с међународним елементом. То вреди прије свега за првостепене судове, јер се странке због жеље, да би поступак што прије завршио, у правилу против првостепене пресуде не жале.

У времену, кад је у предметној ствари одлучивао општински суд, у СР Македонији је вредио Закон о парничном поступку из године 1977, који је у 2. ставу 29. члана у случају ако ниједан од брачних другова није био југословенски држављанин, одредио надлежност југословенских судова само у неким посебно наведеним примерима. Вредило је и право правило 77. члана пријашњег Основног закона о браку из године 1965, по којем би суд морао за развод брака употребити национално право оба брачна друга и југословенско право. Општински суд у СР Македонији је прекршио и једне и друге одредбе. Последица тога је, да у Југославији разведени брачни другови још увек важе за брачне другове у Турској и у СР Немачкој, гдје муж жели закључити нови брак.

Треба још споменути, да је наш нови Закон о уређењу колизије закона с приписима других земаља у одређеним односима познаје у 95. члану слично правило као немачко право и у осталом, да се страна судска одлука, која се односи на лично стање странца (статус странца) који није држављанин земље, која ју је донела, признаје само ако су испуњени увјети за признање у земљи, које држављанин је таква особа.

Пример (3)

Када су немачки судови међународно надлежни за развод брака југословенских држављана?³⁵

Парничне странке су брачни другови и обје југословенски држављани, те су 1969. године закључили брак у САП Војводини. Од године 1971. живе у СР Немачкој. Године 1981. су се разишли и нашли сваки свог партнера. Захтев за развод брака је пред немачким судом уложио муж. Брачни другови још увек живе у СР Немачкој.

Немачки суд је морао при разводу брака најпре испитати, да ли је уопште међународно надлежан за развод брака југословенских држављана. На то питање је суд нашао одговор у параграфу 606 б тч. 1 немачког ЗПО (Zivilprozessordnung), по којем су судови у том случају међународно надлежни, ако има муж или жена уобичајени боравак у СР Немачкој и ако ће немачка пресуда по мужевљевом националном праву, дакле по југословенском праву, бити призната, те је при томе употребио југословенски Закон о уређењу колизије закона с прописима других земаља у одређеним односима из године 1982.

³⁵ Пресуда OLG (Oberlandesgericht) Karlsruhe од 2. 8. 1983 — 18 UF 149/82, обј. у IPRax (Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts) (1984) 5, стр. 270.

По том закону је југословенски суд искључиво надлежан за развод брака, ако је тужени брачни друг држављанин СФРЈ и има у Југославији место пребивалишта (2. став 61. члана). Искључива надлежност југословенских судова је препрека за признање стране судске одлуке. При тој одредби у југословенском закону се питамо, да ли су југословенски држављани, који су на привременом раду у иностранству, изгубили своје место пребивалишта у Југославији? Већинско гледиште у југословенској теорији и пракси је, да југословенски држављани, који су на привременом раду у иностранству, нису изгубили свој стални боравак у Југославији.³⁶

Будући да је у датом примеру тужена странка била пријављена у својој општини у САП Војводини, то је немачки суд прибегавши томе, да бракоразводна пресуда у Југославији не би била призната, употребио 2. став 89. члана југословенског закона. По тој одредби искључива надлежност југословенских судова није препрека за признање стране бракоразводне пресуде, ако њено признање захтева тужени, или ако то захтева тужитељ и тужени се с тим слаже. Тако је немачки суд при употреби те одредбе од тужене странке захтевао, да пред сенатом вероватно осигура (*glaubhaft versichert*) да се у поступку за признање немачке бракоразводне пресуде пред југословенским судом неће супротставити захтеву тужиоца за њено признање. На тај начин би по мишљењу немачког суда била подана његова међународна надлежност и истовремено уверење, да ће немачка бракоразводна пресуда у Југославији бити призната.

Примена одредбе из 2. става 89. члана југословенског Закона о уређењу колизије закона с прописима других земаља у одређеним односима за осигурање међународне надлежности немачког суда, по мишљењу југословенске теорије није успела.³⁷ Поставља се, наиме, питање, да ли је одрицање супротстављања признању немачке бракоразводне пресуде, која је била подана пред немачким судом, обавезна и у поступку признања те пресуде пред југословенским судом? Будући да је искључива надлежност југословенских судова одређена у корист тужене странке, и у том смислу је потребно тумачити и одредбу из 2. става 89. члана југословенског закона, тако да се тужена странка не би могла одрећи тог свог права пред страним судом, где се нарочито због незнања језика и посебности поступака не осећа тако сигурном, као пред домаћим судом. Тако би требало немачки суд за осигурање међународне надлежности суда односно признања немачке бракоразводне пресуде у Југославији доћи на темељу поштивања новије праксе југословенских судова у поступку признања страних бракоразводних пресуда, када судови шире тумаче појам пребивалишта. Нарочито је потребно споменути одлуку Врховног суда САП Војводине у поступку признања немачке бракоразводне пресуде, у којој је заступљено гледиште, да југословенски држављанин може имати два пребивалишта.³⁸

³⁶ Више о томе Varady, *Zur Anerkennung deutscher Scheidungsurteile in Jugoslawien*, IPRax (1984) 5, стр. 250, 251.

³⁷ Види Varady, *Fn.* 36, стр. 252, 253.

³⁸ Билтен судске праксе Војводине, 3/1977, стр. 52; упореди пресуду Врховног суда САП Војводине, бр. Гз. 437/78 од 8. 6. 1978, цит. по Varady, *Fn.*

У даном примеру би дакле немачки суд могао доћи до чињенице његове међународне надлежности без употребе 2. става 89. члана југословенског закона.³⁹

По реформи међународног приватног права параграф 606 б ЗПО више не важи, а по параграфу 606 а довољно је за међународно надлежност немачког суда, да има један од брачних другова уобичајени боравак у СР Немачкој, осим ако немачка пресуда по ниједном националном праву брачних другова, неће бити призната.

IX. Закључак

Како смо већ споменули, нови закон о реформи немачког међународног приватног права почео је да важи са 1. септембром 1986. године. Већ у поступку прихватања тог закона било је у СР Немачкој велико критичких примедби. Требамо још сачекати како ће ту реформу прихватити судови. Упркос томе требамо имати у виду, да нови закон доноси само делимично реформу. Важна подручја међународног приватног права остала су намерно преглутена. А посебно је ипак потребно нагласити, да реформа међународног приватног права у СР Немачкој доноси низ модерних решења, која омогућују да ће се југословенско право, посебно у породичноправним односима, у која ступају наши грађани, који су на привременом раду у тој земљи, све више употребљавати пред немачким судовима.

36, стр. 251; више о томе Varady, Domicil наших грађана на привременом раду у иностранству и међународна правна сарадња, Право, теорија и пракса, 2 (1985), посебан број, Нови Сад, стр. 25 — 32.

³⁹ Упореди Геч — Корошец, Одлучбе с подручја дружинског права II, Правна пракса, 4 (1985) 22, стр. 6.

Dr MIROSLAVA GEČ — KOROŠEC,
Ordentlicher Professor der Univerza v Maribore

REFORM DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS IN DER
BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND — AUSWIRKUNGEN AUF
DIE JUGOSLAWISCH-DEUTSCHEN FAMILIENRECHTLICHEN
BEZIEHUNGEN

— Zusammenfassung —

In diesem Aufsatz erläutert die Autorin zuerst die Zahl der jugoslawischen Gastarbeiter in der Bundesrepublik Deutschland, danach aber die historische Entwicklung des deutschen internationalen Privatrechts. Das Hauptthema dieser Ausführungen ist aber die Reform des internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland. Die Autorin erläutert zuerst die allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts und danach des internationalen Privatrechts der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte, das internationale Familienrecht, internationales Erbrecht und internationales Schuldrecht. Im Kapitel VIII zeigt die Autorin, wie sich die Reform in der Praxis auf die deutsch-jugoslawischen Familienrechtsbeziehungen auswirkt. Man darf aber nicht vergessen, dass auch das neue deutsche Gesetz nur eine Teilreform darstellt. Wichtige Bereiche des internationalen Privatrechts sind vom Reformgesetzgeber bewusst ausgeklammert worden, so etwa das internationale Sachenrecht, das Recht der juristischen Personen oder das ausservertragliche Schuldrecht.



ЗАКОН О ШТАМПИ У СРБИЈИ ИЗ 1875. ГОДИНЕ

I

Државноправна и политичка надградња Србије половином XIX века обележена је првим најавама борбе за изградњу представничког система и политичким правима и слободама грађана, као битним елементима његовог функционисања.

Млада трговачка буржоазија, преко либералне интелигенције као свог политичког представника, најављује борбу, у оквиру бирократско-полицијског режима на челу са олигархијским саветом, за освајање политичке власти и њено спуштање на ширу основу представничког система. Спрега олигархијског савета, као врха бирократске пирамиде са бирократизованим апаратом судства и полиције, гушила је економске односе и иницијативу трговачког слоја у ангажовању нагомиланог трговачког капитала и могућностима његовог даљег неограниченог стицања у легалним, економским односима диктираним формама. Мере које је уставобранитељски режим обећао и предузео на формирању правних услова за развитак економских односа (гаранције слободе трговине, неприкосновености својине, слободе располагања) биле су у своме дејству заустављене притиском бирократско-полицијског апарата за претварање бирократског слоја у партнера и супарника младој буржоазији у економским односима.

Државне бране економском развоју млада трговачка буржоазија започеће средином века да поткопава својим захтевима за њихово превазилажење државним обликом који јој више одговара и који је неће спутавати. Њене економске захтеве за привредним и политичким слободама млада интелигенција преточила је у политички програм групе либерала за увођењем народне скупштине и њено редовно одржавање, за њено буџетско право, за слободу штампе и науке, национално ослобођење и независност.

Слобода штампе и науке, захтев младе либералне интелигенције са Петровске скупштине 1848. године, постакинут је потребама за средствима саопштавања новог политичког програма, његове доградње и задобијања присталица.

Подршка народних маса, због њиховог револта према уставобранитељском режиму, била је ослонац у борби за остваривање овог програма. Она није могла изостати, јер уставобранитељска прокламација уставности и законитости, односно бирократски систем у који су је уставобранитељи у стварности преточили, ништа добро није

донела ни сељацима ни другим сиромашним слојевима, иако су је, насупрот Милошевој самоволној владавини, у почетку и они пригрлили. Зеленашење и полицијско- бирократски притисак су само продубили друштвено раслојавање, па су тиме обезвребене све правне основе гаранција имовинске сигурности, заштите и једнакости. Зато је нови политички програм добио широку народну подршку, јер су народне масе такође могле и све више перспективу промене положаја сагледале само преко политичке борбе и народне скупштине, своје традиционалне установе.

Међутим, како се режим оваквим захтевима и расположењем ширих кругова осетио угроженим, јер је Савет, фактички потискујући кнеза, преузео битне надлежности у законодавству, управи и контроли власти, а скупштина би за њима свакако тежила, радикални део либералне интелигенције је политички програм подигао до нивоа једне народне скупштине као носиоца народног суверенитета која својим револуционарним одлукама може овакву конфликтну ситуацију једино да разреши. Светоандрејска скупштина одржана 1858. године, која ће заиста тако и деловати, уз општу сагласност свих заинтересованих чиниоца, означава крај уставобранитељског режима, али ће у настојањима да преко закона о народној скупштини утврди такву улогу народне скупштине, указати младој трговачкој буржоазији на опасности од народне скупштине са проширеним надлежностима носиоца народног суверенитета. Настојања у сузбијању таквих тенденција довела су до поновне спреге конзервативних државних врхова са либералном буржоазијом, па је народна скупштина коначно ипак сведена на саветодавни орган који неће моћи да угрози постојеће носиоце законодавне и управне власти у њиховој легалној делатности.

У том процесу сужавања скупштинских права и надлежности кроз рад скупштинске комисије за преглед нацрта закона о народној скупштини, рад намесништва и савета за време заседања Светоандрејске скупштине, кроз Милошев закон о народној скупштини из 1860. године и Михаилов закон о народној скупштини из 1861. године, млада трговачка буржоазија је успела у својим настојањима да скупштину озакони а да ипак не буде угрожена у својој тежњи за изградњом представничког система као свог политичког облика народном скупштином као носиоцем народног суверенитета и народне власти. Што се слободе штампе тиче, на чему је либерална интелигенција и даље инсистирала, у закон о народној скупштини којим ће бити незнатно измењен и допуњен закон о народној скупштини од 5. јануара 1859. године и који ће 14. јануара 1859. године потписати „местозаступник” поново враћеног кнеза Милоша, Стевца Михаиловић, уноси се декларативна одредба о слободи штампе, јер је то „право и најнужније” јемство за учвршћивање, неговање и развијање Народне скупштине и њених задатака”.¹

Укупно посматрајући догађаје на Светоандрејској скупштини, значајној и по њеним одлукама о промени у врховној власти и по програму народног суверенитета који се на њој чуо, може се зак-

¹ Зборник закона и уредаба, 1859, књ. XII, стр. 11 — 18.

ључити да су друштвено преватнуле тежње да се бирократски апсолутизам сузбија преко скупштине саоских и варошких газди и угледних домаћина, да то буде та шира основа власти, која је такође могла бити угрожена народном скупштином као носиоцем народне суверености у формулацијама из либералног нацрта закона о народној скупштини. Док не формира свој облик политичке власти, либерална буржоазија, не могавши само да то учини, препустиће опет једном апсолутизму (кнежевом) да се са овако радикалним тенденцијама разрачуна, што одлаже формирање представничког система. Оно што је после свега остало — редовно сазивање народне скупштине — представљаће основу за увођење представничког система, али тек после насилне смрти кнеза Михаила, Уставом Србије од 1869. године.

Кнез Михаило, када се сусрео са озаконењем народне скупштине, убраја закон о народној скупштини у законе „које треба поправити и попунити према потребама земље и духу времена”. А тадашње „потребе земље” и „дух времена” били су у знаку јачање кнежеве врховне власти над саветом и владом, уз потписивање скупштине на магринални положај народних жеља и потреба које никога не обавезују. Бирократско полицијски режим, наслеђен из претходног периода, који је у ауторитативној монархијској владавини још више ојачао, такође није одговарао економским и политичким тежњама младе буржоазије, али процењујући опасност од радикалних тенденција, реално је проценила да она нема чиме да им се супротстави онда када би те врло примамљиве тенденције за широке народне масе угрозиле и млад представнички систем на челу са скупштином сеоских и варошких газди и угледних домаћина. Успешну борбу против таквих тенденција и њихових светоандрејских одјека водио је Михаилов полицијски режим, сузбијајући ванскупштинску опозицију радикалним мерама, а тактички и стрпљиво ублажавајући општрицу критика и захтева скупштинске опозиције.

Када је на скупштинама одржаним 1861, 1864. и 1867. године истакнут захтев за слободу штампе, режим је успео да издејствује скупштински закључак да се кнезу стави на „благорасуђење” даг’ је и ако је, какав је закон о штампи нуждан према потребама нашим и наше земље”. Кнез Михаило је својим сталним обећањима такве захтеве одлагао, али друштвено иза њих све више стаје слој богатијих грађана, који опет осећају потребу за својом политичком присутношћу и програмом, јер притисак бирократско-полицијског режима кнеза Михаила их такође угрожава, као што је то чинио и бирократски апсолутизам у периоду уставобранитељске владавине. Тим више што су економски сада још јачи.

Применом за доношење новог устава отпочеле су у истој години у којој је убиство кнеза Михаила означило крај његовог личног режима. Намесништво, које је припреме отпочело и усмеравало ка себи означеним циљевима, позвало се на жеље Велике народне скупштине одржане у Толчидеру непосредно после убиства кнеза, у којима се у 17 тачака набраја шта све треба озаконити сагласно народним потребама. Међу њима је у тачки 10. и захтев да се изда закон о слободи штампе сходно околностима и потреби времена.

Увођење представничког система је било друштвена неминовност и он је на традицијама и пракси народних скупштина лако могао бити изграђен. Али, управо због таквих традиција, требало је у његовом конституисању сачувати оно што се у дотадашњој изградњи државне власти у односу на народ, и владавину над народом, постигло и што је било и економски интерес богатијих слојева града и села. Зато се увођењу народне скупштине као народног представништва приступило врло опрезно и уз настојање да се режим осигура од могућности провале нових програма за радикалне реформе система и односа. Битно је било створити такве оквире политичкога и државнога деловања у којима ће режим моћи такве програме да неутралише и спречава. У том смислу, Устав од 1869. године ће, уводећи поделу законодавне власти између кнеза и народне скупштине, скупштини ипак дати подређен положај. Неће је обезбедити ни оним елементима (време и место сазивања, састав, законодавна иницијатива, буџетско право, посланички имунитет, и сл.) који би представљали гаранцију да формално дате надлежности увек може и да остварује. Осим тога, низом декларација Уставом ће се прокламовати политичка права и слободе, али је тек у њиховој практичној реализацији требало процењивати нужну меру стварног оживљавања и спровођења, у чему ће очување стабилности режима бити мера њиховог коришћења.

Разрада уставних прокламација извршена је органским законима, којима су начелне уставне одредбе и празнине омогућиле да буду иза оног либерализма који је најављен намесничким прокламацијама о ублажавању режима после дугогодишњег полицијског притиска. Намесничка уставност у првој години увођења новог устава у живот је нађена мера довољне заштите режима, која је затим преточена, у погодним условима одржавања мале народне скупштине, у низ органских закона из 1870. године. Међу њима је нарочито карактеристичан закон о штампи, који је упркос уставној декларацији о слободи штампе, завео строгу полицијску контролу штампе.²

Међутим, органски закони били су пример како се скупом закона (првенствено политичких) могу стварати нове уставне ситуације под Уставом од 1869. године. Ако су 1870. године донесени органски закони били назаднији од Устава од 1869. године, у уставном развоју Србије захваљујући односу политичких снага и другачијој уставности, било је примера да се доношењем политичких закона стварају нове уставне ситуације које су прогресивније и по слободоумљу далеко испред Устава од 1869. године. А оне су затим, као нови оквир политичког деловања, омогућавале и носиле даљи развитак. Таква ситуација настала је 1875. године, доношењем и закона о изменама и допунама закона о штампи из 1870. године, којим се први пут штампа извлачи испод непосредне контроле полицијске власти и у приличној мери обезбеђује слобода штампе.³

² Зборник закона и уредаба, књ. XXIII.

³ Зборник, књ. XXVIII, 37.

II

Неизбежно се, пре него се саопшти садржина новог законског текста о штампи, поставља питање: у којим политичким односима је дошло до ове провале слободоумља и његовог озакоњења (осим закона о штампи, 1875. године донесен је и закон о општинама, којим су обезбеђени слободни избори за органе општинске власти и самостално вршење општинских послова, а почетком 1876. године изменама и допунама у закону о поступку судском у кривичним делима, лична и имовинска сигурност грађана су добиле веће гаранције заштите од полицијске самовоље).⁴

Намесништво са Јованом Ристићем на челу, које је битну улогу одиграло код доношења Устава, већ у првој години уставности својим тумачењем Устава и применама за његово увођење практично решава многа питања државног живота. Са позиција јединства законодавне и извршне функције власти намесништва до пунолетства кнеза није било тешко да спроведе политичку неутрализацију свих осталих политичких фактора (левих либерала, савета, конзервативаца, младоконзервативаца). Доношење органских закона и њихова садржина резултат су настојања намесничког режима да учврсти положај извршне власти у уставом одређеним оквирима политичког деловања и борби.

Устав од 1869. године и поред тога успева да оживи политичке односе, јер су се према њему као реалности почели диференцирати ставови различитих политичких група, чије су наде остале незадовољене његовом садржином. Критике Устава са позиција својих политичких ставова и програма дају леви либерали, конзервативци, Светозар Марковић и рани радикализам такође. У Србији се осећају напредна струјања са Запада, поготову кроз одјеке јединствене Париске комуне. Али се у организацији власти конституисаној на основама новог Устава односи не мењају упркос оживљавању другачијих политичких виђења, нити намеснички режим мења своје схватање уставности и места и улоге владе у политичком врху и контроли политичког живота и односа.

Ситуација је почела битно да се мења почетком 1873. године када је са пунолетством кнез Милан преузео кнежевску власт. За време намесништва влада и скупштина су биле састављене од њихових политичких истомишљеника, па је постојао склад интереса у врховној власти и сходно томе јединствено иступање. Ступајући у политички живот кнез Милан је рано испољио тенденције за успостављањем личне власти и појачаног политичког ушљива, па је положај влада почео да се мења, односно да више зависи од фактичког односа политичких снага. А тај однос ће се првенствено и све више преламати преко народне скупштине, у којој ће и владајуће политичке групе тражити ослонац самосталнијег иступања.

Кнез Милан ће у кратком раздобљу од априла 1873. до априла 1876. године формирати седам влада, комбинујући њихов састав од либерала, конзервативаца и младоконзервативаца. То су биле је-

⁴ Закон о изменама и допунама закона о општинама и општинским властима од 8. октобра 1975, Зборник, књ. XXVIII, 1.

дна за другом владе: Јована Ристића, Јована Мариновића, Аћима Чу-мића, Данила Стефановића, Стевче Михаиловића (Стевча — Ристић — Грујић — прво „акционо” министарство), Љубомира Каљевића, Стевче Михаиловића (Стевча — Ристић — Грујић — друго „акционо” министарство). Кнез Милан је, формирајући владе од конзервативаца и младоконзервативаца, показао колико му је стало да формира владу од политичке групе која ће прихватити његов спољашњи и унутрашњи политички програм, а коју ће уједно моћи да супротстави либералима Јована Ристића, све до отварања Источног питања и изгледа за улазак Србије у рат са Турском, када неће моћи да их мимоиђе. Међутим, и либерали и конзервативци су већ имали свој програм, па кнез у својим намерама није у овом периоду учинио неки значајнији корак.

У тим релацијама испитивања и трагања ће се кретати нови политички односи, па ће се и либерали и конзервативци окренути политички популарнијим елементима: левим либералима, „светоандрејцима” и младоконзервативцима. С друге стране, у својој тежњи да се не нађу подређени кнежевом личном режиму и његовим политичким плановима, у те односе укључиће народну скупштину, где ће покушати да задобијеним поверењем и подршком обезбеде неза-вистан положај у односу на кнеза. То је народној скупштини давало значај и преко онога који јој је Уставом нормиран, а у пракси једном новом уставношћу доводило до отварања скупштинске трибине за нове програме и преламања, кроз скупштински рад, састав и одлуке, различитих друштвено-политичких тенденција и нови однос политичких снага. У успону су и слободнији политички живот и напредна политичка мисао, што све скупа утиче и на успон представничког система.

У исто време у скупштини и у јавности су све присутнији и други програми и њихови носиоци. Скупштински захтеви и њихови исходи су у тим погодним условима у сталном успону слободоумља и прогресивнијег садржаја у смислу већих скупштинских права, политичких права и слобода и општинске самоуправе и самосталности. У скупштинским жељама и захтевима поново се могу препознати носиоци тенденција за народним суверенитетом и народном самоуправом као основним начелом организације друштвеног живота. На њима као основи делује и рани радикализам, који је присутан у скупштини преко посланичке групе око Адама Богосављевића, док Светозар Марковић у својим радовима теоретски и програмски об-разлаже и уклапа битне елементе организације друштва на принци-пима народне самоуправе од општине и округа (велики срез) до скупштине.

У периоду до 1876. године, после намесничког либерализма и намесничке уставности, отворио се простор деловања свих политичких снага, како оних које су препознатљиве из ранијег периода, тако и оних које су се појавиле са новим програмима: левих либерала, староконзервативаца, либерала од 1868. године, младоконзервативаца и младих радикала. Слободнији политички живот је последица нарастања друштвених услова, у којима шири друштвени кругови,

политички сазревајући, осећају потребу за инструментима своје политичке присутности, како кроз скупштину тако и ван скупштине. Тај период био је погодан, због односа кнеза и владе, кнеза и скупштине, и владе и скупштине, и за прогресивнија политичка иступања. Јачају радикалне тенденције друштвено-политичких реформи, осећа се одушка после полициске и политичке стеге и контроле, па Србија сада има захуктали политички живот, препун програма, обећања, планова, жеља.

У тој погодној политичкој атмосфери, ослобођеној политичких притисака, почела су се јављати и најпрогресивнији захтеви за реформом друштвених и политичких односа. У скупштини и либерали и младоконзервативци другују са радикалним елементима у ситуацијама када се жели притисак на кнеза или владу из друге политичке групе. Противуречности у представничком систему нарастају и због доктринарне борбе конзервативаца и младоконзервативаца за парламентарне установе, али такви зачеци парламентарне праксе нису дали очекиване резултате. У алтернативи са најрадикалнијим друштвенополитичким тенденцијама, против којих ће двор и реакција ипак ујединити своје напоре и на које ће реаговати и поменуте владајуће политичке групе, било је опортунно задовољити оне минималне захтеве (слобода штампе, општинска самоуправа, лична и имовинска сигурност), нарочито када се томе може приступити у оном моменту који сопственом политичком интересу највише одговара.

У тим релацијама треба посматрати доношење политичких закона 1875. године, којима се ствара нова уставна ситуација, као оквир даљег функционисања представничког система и његових политичких установа и односа. Њихов домањај треба и шире процењивати, у склопу укупног уставног развитка, јер ће се на ову прогресивну уставну ситуацију 1881. године надовезати један још прогресивнији збир политичких закона (закон о штампи, закон о зборовима и удружењима, закон о судијској независности), тако да 1888. године доношење Устава неће представљати нагао скок и изненађење, са свим његовим гаранцијама политичких права и слобода и положаја и улоге народне скупштине у систему власти. Друго је питање којим ће средствима либерални режим, користећи изузетну ситуацију предратног, ратног и поратног стања 1876 — 1880. године, успети да избегне ове оквире политичког деловања, како ће заобићи примену ових закона и постићи и њихово укидање, односно враћање на намесничку уставност.

III

Влада Љубомира Каљевића, формирана 26. септембра 1875. године у скупштинским пословима најпре наставља поступак доношења закона о изменама и допунама у општинском закону који је започело прво „акционо” министарство, окончава га 8. октобра 1875. године, а затим започиње и окончава поступак доношења измена и допуна у закону о штампи. Ово је потребно нагласити, зато што је смена у влади било на линији либерализације политичких односа,

у коме смислу треба разумети и чињеницу да је после много комбинација око формирања владе на чело владе дошао председник скупштине Љубомир Каљевић, од кога би „када би дошао на власт, свет с правом очекивао слободе у сломодном духу“.⁵ Спољнополитичке околности које су првенствено довеле до пада првог „акционог“ министарства и формирања нове владе од које су с правом очекивала либерализација прописа о општинама и штампи као да говоре о настојањима да се радом на унутрашњим реформама желе прикрити спољне манифестације ратних припрема. Ако је требало и могло то прихватити као занимање Србије за унутрашње сребивање односа, по својој суштини и оним што се са општинском самоуправном и слободом штампе збивало за време и после ратова, само доношење ових прописа треба такође прихватити као део припрема за рат. Скупштини и народу кога очекује рат, и управо због тога циља, требало би дати задовољење у ономе што је већ више година у форми захтева истицано.

Ипак је Каљевићева влада, поучена искуством на доношењу измена и допуна у општинском закону када је скупштина испољила спремност да политичка права распростире до крајњих могућности њихових гаранција и слобода, скупштини поднела мало умеренији предлог измена и допуна у закону о штампи. И не само то, него је морала да прибегне и тактизирању у самом поступку његовог усвајања кроз начелну дебату и дебату у појединостима, јер је скупштинска мањина већ на почетку истакла захтев да, ако већ мора да постоји закон о штампи, а жели се потпуна слобода штампе, закон о штампи треба да има само први и једини параграф: „Штампа је у Србији слободна и неограничена“.⁶

Скупштински одбор који је владин предлог разматрао, поделио се на већину и мањину. Већина у скупштинском одбору, пошто је сматрала да владин предлог „не одговара потпуно потребама народа“,⁷ отклонила је из предлога многе од оних могућности слободне оцене или „нахоћења“ власти, преко којих је вршена контрола штампе, а које је влада у свом предлогу задржала. Скупштинска мањина је и то сматрала недовољним за извлачење штампе испод контроле власти, па је у свом одвојеном мишљењу тражила да се изврше још неке измене и допуне којима би се обезбедила стварна слобода штампе.

Кроз начелну дебату скупштинска мањина је наглашавала своју процену услова у којима је баш сада слобода штампе најпотребнија, везујући то за већ изјављене жеље за промену Устава од 1869. године. Већ на почетку начелне дебате Адам Богосављевић је рекао: „Ја мислим да Србија сад или никад треба да има потпуну слободу речи, за то, што оћемо коренити преображај државне управе, и што смо већ изјавили жељу да се сазове Велика народна скупштина за измену устава. А за постизање добрих реформи и саврше-

⁵ Љ. Каљевић, *Моје успомене*, 1908, Београд, 12.

⁶ Стенографске белешке народне скупштине 1875/76, говор Алексе Поповића, стр. 800.

⁷ Исто, 793 — 794.

нијег устава, најсигурнији је начин да се уведе потпуна слобода речи и слобода избора и састанака".⁸ У истом смислу говорио је Јеврем Марковић, брат Светозара Марковића: „Дакле, ако се мисли код нас да ми према нашем стању какве реформе у нашем државном уређењу предузмемо, као промену устава и друге важне установе, и ако ми мислимо да народ озбиљније о себи мисли и ради, онда корак свему томе треба да се учини с тим да дамо народу слободно писање”.⁹

Председник владе Љубомир Каљевић је начелну дебату завршио својом интервенцијом да се владин предлог ипак прихвати као основа за дебату у појединостима, јер он садржи све што су скупштине до сада тражиле као обезбеђење слободе штампе. По њему, скупштина никада до сада није имала слободоумнији предлог о штампи, чак је овај садашњи предлог бољи од оног прошлогодишњег што га је скупштина сама саставила.¹⁰ На посланике је Каљевићево залагање да се владин предлог не одбаци заиста утицало, јер их убеђује човек који је као посланик раније скупштинске предлоге о слободи штампе формулисао и образлагао, иако је Краљевић као посланик много више тражио него што је сада као председник владе давао.

Интересантно је овде, а за коначан исход и значајно, Каљевићево виђење ситуације у скупштини у моменту доношења закона о штампи 1875. године. У својим успоменама он даје прилично верну процену односа између појединих скупштинских група, које је искористио и за интервенције на коначан исход дебата и одлука: „Скупштинске групе овако су изгледале: један део већине није марио за слободоумне реформе. Други је био задовољан што их је влада унела у свој програм, а трећа група са Адамом, Ранком и Јефремом Марковићем на челу одушевљено их је примила, али са резервом да тражи максимум слобода”.¹¹ Овако различита мишљења су се управо у дебати о закону о штампи највише и испољила, тако да је влада требало да одигра улогу посредника између екстремних ставова, што је, с друге стране, омогућило влади да са својим умереним ставом продре, како то у оваквим ситуација најчешће и бива. „Док је оне прве — наставља Каљевић — влада морала убеђивати о потреби и користи слободне штампе, дотле су ови последњи у своје слободоумљу ишли тако далеко, да су тражили закон о штампи са једном једином одредбом: 'штампа је потпуно слободна.'" Каљевић најзад правило закључује да је у оваквој ситуацији екстремни став Адамове групе у скупштини таквим држањем учинио нехотично услугу влади, „јер је после такве радикалне изјаве пристала на владин предлог и она прва половина већине скупштинске, која је у току дебате тражила поопштрење извесних казних одредаба и већу контролу полицијске власти”.¹²

Глобално посматрано, законом о изменама и допунама у закону о штампи из 1870. године од 15. децембра 1875. године уклоње-

⁸ Исто, говор Адама Богосављевића, стр. 798.

⁹ Исто, говор Јеврема Марковића, стр. 802.

¹⁰ Исто, 813 — 814.

¹¹ Љ. Каљевић, *Моје успомене*, 16.

¹² Исто.

не су две битне препреке слободној штампи које су према закону о штампи из 1870. године њу највише угрожавале. Укинуте су контрола штампе (чл. 6. закона из 1870. године) и могућност обуставе листова (чл. 46. закона из 1870. године), а могућност забране листова (узапћења) сведена је на најмању могућу меру, с једне стране, док су, с друге стране, прецизирана права полицијских власти према штампи, као и рокови у којима може или је дужна да их врши. Први циљ је постигнут укидањем појединих чланова старог закона (чл. 6. и 46.), као и изменама и допунама (чл. 21.), док је прецизирања права и рокова полицијских власти извршено само изменама и допунама одговарајућих чланова, у којима су неодређене формулације и термини замењени прецизним одредбама.

Најзначајња промена састоји се у томе што је престала обавеза штампара да на један сат пре растурања достави месној полицијској власти или нарочито за то одређеном званичнику један примерак новина или повременог списка. Сада се лист могао растурати одмах по изласку из штампе. Тиме је укинута заобилазна цензура штампе која је према закону из 1870. године постојала и врло ефикасно функционисала. Поред члана 6., укинут је и члан 46, према коме је полицијска власт могла, после две опомене, да обустави новине или неки повремени спис, ако се, према њеној процени, они тако уређују „да се њима стално и у непријатељском духу нападају и изопачавају дела државних власти” или су постали „убитачни” за јавни мир или поредак.

Но поред ових значајних мера, било је неопходно учинити још неке измене и допуне у старом закону о штампи, ако се хтело да постигне извлачење штампе испод непосредног полицијског надзора. Полицијска власт је нарочито често и обимно користила неодређене формулације из појединих чланова које су јој на слободну оцену остављале и квантитативну и квалитативну и временску употребу права контроле штампе.

Битније измене и допуне извршене су у члановима: 13, 21, 25, 26, 43.

Изменом у члану 13. полицијској власти је одузета могућност да по својој вољи пролонгира почетак издавања новина. То је постигнуто утврђивањем рока од 10 дана, у коме је полицијска власт дужна да оцени податке и доказе из пријаве подносиоца за покретање неког листа и да му изда решење о томе. Ако месна полицијска власт то не учини, подносилац пријаве се може жалити министру унутрашњих дела који ће му у року од месец дана издати своје решење. Наведеним роковима у измени члана 13. замењен је врло растегљив термин „чим власт нађе”, што је у пракси омогућавало злоупотребе.

Према старом члану 21. полицијска власт је могла да изриче забрану листа увек онда кад нађе „да се у садржају неког печатаног дела налази кажњиво дело”. Његовом изменом полицијска власт је могла лист забранити само онда ако нађе да у садржају штампаног дела или кога листа постоји злочин или увреда кнеза, кнегиње или кнежевог дома. Лист се дакле није могао забранити због преступа или истуца. Према новом члану 21. полицијска власт

је дужна да у року од 24 сата поднесе ствар суду, који је пак дужан да за 24 сата донесе решење да ли се забрана скида или остаје. Овим роковима замењени су у старом члану неодређени рок „најкраће време“ да полицијска власт ствар преда суду, односно 8 дана који је рок остављен суду да реши питање забране. Значај замене оваквих неодређених и других рокова у питању забране је велики, јер се штампана ствар није могла растурати све док забрана траје, па се често дешавало да се забрањена ствар или лист уопште и не растурају, због губитка актуелности, нарочито новина што је била тешка последица и на економски положај и финансијски опстанак листова и штампарија.

Изменом чл. 25. укинута је колективна (солидарна) одговорност писца, уредника, издавача и штампара за исто дело кривице учињено путем штампе. То је постигнуто новим начином везивања одговорности учиниоца дела путем штампе за кривични законик. Док је по старом чл. 25. из кривичног законика позајмљен појам учиниоца кривичног дела (одговоран је свако ко се по општим начелима кривичног законика може сматрати за кривца или саучесника), по новом чл. 25. из кривичног законика се позајмљује појам дела (ко садржајем штампаног списка учини дело које је кажњиво према кривичном закоником, казниће се по прописима истог законика).

Члану 26. додат је нови став којим се изричито надове слушајев и околности у којима се изузетно уредник може учинити одговорним у недостатку писца.

Измењен је и чл. 43., по коме је било могуће лист обуставити све док се не плати изречена новчана казна. Сада се новчана казна, уколико се не плати у року од 30 дана, замењује казном затвора, чије се временско трајање одређује унапред, у истој пресуди којом је изречена и новчана казна.

Међутим, све наведене битније измене и допуне у закону о штампи из 1870. године ипак нису у пуној мери обезбеђивале слободу штампе, иако представљају крупан корак у њеном озаконењу. Остале су ипак неизмењене неке одредбе које се директно косе са начелом сломоде штампе. Сада се тек видело зашто се толико инсистирало на изменама и допунама постојећег закона о штампи, а не на доношењу новог закона. Комбинација нових и старих одредби поговарала је више контроли штампе, него слободи саопштавања мисли путем штампе.

У дебати о појединостима скупштинска мањина је инсистирала да се измене и допуне изврше и код других одредби мимо владиног предлога. Нарочито се то односило на одредбе чланова 38. и 45. но они су ипак остали неизмењени. По члану 38. казне по закону о штампи не искључују казне по кривичном закоником, ако је у штампаном делу садржано које кривично дело. Кумулирање казни је остало, упркос поновљеном предлогу о његовом укидању, који је одборска већина пропратила речима: „...Он нека не чини кривично дело, па неће бити ни кажњен”.¹³ По члану 45, који је такође остао, новчаном казном од 30 до 300 талира или затвором од шест

¹³ Стенографске белешке народне скупштине 1875/76, стр. 849.

недеља до године дана казниће се онај ко јавно позива и купи прилоге да би подмирио казну због дела учињеног штампом. Аргументи мањине за укидање овог члана су да се тиме напада на право сваког грађанина да самостално располаже својом имовином. Мањина није успела ни у настојању да се у штампаним делима казни само свршено дело а не и покушај, нити да се ислеђује у штампарским кривицама од полиције пренесе на судове. Овим изменама и допунама штампа није извучена испод кривичног законика, а то је слободу штампе у целини угрожавало.

Ипак, полицијској власти је, законом о изменама и допунама у закону о штапи из 1870. године од 15. децембра 1875. године, било много теже обуздати опозициону штампу, када се она после његовог ступања на снагу и за само неколико месеци важности размахнула, захваљујући новим законским условима покретања и опстанка. Када је окружни начелник у Крагујевцу почетком 1876. године добијао са вишег места инструкције да томе замаху штампе што пре некако стане на пут, одговорио је да за то има препреке у закону.¹⁴

* * *

Значај измена и допуна у закону о штапи од 15. децембра 1875. године није само у дејству које су изазвале ни у њиховој примени, које није било дуго, јер је већ 11. маја 1876. године донесено решење о обустави извршења закона о штапи, којим су стављене ван снаге и ове измене и допуне¹⁵ Завођење цензуре правдано је припремама за рат Србије са Турском.¹⁶ После српско-турских ратова 1876/78. године приступило се њиховом укидању новим изменама и допунама у закону о штапи од 18. јануара 1879. године,¹⁷ тако да оне нису у припреми показале пуни домашај. Њихов значај је у томе, што су једном записане, достигнуте сопственим напорима, у даљој борби за пуну слободу штампе, до које ће доћи у новим условима друштвено-политичког развика Србије, могле бити само превазиђене. Оне су биле основа од које се пошло у доношењу новог закона о штапи 1881. године, који представља максимум обезбеђења слободе штампе у Србији XIX века. У његовом доношењу се, осим тога, није поновила грешка која је 1875. године преко комбинације нових одредби са старим онемогућавала потпунију заштиту слободе штампе: приступило се доношењу новог закона о штапи, а не изменама и допунама постојећег. После 1881. године, што се слободе штампе тиче, прогресивним снагама је остало да се изборе да начело слободе штампе већ у уставу добије одређене гаранције пуне примене и заштите.

¹⁴ Стенографске белешке народне скупштине 1878/79, 525, из аргументације предлога да се прописи и штампи из 1875. године укину.

¹⁵ Зборник закона и уредаба, књ. XXIX, стр. 339.

¹⁶ Важност решења о обустави извршења закона о штапи од 11. маја 1876. године, пре, за време и после ратова продужена је више пута: најпре 9. августа 1876, године, затим 21. фебруара 1877, 19. јула 1877 и 14. јула 1878. године.

¹⁷ Зборник закона и уредаба, књ. XXXIV, стр. 129.

LOI SUR LA PRESSE DE 1875 EN SERBIE

— Résumé —

La Loi sur la presse de 1875, en Serbie, malgré la clause de principe constitutionnelle se rapportant à la liberté de la presse et par la suite des dispositions, met la presse sous un contrôle de police rigoureux. Un tel rapport contre la presse et les autres droits et libertés politiques des citoyens s'accordent complètement avec la constitutionnalité de régent dont les distinctions sont les pressions politiques et policières pour ne pas troubler le rapport contre le peuple et le gouvernement sur le peuple par l'introduction d'un système parlementaire.

Immédiatement après avoir pris les charges du gouvernement princier du régent, le prince Milan, préoccupé par ses impatientes combinaisons politiques avec les conservatifs et les jeunes conservatifs, à l'opposé des libéraux de Jovan Ristić, ouvrira plus largement la compétition des groupes politiques pour la prise des meilleures positions dans les nouveaux rapports aux sommets du gouvernement.

Les aspirations d'opposer l'Assemblée au prince donneront une plus grande importance à la vie de l'Assemblée et à ses rapports, car les nouveaux intérêts et les nouvelles tendances se refléteront sur la structure de l'Assemblée et sur les rapports au sein de l'Assemblée. La tribune de l'Assemblée devient ouverte même pour les tendances plus radicales de la souveraineté nationale et de l'autogestion populaire.

La vie politique plus libre a rendu possible, en 1875, la réalisation des exigences, toujours présentes, pour la liberté de la presse. C'est par la Loi sur les modifications et sur les suppléments à la Loi sur la presse de 1870 qu'on a réalisé ce but et cette Loi est promulguée le 12 décembre 1875. Par la suppression ou par les modifications de certaines clauses de la Loi sur la presse de 1870 on a écarté de nombreux obstacles à la libre communication des pensées par la presse.

Pourtant, ça n'était pas suffisant pour la pleine garantie de la liberté de la presse, car les nombreuses clauses de l'ancienne Loi, sans aucune modifications ou suppléments étaient restées valables. Mais tous cela n'avait pas diminué l'importance des nouveaux règlements sur la presse, d'autant plus grand on a en vue les conditions sous lesquelles on les avait promulgués et l'effet qu'ils avaient dans la pratique de courte durée. Et d'autant plus quand on a en vue que dans la lutte ultérieure pour la liberté de la presse, comme des résultats, une fois atteints, ils ne pouvaient être que surpassés.

ПРЕИНАЧЕЊЕ ТУЖБЕ У АЛИМЕНТАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА

I

1. Поступак у алиментационим парницама у СР Србији уређен је Законом о браку и породичним односима (ЗБПО) из 1980. г. (чл. 380 — 387).¹ Нормама породичног кодекса уређени су и законска обавеза издржавања између брачних и ванбрачних другова, родитеља и деце и између осталих сродника и сам парнични поступак у алиментационим парницама² у којима се право на издржавање остварује и штити.

Своје уставно овлашћење да пропише правила процедуре у стварима из своје компетенције, републички законодавац је искористио тако што је регулисао поступак у парницама за издржавање као посебан парнични поступак. Осим у СР Србији, поступак у парницама за издржавање регулисан је као посебни парнични поступак и у СР Хрватској, СР Босни и Херцеговини и у САП Косово. У осталим републикама и у САП Војводини, у алиментационим парницама примењују се и даље правила општег парничног поступка из ЗПП.

Друштвени значај алиментационих спорова и алиментационих парница утицали су на законодавца да пропише посебна правила за поступање у алиментационим парницама. Пре свега, уређивање овог посебног парничног поступка републичким прописима дошло је као нужна последица промена у погледу саме институције издржавања извршених породичним кодексом, у овом делу Републике, у складу са идејама о подруштвљавању ове законске обавезе и о општем надзору над вршењем родитељског права. Законодавац је, осим тога, оценио да правила општег парничног поступка, која је прописао савезни законодавац, и поред своје општости и еластичности, не задовољавају основне потребе за пружањем правне заштите у алиментационим парницама и да се не могу, у довољној мери, прилагодити садржини алиментационих парница. Уређивањем поступка у

¹ Сл. гласник СРС бр. 22/80 од 7. 6. 1980. г. Закон се примењује од 1. 1. 1981. г. Закон се не примењује на целом подручју СРС јер су и САП, које су у саставу СРС, Уставом Југославије овлашћене да саме уређују ову област материјалноправних односа, као и република у чијем су саставу.

² Очигледно је да редактори законског текста нису правили разлику између „спора“ и „парнице“, иако се не ради о синонимима, јер у тексту, уместо „поступак у парницама за издржавање“, погрешно стоји „поступак у споровима за издржавање“. Познато је, међутим, да је спор препроцесна ситуација која представља повод парници а да је парница само један од начина за решавање спора.

алиментационим парницама, у складу са материјалноправним нормама којима је ова институција регулисана, законодавац је настојао да комплексно оствари одређене правно-политичке циљеве на плану издржавања и да, истовремено, ублажи проблем издржавања у друштву јер је он још увек један од централних и најсложенијих породичноправних проблема данашњице.³ Законодавац је настојао, исто тако, да се и кроз процесне норме, као и кроз материјалноправне, отклоне и ублаже и неки од проблема који су се јављали у дотадашњој пракси поводом институције издржавања и остваривања права на издржавање у поступку пред судом. Сва та настојања законодавца да се оптимално заштите не само субјективна права примаоца издржавања, већ и интерес друштвене заједнице, и истовремено обезбеди ефикасно и економично спровођење поступка судске заштите, добили су израз и у одредбама посебног парничног поступка у парницама за издржавање по којима се поступа и кад се остварује право на издржавање и кад се остварује право на промену износа већ одређеног издржавања.⁴

Одредбе којима је уређен поступак у алиментационим парницама у ЗБПО привлачи посебну пажњу, пре свега, због тога што је овај поступак издвојено регулисан као један од судских поступака у стварима из брачних и породичних односа и што су, према ранијим законима, у овим парницама примењивана правила општег парничног поступка из ЗПП. Оне привлаче пажњу и због начина на који је законодавац уредио остварење права на издржавање малолетног детета судским путем, како је на процесном терену остварио уставни принцип о посебној друштвеној заштити деце (чл. 199. УЈ) и како је поједине процесне инструменте прилагодио садржини и основним карактеристикама самог права на издржавање које се у поступку штити и остварује.

2. Поступак у алиментационим парницама у ЗБПО није уређен као потпун поступак. Њиме су регулисани само они процеси институти у овом поступку који представљају специфична законодавна решења, као одступања од редовног парничног поступка, којима се овај поступак прилагођава садржини алиментационе парнице и којима се остварују они правнополитички циљеви којима законодавац тежи Чл. 388. ЗБПО предвиђено је да се у алиментационим парницама примењују одредбе ЗПП ако ЗБПО није друкчије одређено. Оваквим уређивањем поступака, законодавац је у алиментациони поступак инкорпорисао све оне одредбе општег парничног поступка које одговарају садржини алиментационе парнице и тако извршио рецепцију одредаба савезног парничног поступка у погледу оних института који одговарају садржини алиментационе парнице.⁵

3. Поступак у алиментационим парницама карактеришу многобројне и значајне специфичности по којима се он и разликује од

³ Тако и Кораћ, Р. — Сарадња суда и органа старатељства у остваривању законске обавезе издржавања", Зборник „Сарадња суда и органа старатељства у примени нових породичних закона", Београд, 1985, стр. 53.

⁴ Детаљно о томе: Станковић, Г. — Поступак за валоризацију издржавања, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XXVI, Ниш, 1986, стр. 62.

⁵ Детаљно о томе видети: Перенчевић, Н. — Надлежност Републике за уређење посебних судских поступака, Наша законитост 9/82, стр. 65.

општег парничног поступка. Пре свега, овај поступак може да се покрене на два начина: тужбом, као и сваки други парнични поступак, и *ex offio*. Алиментациони поступак може да се води као самосталан поступак и као адхезиони поступак уз брачне, патернитетске и матернитетске парнице. У алиментационим парницама важе посебна правила о преиначењу тужбе, супарничарству и заступању. У алиментационим парницама, орган старатељства има специфичне процесне улоге, у којима се налази симултано или које остварује кумулативно, као и посебна процесна овлашћења. У овим парницама важе посебна правила о месној надлежности, о атракцији надлежности и о одређивању вредности предмета спора. Исто тако, постоје и одређена, посебна ограничења у погледу саме процесне делатности странака. Странке не могу да предузимају одређене страначке парничне радње или могу да их предузимају под посебним условима, различитим од услова из ЗПП. Поступак карактерише и то што суд може да одлучи о потраживању иако поједине рате издржавања у тренутку закључења главне расправе још увек нису доспеле, што није везан за висину издржавања одређену у тужбеном захтеву и што не може да донесе пресуду због изостанка или пресуду на основу признања. Инстанциони суд има посебна овлашћења у поступку контроле законитости првостепене пресуде, а ревизија, као ванредни правни лек, изричито је допуштена. Привремене мере ради издржавања парнични суд може да донесе по службеној дужности или на предлог странке.

Нова законодавна решења у односу на ранија и специфичности нових процесних конструкција изазивају, несумњиво, потребу за њиховом посебном теоријском одредбом и анализом. Поједина законодавна решења су таквог карактера да не представљају само одступање или изузетак од правила општег парничног поступка, већ савим нове процесне институције, тако да њиховим истраживањем може да се пружи материјал општој теорији процесног права за нова уопштавања, за критичку анализу стандардних процесноправних институција и за ревизију наших сазнања о појединим процесним установама.

Објављени радови, настали у периоду после доношења ЗБПО, не анализирају детаљно ни сам поступак у парницама за издржавање⁶ ни поједине процесне инструменте из овог поступка, нити се баве реперкусијама које су поједина законодавна решења из овог поступка изазвала на плану грађанског процесног права уопште.⁷

⁶ До истог закључка дошао је, знатно раније, и проф. Рајковић. Видети о томе: Измена досуђене надкаде штете у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља, Правни живот, 6—7/84, стр. 711.

⁷ Изузетак представља уџбеник проф. Триве у коме је дат сумаран приказ поступка у алиментационим парницама у СР Хрватској. Видети: Трива, С. — Градско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 613. Најновије издање уџбеника проф. Познића, у коме се иначе обрађују неки од поступака у породичноправним стварима као и неки други поступци из надлежности републичког законодавца, поступак у алиментационим парницама није посебно и целовито обрађен. Видети: Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1986.

4. Међу одредбама којима се унапређује алиментациони поступак у ЗБПО, посебну пажњу привлачи одредба из чл. 383. ЗБПО. Одредбом овог члана ЗБПО унесене су у наше процесно право многобројне новине у погледу заступања, кумулације законских заступника, кумулираних процесних функција органа старатељства, супарничарства, преиначења тужбе, привременог обустављања парничне делатности. Истовремено, отворен је и читав низ нових питања, значајних и са теоријског и са практичног аспекта.

И поред несумњиве потребе да се свако ново законодавно решење проучи, критички анализира и преспита, да се проучи његов практични значај и домашај, институт преиначења тужбе из чл. 383. ЗБПО у нашој литератури није досад обрађиван. То је и разлог који је изазвао настајање овог рада.

II

5. Малолетно дете остварује право на издржавање у алиментационој парници уколико дође до спора о његовом издржавању. У име детета парницу редовно покреће родитељ, као законски заступник детета, против другог родитеља или сродника који по закону дугује издржавање. Ако родитељ, код кога се дете налази на чувању и васпитању и који обавља функцију законског заступника детета, из неоправданих разлога не покрене алиментациону парницу, орган старатељства је овлашћен да у име малолетног детета, као његов супсидијарни законски заступник, покрене алиментациону парницу. Издржавање детета може се остварити и мимо воље странке одн. родитеља као законског заступника детета. Суд *ex offio* покреће адхезиони алиментациони поступак и одлучује о издржавању детета уз брачне, патернитетске и матернитетске парнице.

У алиментационој парници суд има задатак да, пошто претходно утврди да постоји право на издржавање, правилно утврди и одмери висину издржавања. Да би могао да донесе правилну и закониту одлуку, суд је дужан да најпре утврди укупан износ средстава потребних за истраживање малолетног детета (чл. 309. ст. 1. ЗБПО). Критеријуми за одређивање укупног износа средстава потребних за издржавање предвиђени су законом у чл. 310. ст. 1. и 2. ЗБПО. Приликом оцењивања потреба малолетног детета, суд је дужан да узме у обзир све околности које су меродавне за одређивање висине износа потребног за издржавање уопште као што су: имовно стање, степен способности за рад, могућности за запослење као и посебне околности које су од значаја кад је у питању издржавање детета, као што су узраст детета и потребе за његовим стручним образовањем. Поред тога, законодавац је оставио могућност суду да приликом одређивања укупног износа средстава потребних за издржавање узме у обзир и друге околности које су, у сваком конкретном случају, од утицаја на висину износа потребних средстава за издржавање.

Пошто утврди укупан износ средстава потребних за издржавање, суд треба да одреди уделе родитеља у окладу са њиховим могућностима. У чл. 310. ст. 3. и чл. 311. ЗБПО, одређени су критерији

који служе за утврђивање и одређивање могућности родитеља за давање издржавања. Да би одредио уделе сваког од родитеља у издржавању детета, суд је дужан да утврди његове могућности за давање издржавања тако што ће узети у обзир сва примања и приходе родитеља као и његову стварну могућност да стиче зараду. Приликом одређивања могућности родитеља да доприносе издржавању детета суд не сме да занемари и сопствене потребе даваоца издржавања као и друге обавезе у погледу законског издржавања које он има према другој деци. Приликом одређивања удела родитеља коме је дете поверено на чување и васпитање, суд је дужан да посебно призна и валоризује, као његов допринос у издржавању, и рад, старање и бригу о детету, као и повећане напоре које он има пошто се о детету сам фактички стара и фактички га сам и издржава.

6. Кад суд у току поступка утврди да родитељи, ни појединачно, ни заједнички, нису у могућности да подмире потребе детета за издржавањем у висини предвиђеној законом, он одлучује да о томе обавести орган старатељства, коме оставља рок за изјашњење. У том случају, он одлучује и да застане са поступком до истека рока за његово изјашњење.

У оваквој ситуацији, орган старатељства је посебно овлашћен да може, у име малолетног детета, као његов супсидијерни законски заступник, да прошири тужбу за издржавање на друга лица која су по закону дужна да дају издржавање, као супсидијерни дужници издржавања, с тим што се она не могу противити преиначењу тужбе. Право на преиначење тужбе, њеним проширењем на нове дужнике издржавања, под истим условима, припада и законском заступнику малолетног детета који је покренуо алиментациону парницу (чл. 383. ст. 3. ЗБПО).

Право на преиначење тужбе њеним проширењем на нове дужнике издржавања из чл. 383. ЗБПО представља оригинално законодавно решење, не само са аспекта заштите малолетног примаоца издржавања, већ и са аспекта процесног права. Одредбом чл. 383. ЗБПО модификоване су одредбе о преиначењу тужбе из ЗПП.

III

7. Преиначење тужбе је диспозитивна парнична радња тужиоца којом он, у току једне парнице, мења тужбу тако што мења захтев за пресуду који је у тужби био постављен,⁸ тако да првобитна и преиначена тужба више нису истоветне.

⁸ О преиначењу детаљно: Марковић, М. — Грабанско процесно право, књ. I, св. 2, Ниш, 1979, стр. 195, Трива, С. — *op. cit.* стр. 324, Познић, Б. — *op. cit.* стр. 210, Јухарт, Ј. — Цивилно процесно право ФНРЈ, Љубљана, 1964, стр. 274, Камхи, С. — Грабански судски поступак, Сарајево, 1967, стр. 265, Ziglia, S. — Грабански парнични поступак ФНРЈ, Загреб, 1957, Георгијевски, С. — Парничка постапка, Скопје, 1984, стр. 293, Јовановић, М. — Грабанско процесно право, Крагујевац, 1979, стр. 95, Ude, L. — *Цивилни правни постопек и самоуправни содни постопек*, Љубљана, 1980, стр. 185, Чизмовић, М. — Грабанско процесно право, Титоград, 1984, стр. 145.

Накнадним предузимањем нове парничне радње у једној парници, тужилац мења садржину иницијалне парничне радње. Тужилац износи пред суд нови спор на решавање или повећава обим већ изнетог спора, тако да преиначењем тужбе долази до промене и посредног и непосредног предмета парнице. Преиначењем тужбе мења се суштина иницијалне парничне радње јер тужилац овом новом радњом истиче и остварује други захтев за заштиту права, различит од претходно истакнутог захтева, или остварује нови захтев за пресуду, који раније није био истакнут, поред постојећег захтева за пресуду.

Тужба је преиначена увек кад је промењена тема о којој суд треба да одлучује, кад не постоји идентитет између претходног захтева и касније истакнутог захтева. То се увек догађа кад се промени неки од битних елемената иницијалне парничне радње накнадно предузетом парничном радњом: парничне странке или тужбени захтев.⁹ Зависно од тога који се од елемената тужбе мења, у теорији процесног права говори се о преиначењу тужбе у субјективном смислу или о субјективном преиначавању и о преиначавању тужбе у објективном смислу или о објективном преиначавању.¹⁰

8. Страначко својство у парничном поступку стиче се одређеном страначком парничном радњом, по правилу тужбом. Тужилац редовно, тужбом одређује парничне странке. Међутим, тужилац може накнадно да преиначи тужбу тако што ће извршити одређене промене у погледу тужене парничне странке. Та промена се може састојати у томе што ће тужилац:

а) уместо првобитног туженог тужити неко друго лице¹¹ (чл. 192. ст. 1. ЗПП) и тако изазвати чисто процесну сукцесију у процесном односу, или што ће

б) проширити тужбу на новог или на нове тужене (чл. 192. ст. 2. ЗПП) и тако засновати накнадно пасивно супарничарство,¹² одн. изазвати субјективну кулминацију. Приликом преиначења тужбе на овај начин, постоји могућност да се само повећа број тужених али да се не мења основ и садржина тужбеног захтева, или да се истовремено са повећањем броја тужених, повећа и број тужбених захтева.¹³

Преиначење тужбе у објективном смислу постоји кад тужилац:

⁹ Супротно Чуља (ор. cit. стр. 382) који сматра да је и основ тужбе један од њених елемената који има одлучујући значај за одређивање њене идентичности у односу на раније подигнуту тужбу одн. тужбу која се новом парничном радњом преиначује.

¹⁰ Треба приметити да проф. Јовановић користи термине „субјектно” и објектно преиначење тужбе”. Видети: Јовановић, М. — ор. cit. стр. 95.

¹¹ У нашој процесној литератури уобичајено је да се само овај случај промене тужбе третира као преиначење тужбе. Видети: Марковић, М. — ор. cit. стр. 197, Познић, Б. — ор. cit. стр. 210, Познић, Б. — Субјективно преиначење тужбе, *Анали*, 5 — 6/74, стр. 769.

¹² Видети: Трива, С. — ор. cit. стр. 362.

¹³ Супротно: Ивошевић, З. — *Супарничарство*, Београд, 1979, стр. 61.

а) постојећи тужбени захтев квантитативно повећа¹⁴ (сукцесивна објективна кумулација),¹⁵

б) уз постојећи захтев истакне нове захтеве (сукцесивна објективна кумулација),

в) уместо првобитног захтева истакне неки други захтев (преиначење у правом смислу речи),^{16 17} или кад

г) промени основ тужбе.

Пошто се могу преиначити сви битни елементи тужбе који одређују њен идентитет, могућно је да дође до преиначења тужбе и у објективном и у субјективном смислу, мада је за постојање преиначења тужбе довољно да дође и само до промене једног од битних елемената тужбе.¹⁸

9. Проширењем тужбе на нове тужене — супсидијарне дужнике издржавања у смислу чл. 383, ст. 2. ЗБПО долази до преиначења тужбе и у субјективном и у објективном смислу. Накнадном субјективном кумулацијом и заснивањем пасивног супарничарства, истакнути захтев из првобитне тужбе није био проширен на нове тужене; према свакоме од нових тужених истакнут је нови, самостални захтев за издржавање.¹⁹

Првобитна тужба је била уперена само против оног родитеља који није фактички издржавао дете и који је, као примарни дужник, дуговао издржавање. Преиначењем тужбе дошло је до накнадног заснивања супарничарства јер је тужба преиначена тако што су тужена и друга лица која по закону дугују издржавање, као супсидијерни дужници, и то или једно лице или више њих, зависно од броја сродника који су позвани да обезбеде издржавање свог малолетног сродника.²⁰

Супарничарство је субјективна кумулација, а овој кумулацији, по правилу, следи и кумулација тужбених захтева јер колико у парници има сатужених, толико има и тужбених захтева. То значи, да је, истовремено дошло и до објективног преиначења тужбе јер је измењен и захтев за пресуду.

У парници која је била покренута првобитно подигнутом тужбом, тужилац је тражио осуду на чинидбу — тражио је да тужени, као једини примарни дужник издржавања, плаћа издржавање. Пошто је у међувремену дошло до промене у облигационом односу издржавања тако да се сада ради о облигационом односу са више дужника у коме су њихове обавезе подељене јер сваки дужник издржавања одговара за свој део обавезе, који се одређује према ње-

¹⁴ Проф. Марковић овај вид преиначења тужбе у објективном смислу означава као „проширење тужбе”. Видети: Марковић, М. *op. cit.*

¹⁵ Проф. Трива овај вид објективног преиначавања тужбе означава термином „сукцесивна објективна кумулација”, Видети: Трива, С. — *op. cit.* стр. 324.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Проф. Марковић овај вид објективног преиначења тужбе означава као промену предмета тужбе (*op. cit.*, стр. 195).

¹⁸ Трива, С. — *op. cit.* стр. 324.

¹⁹ Трива, С. — *idem*, стр. 344.

²⁰ Накнадно могу да буду тужени, зависно од редоследа којим дугују издржавање, брат или сестра, деде и бабе итд.

говим могућностима,²¹ тужба је преиначена не само у субјективном већ и у објективном смислу. Пошто код подељених облигација сваки део дуга задржава своју самосталност у погледу трајања, испуњења и престанка облигационог односа,²² тужба је преиначена тако што је уместо првобитног захтева према једном дужнику издржавања, истакнуто више нових, самосталних захтева према сваком од тужених. Преиначеном тужбом истакнути су нови, самостални захтеви за осуду на чинидбу, захтеви којима се тражи осуда на чинидбу сваког од накнадно тужених давалаца издржавања, као супсидијарних дужника издржавања, поред примарног дужника издржавања, с тим што се од сваког сатуженог не тражи цело издржавање, већ само одређени износ за издржавање који зависи од могућности за давање издржавања сваког од сатужених.

10. По ЗПП, до преиначења тужбе може да дође до закључења главне расправе пред првостепеним судом (чл. 190. ст. 1. ЗПП). Тужилац може, без икаквих услова и ограничења да преиначи тужбу пре њеног достављања туженом. Од тренутка литиспенденције, преиначење је могућно под условом да на то пристане тужени.²³ Међутим, и кад се тужени преиначењу противи, суд може допустити да се тужба преиначи ако је, по оцени суда, то целисходно за коначно решење спора међу странкама (чл. 190. ст. 2. ЗПП) и ако оно не изазива одуговлачење поступка. Исто тако, преиначење је, по самом закону, допуштено ако је тужилац тужбу преиначио тако што, услед околности које су настале после подизања тужбе, захтева из истог чињеничног основа други предмет или новчани износ (чл. 191. ст. 2. ЗПП).

Кад је у питању субјективно преиначење тужбе које се састоји у томе што је, уместо првобитног туженог, тужено друго лице (чл. 192. ст. 1. ЗПП) одн. преиначења које у парници доводи до чисто процесне сукцесије, преиначење је допуштено уколико постоји пристајак првобитно туженог и пристајак новог туженог, који у парници ступа наместо првобитног туженог. Уколико првобитни тужени не пристане на преиначење, до преиначења тужбе не може да дође јер се ово преиначење у односу на њега манифестује и као повлачење тужбе, а за ову парничну радњу законом је изричито предвиђен, као услов, пристајак туженог (чл. 192. ст. 2. ЗПП).

Ако је у питању субјективно преиначење тужбе које се састоји у накнадном заснивању пасивног супарничарства, пошто се ради о обичним супарничарима, потребно је да буду испуњени нешто другачији услови. Пре свега, потребан је пристајак новог туженог (одн. нових тужених) јер нови тужени ступа у парницу у оној стању у коме се она налази у том тренутку, а то значи да долази у неповољнију ситуацију од првобитно туженог. С друге стране, сагласност првобитно туженог за преиначење тужбе није потребна јер се његова процесна ситуација преиначењем тужбе на овај начин не мења

²¹ Чл. 421. 300.

²² Видети: Перовић, С. — Облигационо право, Београд, 1973, стр. 63, Перовић, С. — Одредница уз чл. 412. 300 (Коментар Закона о облигационим односима, стр. 965).

²³ О правној природи пристајка туженог, видети: Марковић, М. — *op. cit.* стр. 21, Јухарт, Ј. — *op. cit.* 277.

(чл. 196. ст. 2. ЗПП). Поред тога, потребно је да буду испуњени и услови за допуштеност супарничарства предвиђени у чл. 196. ст. 2. ЗПП.

11. Преиначење тужбе из чл. 383. ЗБПО настаје по посебном режиму, различитом од режима предвиђеног одредбама ЗПП.

До преиначења тужбе у алиментационој парници може да дође у фази главне расправе, до његовог закључења. До преиначења тужбе може да дође у тренутку кад је ствар скоро сазрела за одлуку, кад је суд, пошто је у потпуности извидео спорну ствар, закључио да тужени родитељ није у могућности да својим доприносом на име издржавања задовољи потребе детета у висини предвиђеној законом, одн. да оба родитеља то нису у могућности да учине. Да би омогућио да дође до преиначења тужбе, суд привремено обуставља парничну делатност — застаје са поступком и о томе обавештава орган старатељства.

До преиначења тужбе долази на подстицај суда, који обавештава орган старатељства да примарни дужник издржавања не може својим доприносом на име издржавања да задовољи потребе детета у висини предвиђеној законом те да постоји потреба, пошто је дошло до промене у облигационом односу издржавања, да орган старатељства искористи своја процесна овлашћења, предвиђена законом — да предузме парничну радњу која ће омогућити да се у парници „увуку” и супсидијарни дужници издржавања.

Право да преиначи тужбу, под истим условима, има и примарни законски заступник тужиоца. Он, међутим, ово право не врши на директни подстицај суда, јер по ЗПП до супарничарства долази, по правилу, вољом самог тужиоца.

ЗБПО предвиђа да суд обавештава само орган старатељства о потреби и могућности да се тужба преиначи, али не и да обавештава о томе и примарног законског заступника. Овакво законодавно решење је, очигледно, инспирисано и мотивисано идејом о сарадњи суда и органа старатељства на плану заштите интереса деце. Међутим, овакво решење није у потпуности у складу са једним од основних процесних начела — са начелом поучавања неуге странке (чл. 11. ЗПП). Суштина начела о поучавању неуге странке је у томе што је суд дужан да странку (и друга неуга лица која суделују у поступку — законског заступника, нестручног пуномоћника) и по сопственој иницијативи поучава у погледу њених процесних овлашћења. Суд не сме да странци указује на могућност употребе нападних и одбрамбених процесних радњи, а преиначење тужбе је управо офанзивна парнична радња којом се у постојећој парници ствара једна нова правна ситуација. Према одредби чл. 383. ЗБПО о потреби да се предузме једна нова офанзивна парнична радња суд обавештава супсидијарног законског заступника иако, према начелу о поучавању неуге странке, суд не сме да поучава о парничним радњама учеснике у поступку са стручном опремом. По ЗБПО, суд не може да поучи примарног законског заступника, родитеља, али зато о тој могућности обавештава супсидијарног законског заступника — орган старатељства.²⁴

²⁴ О начелу поучавања науке странке детаљно: Познић, Б. — *op. cit.* стр. 158.

Уколико орган старатељства или редовни законски заступник детета преиначе тужбу, лица која су постала сатужени не могу се противити преиначењу тужбе нити се тражи њихов пристанак. Изричитом одредбом чл. 383. ст.2. ЗБПО новим туженицима ускраћена је могућност да сеprotиве преиначењу тужбе. Они, као супсидијарни тужници издржавања, немају никакву могућност да спрече да буду увучени у парницу у којој морају да преузму парничење у изузетно неповољном процесном положају, и у којој ће, за случај да се утврди да су дужни да дају издржавање и да су у могућности да дају издржавање, бити осуђени да га плаћају почев од тренутка који временски знатно предходи тренутку кад су постали тужени.

Пристанак првобитно туженог није предвиђен законом, нити је потребан. Преиначењем тужбе у смислу чл. 383. ЗБПО заснива се пасивно супарничарство између првобитно туженог и нових тужених. Према одредбама ЗПП, који су, у смислу чл. 388. ЗБПО инкорпорисане у алиментациони поступак, код накнадног заснивања супарничарства, пристанак првобитно туженог није потребан јер се накнадном субјективном кумулацијом његова процесна ситуација не погоршава. Одредбом чл. 383. ЗБПО положај првобитно туженог се побољшава јер му се омогућава да олакша свој положај дужника издржавања као и да подели терет издржавања или са осталим сродницима, који по закону дугују ово издржавање; или са друштвеном заједницом.

12. Оправдање за одступање у погледу услова за допуштеност преиначења тужбе у алиментационој парници ради издржавања деце од правила општег парничног поступка треба видети у настојању законодавца да омогући потпуну и ефикасну заштиту малолетног примаоца издржавања и ефикасно обезбеђење његове егзистенције.

Преиначењем тужбе у алиментационој парници на начин предвиђен у чл. 383. ЗБПО постиже се да се вођењем само једне парнице обезбеди издржавање малолетника кад постоји спор о његовом издржавању, да се спречи даље угрожавање његове егзистенције и, истовремено, заштите и његови интереси и интереси друштвене заједнице. Малолетни тужилац не мора да покреће нову парницу за издржавање уколико родитељи нису у могућности да у целости или делимично обезбеде његово издржавање. Истовремено- прималац издржавања се не излаже трошковима покретања и вођења нове парнице, а до тада прикупљени процесни материјал, користи се у поступку по преиначеној тужби.

Преиначењем тужбе поступак се сувише не одуговлачи и у наставку, после преиначења тужбе, поступак не траје онолико колико би трајао да је покренута сасвим нова парница против супсидијарних дужника издржавања. У дотадашњем току парнице, суд је већ одредио висину износа потребног за издржавање детета да би се задовољиле његове потребе у обиму који је предвиђен законом, тако да у поступку по преиначеној тужби треба да утврђује да ли накнадно тужени дугују издржавање — да ли постоји њихова законска обавеза издржавања, да утврди потом какве су њихове могућности да дају издржавање, као и да потом одреди висину појединачне обавезе издржавања сваког од сатужених.

13. Преиначена тужба долази на место првобитно подигнуте тужбе. Сматра се да је тужба таква каква гласи после преиначења била подигнута још у тренутку кад је са првобитном садржином била поднесена суду.²⁵ Исто тако, сматра се да је првобитна тужба повучена и замењена тужбом са новом садржином.²⁶ Зато ће и сва дејства која је изазвала првобитна тужба остати, те ће нови тужени, као и првобитно тужени, за случај да се према њима усвоји тужбени захтев, дуговати издржавање од тренутка кад је алиментациона парница била покренута.

14. Преиначење тужбе је страначка диспозитивна парнична радња. И она је, као и свака друга страначка парнична радња, једностран парнична радња. Суд је дужан да оцени да ли је предузета радња допуштена или није, и ако закључи да је преиначење допуштено, суд ће донети решење којим ће констатовати да је допуштено преиначење тужбе и у наставку поступка он ће извијати нови спор и одлучити по преиначеној тужби.

Како се нови тужени не може противити преиначењу тужбе, њима се једино мора оставити потребно време да се припреме за расправљање по преиначеној тужби.

²⁵ Тако: Марковић, М. — *op. cit.*, стр 202, Zuglia, S. — *op. cit.*, стр. 282.

²⁶ То би, уједно био и изузетак од правила да се за повлачење тужбе тражи пристанак првобитно туженог јер његов пристанак, по чл. 383. ЗБПО, није предвиђен.

**MODIFICATION DE L'ACCUSATION DANS LE PROCES
D'OBLIGATION ALIMENTAIRE**

— Résumé —

Par la Loi sur le mariage et les relations familiales de la République Socialiste de la Serbie, contre l'obligation légale sur l'entretien des époux conjugaux et extraconjugaux, des parents et des enfants et parmi les autres agnats, on a réglé aussi une procédure contentieuse particulière dans le procès d'obligation alimentaire. Parmi les clauses de la Loi sur le mariage et les relations familiales, par lesquelles on régle la procédure d'obligation alimentaire des enfants, la clause de l'article 383 attire une attention particulière, car elle régle le cas particulier de la modification de l'accusation.

Dans son travail l'auteur fait l'analyse de l'institution de la modification de l'accusation de l'article 383 de la Loi sur le mariage et les relations familiales, comme d'une nouvelle solution législative et elle la compare avec l'institution de la modification de l'accusation de la Loi sur le droit familiale, en prenant en considération les avantages et les défauts de cette solution législative.

ДОМАШАЈ JUS COGENSA У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ RATIONE MATERIAE

Проблем домашаја норма *jus cogensa ratione materiae* тиче се, у ствари, обима релативности когентних норми, наиме, да ли оне принципијелно важе само у односу на међународно уговорно право или, пак, покривају све манифестације воље држава на међународном плану.

Одговор на то питање није интересантан само због последица које из таквог одговора логички произилазе у односу на ваљаност неуговорних манифестација воље држава на међународном плану, него и услед чињенице да рефлектује општи приступ неким од значајних аспеката *jus cogensa* у међународном јавном праву, па и међународног права уопште. По једном мишљењу, које се добрим делом ослања на традиционалну доктрину, правила *jus cogensa* се, *per analogiam* са ситуацијом у унутрашњем праву, везују искључиво за предмет уговора.¹

Основни аргумент материјалне природе који се истиче у прилогу става о ограниченом домашају правила *corpus iuris cogentisa* је да је свака норма општег међународног права обавезна за субјекте, те да би квалификовање једностраних манифестација воље др-

¹ Уопште о нормама *jus cogensa*, в. Barberis, *La liberté de traiter et le jus cogens*, Z. f. a. ö. R. V., 1970, vol. 30; H. Mosler, *Jus cogens im Völkerrecht*, Schweiz. Jahrbuch f. inter. Recht 1968, vol. 25; Reimann, *Jus cogens im Völkerrecht*, 1971; Virally, *Réflexions sur le jus cogens*, AFDI 1966, vol. 12; М. Крећа, *Some general reflections of jus cogens as a notion of International public Law*, Festschrift Abendroth 1982; М. Крећа, Прилог разматрању о основним обележјима апсолутно обавезних норми у међународном јавном праву, *Анали ПФ у Београду* 4/1977; Тункин, *Jus cogens in contemporary International Law*, Univ. of Toledo Law Rev., 1971.

P. Fiore, *International Law Codified*, art. 760, цит. по Report by J. L. Briery, *Appendices E*, YILC 1950, II, p. 248; J. C. Bluntchli, *Le droit International codifié*, 1886, traduit par Lerdy, §. 410, 411; Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, 1965, p. 40; L. Cavaré, *Droit international public positif*, II, 1962, p. 60; Brandner, *Pacta contra bonos mores im Völkerrecht*, Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien 1937, pp. 36—37; M. Frolich, *Die sittlichkeit in völkerrechtlichen Verträgen*, 1925, p. 90 и даље; Verdross у свом предлогу изнетом 1937, истиче, да је „уговорна норма ништава уколико представља повреду било принудне норме општег међународног права било да је *contra bonos mores*“. — *Forbidden treaties in International Law*, AJIL 1937, вол. 37, p. 577.

жава садржајно супротних *jus cogensu* као ништавних, значила „свођење читавог бића права на перемпторне норме као једине које не могу бити повређене”.²

Питање когентног карактера правила не појављује се кад држава „повређује (*violates*) норму међународног права”, било то правило општег међународног права когентне или диспозитивне природе било специфична уговорна обавеза.

При томе се као основни аргумент истиче *differentia specifica* између појмова повреде (*violation*) и дерогације (*derogation*) правила међународног права.

Под повредом међународне норме подразумева се понашање субјекта или субјеката које одудара од садржаја норме а усмерено је против другог субјекта (субјеката) без његовог пристанка. У том случају, држава која је предузела једностранни акт је одговорна по међународном праву, те је могуће читав проблем решити путем *restitutio in integrum*, и без прибегавања концепту *jus cogensa*.³

Супериорност *jus cogensa* поставља се, с друге стране, у случају дерогације која се конституише онда кад је „понашање субјекта (или субјеката) права, које се не слаже са том нормом, усмерено на произвођење последица само за дерогирајуће субјекте, без утицања на било која права осталих. Другим речима, карактерише је „унутрашњи (*inside*) ефект у кругу дерогираних страна.”⁴

Очито је да наведено разликовање није засновано на најсрећнијем критеријуму. Излази, наиме, да је основ увођења посебних појмова „повреде” и „дерогације норме” — намера да се последице одређених поступака усмере у правцу трећих држава. Одсуство те намере квалификује одређени поступак односно поступке као „дерогацију”.

Јасно је да сама жеља или намера није довољна да дејство одређених поступака ограничи *ration loci*. У данашњем свету тесне узајамне зависности тешко је замислити било какав поступак који, посредно или непосредно, не би дирао у права трећих.

Узмимо, на пример, случај кад држава А ставља резерву на извесни мултилатерални уговор.

Намера коју држава А опредељује на стављање резерве је ограђивање од извесних одредаба уговора „с тим да се тај део уговора уопште не везује, или тим одредбама даје ограничен смисао. Очито је да у том случају мотив није повреда интереса трећих већ установљење посебног положаја те државе у односу на уговор, било делом било у целини. Без обзира на различите случајеве у односу на могућност стављања и дејство резерви, утврђене самим уговором или општим међународним правом, јасно је да се резерва, у складу

² J. Sztucki, *Jus codens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1974, p. 68.

³ *Ibidem*, p. 67 — 69.

⁴ *Ibidem*, p. 68.

са претходним појмовним разликовањем „дерогације”, објективно испољава као „повреда” јер мења равнотежу права и обавеза међу странама мултилатералног уговора.

Са друге стране, појам *jus cogensa ex definitione* искључује појам „трећих држава”. Норме когентне природе, као израз самих основа заједничког живота у међународној заједници, донете су у име међународне заједнице као целине. Интерес за њиховим поштовањем не дели ограничени круг држава, већ с обзиром на значај тих правила све државе могу сматрати да имају правни интерес у њиховој заштити: оне су обавезе *erga omnes* — како је то истакао Међународни суд правде у *Barcelona Traction Case*.⁵

Изази, дакле, да је диференцирање појмова на основу односа одређених поступака према правима трећих држава лишено чврстог основа. То значи, међутим, да само разликовање наведених појмова није прихватљиво. У ствари, оно одржава лупидно запажање са становишта последица које поједини поступци имају у односу на претпостављену норму општег међународног права.

Особеност повреде норме општег међународног права видимо у чињеници да је одређено понашање, као материјални састојак повреде, у контрадикцији са садржајем норме, али *per se* није довољно да успостави другачији, конкурентни правни режим. Садржај повреде чине материјални акти који не само да не чине норму садржајем супротну норми општег међународног права, него то, према објективном стању околности, и не могу постати. Узмимо, примера ради, случај када органи државе А, супротно правилу о имунитету дипломатских представника, подвргну претресу дипломатског представника државе Б.

Такав акт органа државе А конституише повреду позитивног правног правила и претпоставља њену одговорност, било дипломатску било грађанску, узете понаособ или кумулативно. Објективно, међутим, таква повреда не може довести до стварања конкурентног режима.

Са друге стране, дерогација подразумева поступак који има за циљ „квалитативну повреду” одређене норме односно циља на установљење другачијег правног режима.

У односу на претежни део *corpus* општег међународног права, диспозитивне норме, такво понашање представља правно дозвољен акт субјектата међународног права. Државе, другим речима, могу споразумима *inter se* стварати норме које одступају од норми општег међународног права и поступати по њима у међународним односима. Сигурно је да у мноштву билатералних и мултилатералних режима може доћи до ситуације да се обавезе по разним режимима поклапају, но ту се не ради о ништавости но о несагласности појединих режима.⁶

Уколико такви споразуми, у начелу *res inter alios acta*, за треће државе, нанесу овима штету, државе које су закључиле споразум постају одговорне према тим државама.

⁵ I. C. J. Reports 1970, par. 33 — 35.

⁶ H. Waldock, Doc. A/CN. 4/156, p. 53, par. 1.

Немогућност квалификације као ништавих повреда диспозитивног општег међународног права је извесна, и ту се слажемо са наведеним мишљењима, с обзиром на особеност обичајног стварања норми у међународном праву. Такав поступак би практично онемогућио настајање нових обичајних норми или измену постојећих јер су једностранни акти држава конститутивни елемент праксе.

Кад је, међутим, у питању одступање *inter se* од норме *jus cogens* такав уговор је ништав *ab initio*. Санкција апсолутне ништавости има за узрок квалитет интереса који се повређује таквим уговором.⁷

Санкција ништавности погађа све међународне споразуме, билатералне или мултилатералне, природе чији је садржај супротан садржају перемпторне норме. Једини изузетак, у светлу ранијих разматрања о формалним изворима међународног *jus cogens*, чине свеопшти мултилатерални уговори. Њихово дејство *contra legem* је у ствари привидно, будући да они не установљавају конкретан правни режим, но конституишу квалитативно нову пермпторну норму (или норме).

Уколико су на основу илегалног уговорног инструмента извршене одређене радње, оне не поседују правну снагу, те су, стога, уговорнице дужне да отклоне њихове последице.⁸

Погрешно се говори о конфликту уговорних норми (то важи и за обичајне) у случају кад је једна од норми у питању когентна форма. Појам „конфликт норми” у овом случају је логички супротност самом појму когентних норми, јер почива на претпоставци да истовремено важе две противуречне норме. Међутим, указали смо да норма *jus cogens ex definitione* не дозвољава установљење супротног правног режима. Норма садржи супротног *jus cogens* не може ни настати. Ради се, у таквим случајевима, само о актима који се предузимају са циљем стварања норме супротног садржаја.

Чак и у случају *jus cogens superveniens* не може бити речи о конфликту норми. Нова перемпторна норма самим својим настајањем укида правну важност дотадашње норме — сукоб постоји само између акта стварања нове норме и постојеће норме. Материјализација акта кроз уобличавање нове норме означава, истовремено, нестанак старе норме.

Уопште говорећи, изгледа оправдано приписати отпор релевантности *jus cogens* у односу на једностране акте, околности да се концепт *jus cogens* у оквирима међународног права развио у вези са објектом уговора *per analogiam* са решењима у унутрашњем поретку. У високо организованом и централизованом поретку, какав је онај који се развијао унутар државних граница, такво решење се

⁷ В. М. Крећа, Поништење уговора са становишта међународног права, маг. теза, 1974, Београд, стр. 9.

⁸ У трећем извештају G. Fitzmaurice-а однос норме *iuris cogentis* и уговора који јој није сагласан означен је као конфликт. — Third Report by Sir G. Fitzmaurice, Doc. A/CN. 4/115, pp. 40 — 41; У теорији тако и U. Scheuner, Conflict of a treaty provisions with a peremptory norm of general international law, ZAÖRV 1969, vol. 29, p. 28; V. Paul, The legal consequences of conflict between a treaty and an imperative norm of general international law (*jus cogens*), ÖZÖR, 1971, vol. 21, p. 19 и даље.

логички наметало.⁹ Наиме једностранни акти субјеката (скрећемо овда пажњу на симболично значење речи *sub-icetus* = подвргнут) у начелу ту немају места као потенцијални извори правних правила. Радње супротне релевантним правилима у таквим условима једино заснивају грађанску, кривичну или дисциплинску одговорност — већ у зависности од карактера правила. Насупрот томе, у међународном праву једностранни акти држава могу се, под извесним условима, појавити као формални извори међународног права.¹⁰

Наиме, како је истакао Међународни суд правде у *Nuclear Tests Cases*, опште је признато да декларације учињене путем једностранних аката, које се односе на фактичне и правне ситуације, могу имати дејство стварања правних обавеза.¹¹ Једностранни акти се, дакле могу појавити као конститутивни елементи у настанку обичајних правила,¹² јер држава једностранним актом и признаје одређени захтев у којем није узела учешћа.

Могућа је, према томе, ситуација да повреда императивне норме од стране државе А буде толерисана и призната од стране одређеног круга држава или да буде поновљена од множине субјеката (A + B + C + D + ... X) међународног права. Тиме се дошло до ситуације да *ex factis jus oritur*.

Нема сумње да би се на тај начин дозволила могућност устављених правног режима супротног режиму утврђеном перемпторном нормом општег међународног права. Ако се и задржимо на разлици појмова „повреда“ и „дерогације“ видимо да је она крајње релативизирана у случају кад за предмет има перемпторну норму. „Повреда“ перемпторне норме у околностима које карактеришу настанак међународних правила, самим тим и правила *jus cogensa*, представљају потенцијалну дерогацију.

Штавише, једностранни акт понекад поседује релевантности и кад није накнадно прихваћен од стране других субјеката међународног права. У поменутој пресуди истиче се да у случају кад постоји намера државе која издаје декларацију да буде везана одредбама декларације, таква намера утиче да декларација стиче карактер правне обавезе, те да држава тада постаје обавезна да следи курс понашања сагласан са декларацијом. Обавеза такве врсте дата јавно, уз намеру да представља обавезу, поседује правну обавезност чак и уколико није учињена у контексту међународних преговора. У таквим околностима ништа у природи (*in the nature*) *quid pro quo* нити било какво накнадно прихватање декларације, нити одговор или реакција осталих држава, није потребно да би декларација имала дејства.¹³

⁹ У конкретном случају имамо у виду једностранне акте самих субјеката права. Ово истичемо јер је унутрашње право засновано на једностранним актима надлежних органа. Због тога и бива квалификовано као право субординације.

¹⁰ Аврамов — Крећа, Међународно јавно право, 1986, стр. 46; М. Бартош, Међународно јавно право, I, 1954, стр. 114.

¹¹ I. C. J. Reports 1974, pp. 267 и даље.

¹² Аврамов — Крећа, оп. цит., стр. 46.

¹³ I. C. J. Reports 1974, pp. 267, 472.

Стога, уколико се један споразум који није у складу са нормом *jus cogensa* сматра ништавим будући да су његови ефекти супротни међународном јавном поретку, нема разлога да се исти аршип не примени на било који акт или активност који има на „хијерархији правних норми нижи положај од уговора”.¹⁴

Ништавост уговора услед несагласности са нормом *jus cogensa* није сама себи циљ већ средство које треба да спречи да супротни акти држава конституишу садржајно другачији режим. Ако постоји могућност да једностранни акти доведу *tractu temporis* до прећутног установљавања супротном режиму тешко се може избећи санкција ништавости. Изузетак би евентуално чинили једино материјални акти који не представљају правне акте, али то захтева посебну елаборацију која излази из оквира овог рада.

Нужност протезања релевантности *jus cogensa* на све облике понашања држава супротне садржине, укључујући и једностране акте, и пропуштања, увиђа добар део савремене доктрине међународног права.¹⁵

Сама Бечка конвенција, мада по природи своје сврхе, ограничена на домен међународних уговора закључених између држава, не даје у том погледу потпуно јасан и одлучан одговор. За сврхе конвенције перемиторна норма општег међународног права се појмовно одређује као „норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице од које није дозвољено никакво одступање...” У списку употребљених израза не назначује се смисао термина дерогација, наиме, да ли он обухвата све манифестације воље држава на међународном плану или само оне које су уговорно уобличене.

Из *travaux préparatoires* излази, међутим, да треба имати у виду и остале акте и пропусте државе.

У *Lauterpachtovom* нацрту правила о „легалности објеката уговора”, ништавост уговора супротног „свеопштим (*overriding*) принципима међународног права који могу бити сматрани конститутивним елементима међународног јавног поретка” везује се за извршење уговора који укључује акт „... илегалан по међународном праву”. Стварни разлог ништавости таквог уговора специјални извештај је видео у чињеници да је одређени акт, као њихов објект, илегалан.¹⁶ Мада се у горњим разматрањима изричито не помињу манифеста-

¹⁴ Suy, *The concept of jus cogens in Public International Law*, Lagonissi, pp. 75.

¹⁵ Verosta, *Official records of UNCLT 1968*, p. 303, по коме се домашај *jus cogensa* протече на „сваку радњу или акт супротан перемиторној норми општег међународног права”; Glaser истиче да државе не могу не само дерогирати, већ да им је забрањено и да „избегавају његове принципе”, — *Jus cogens in International law*, RREI, No. 4/1973, pp. 65—66; G. Dahm, *Völkerrecht*, 1961, III, p. 60; Rolin, *Vers un ordre public reellement international*, *Hommage Basdevant*, 1960, pp. 458—459; М. Марковић је експлицитан: „Дејство таквих правила распростире се... на садржину било ког међународног акта, јединственог или другачијег, уговореног или обичајноправног, државног или судског, или кога другог органа или тела у супротности са тим правилима”. — М. Марковић, *Међународноправна правила принудне природе*, Зборник Правног факултета у Загребу 3—4/1966, стр. 321.

¹⁶ *Yearbook of ILC*, 1950, p. 154.

ције воље држава различите од уговора, ван сумње је да је појам „међународног акта” шири од појма уговора.

Waldock у члану 13. другог дела свог нацрта ништавост уговора алтернативно везује било за објект уговора било за његово извршење које укључује повреду општег правила или принципа међународног права когентног карактера. У другом параграфу који даље разрађује општи принцип изложен у претходном параграфу, истиче се да је посебно уговор супротан међународном праву и ништав уколико његов садржај (објект) или извршење подразумева „било који акт или пропуст” у односу на одређене групе норми међународног права.¹⁷

И сама међународна пракса, у мери о којој је о њој могуће говорити кад је у питању категорија у тако брзом развоју као што јус *cogens*, иде у правцу екстензивног тумачења домашаја *jus cogensa ratione materiae*. У *North Sea Continental Shelf Case*, у вези става Суда да Женевска конвенција о континенталном шелфу није примењива између странака у спору, с обзиром да члан 6. Конвенције не изражава обичајено међународно право када у принципу усваја правило еквидистанце, у неколико издвојених и индивидуалних мишљења изражени су ставови о односу резерви и *jus cogensa*.

Судија *Padilla Nevo* је указао да правила обичајеног права „која припадају категорији *jus cogensa* не могу бити подвргнута једностраним резервама” те да уколико Конвенција изричитом одредбом дозвољава резерве на извесне чланове то произилази из „признања” чињенице да такви чланови нису кодификација или израз постојећих мандаторних принципа.¹⁸

Судија *Tanaka* наговештава да би резерва била ништава уколико би била „супротна есенцијалном принципу институције континенталног шелфа који има бити признат за *jus cogens*”.¹⁹

У саветодавном мишљењу поводом *South West Africa Case (1971.)* Међународни суд правде је указао да су чланице Уједињених нација у обавези непризнавања правних последица присуства Јужне Африке у Намибији, што подразумева „обавезу признавања (*гесогнизе*) илегалности Јужноафричког присуства у Намибију, и неважности (*invalidity*) њених аката извршених у име Намибије или које се тичу Намибије, и уздржавање од било каквих аката и, посебно, било каквог поступања са владом Јужне Африке које подразумева признање легалности, или пружања подршке или помоћи, таквом присуству и администрацији”.²⁰

Тешко да је ауторитативности ових навода потребно било шта додати. Резерва и акти признања представљају, наиме, типичне примере једностраних манифестација воље држава као субјеката међународног права.²¹

¹⁷ Doc. A/CN. 4/156, pp. 150 — 151.

¹⁸ I. C. J. Reports 1961, pp. 97, 98.

¹⁹ I. C. J. Reports 1969, p. 182.

²⁰ I. C. J. Reports 1971, p. 48.

²¹ Конвенција о уговорном праву одређује резерву као „једнострану изјаву...” (члан 2 (д)). Признање је, такође, једностран акт индивидуално или колективно изражен. Колективно изражен у смислу да група држава једнострано квалификује одређену ситуацију или стање.

Дакле, могли би истаћи да логика прохибитивности правила *cogris iuris cogentia* самом својом природом кандидује релевантност когентних правила не само у односу на билатералне и мултилатералне уговорне аранжмане, но исто тако и у односу на обичаје међународног права, једностране акте држава и друге манифестације воље држава на међународном плану које су *per se* или удружени са сагласношћу извесног круга држава (али не свих) подобни да установе правни режим који је несагласан са когентним режимом, а не ради се о категорији *jus cogensa superveniensa*. Само на тај начин могуће је, у условима дифузне правне технике својствене међународном поретку, очувати интегритет и неповредивост језгра когентних норми. Нужно је, према томе, да норме *jus cogensa* одређују све правно креирајуће активности државе.²²

Из реченог, са друге стране, јасно произилази да су у том смислу из домаћаја норми *jus cogensa* изузети прости, голи материјални акти несагласни *jus cogensu*, који, међутим, нису праћени намером нити су, пак, подобни да створе друкчији правни режим.

Dr MILENKO KREĆA, professeur agrégé à la Faculté de Droit à Belgrade

PORTÉE DE JUS COGENS DANS LE DROIT PUBLIC INTERNATIONAL RATIONE MATERIAE

— Résumé —

Dans cet article l'auteur examine le problème du volume de l'importance des normes de jus cogens, c'est-à-dire la question si elles sont valables par rapport aux traités internationaux ou si elles couvrent toutes les manifestations de la volonté des Etats sur le plan international. L'auteur est d'avis que le point de vue traditionnel, d'après lequel les règles de jus cogens sont exclusivement liées au sujet du traité, ne peut pas être analogiquement appliqué dans le droit international car, à la différence du droit interne, les actes unilatéraux des Etats présentent, sous les conditions déterminées, les sources formelles de cette branche juridique. Après une analyse détaillée des cas de la jurisprudence internationale, de la pratique des Etats, des conceptions doctrinales et des travaux préliminaires de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'auteur arrive à la conclusion que les normes connues sont importantes non seulement par rapport aux traités bilatéraux et multilatéraux, mais aussi par rapport aux règles internationales coutumières, aux actes unilatéraux des Etats et aux autres manifestations de la volonté des Etats sur le plan international.

Pour conséquent, la compétence de l'application de jus cogens comprend toutes les activités juridico-créatifs des Etats, excepté les actes matériels simples inaccordables aux normes de jus cogens et qui ne sont compétents de créer un autre régime juridique.

²² А. Ј. Алексиџе, Проблем *jus cogens* в современиом међународном праве, СЕМП 1969, п. 147.

НОВЧАНА НАКНАДА БУДУЋЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

I. О накнади нематеријалне штете уопште

1. Новчана накнада нематеријалне штете у југословенском праву оцењена је и прихваћена као оправдан и могућ облик накнаде ове врсте штете. До доношења Закона о облигационим односима из 1978, судска пракса у овој области ослањала се на правна правила из грађанских законика који су важили у нашој земљи пре Другог светског рата, примењујући их под условима одређеним у члану 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације, који је донет 1946. године. У Закону о облигационим односима институт нематеријалне штете и њене накнаде, посебно правичне новчане накнаде, добио је пуну афирмацију.¹ Основ за то налази се у Уставу СФРЈ, у одредбама о слободама, правима и дужностима човека и грађанина, нарочито у одредби из члана 176. став 1. која говори о неповредивости интегритета људске личности, личног и породичног живота и других права личности².

И у југословенској правној теорији, питањима из домена накнаде нематеријалне штете посвећена је значајна пажња, како пре тако и после доношења Закона о облигационим односима³. Примена законских прописа у пракси нарочито је интересантно и значајно подручје за истраживање. Значајно, поред осталог, и због тога што законодавац није регулисао сва питања везана за накнаду нематеријалне штете, нарочито будуће нематеријалне штете, која је главна тема овог рада.

¹ Видети члан 199—205. Закона („Сл. лист СФРЈ” бр. 29/78). Упор.: Михаило Константиновић, Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969, члан 161—164. За нематеријалну штету видети и ове прописе: Закон о ауторском праву, члан 28—29 („Сл. лист СФРЈ”, бр. 19/78, 34/78 и 24/86); Закон о кривичном поступку, члан 541—544 („Сл. лист СФРЈ”, бр. 26/86 — пречишћени текст); Закон о привредним преступима, члан 145—146 („Сл. лист СФРЈ”, бр. 10/86 — пречишћени текст); Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, члан 16 („Сл. лист СФРЈ”, бр. 24/74); Закон о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, члан 11, члан 27—128 („Сл. лист СФРЈ”, бр. 24/81).

² „Сл. лист СФРЈ”, бр. 9/74, исправка у бр. 11/74.

³ Видети на пример: Калобера, М., Накнада неимовинске штете, Загреб, 1941; Станковић, О., Новчана накнада неимовинске штете, Београд, 1972; Живковић, С., Накнада штете (имовинске и неимовинске), Београд, 1972; Станковић, О., Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том други, Београд 1978, страна 289; Ивошевић, З., Накнада штете због умањења животних активности, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3—5/1978, стр. 661; Пешић, Н., Накнада нематеријалне штете, Уговорно и општетно право по Закону о облигационим односима, зборник радова, Београд, 1979, стр. 437; Михаиловић, Р.,

2. Закон о облигационим односима разликује две врсте штете, материјалну и нематеријалну. Материјалну штету одређује као умањење друштвених средстава односно нечије имовине (обична штета) и спречавање њиховог повећања (измакла корист)⁴, а нематеријалну, као доношење другог физичког или психичког бола или страха. Психичке болове законодавац некад назива душевним боловима.

Узроци нематеријалне штете, тј. доживљавања физичких болова, душевних болова и страха, најчешће су: повреда тела, оштећење здравља, повреда неког другог моралног добра човековог које није саставни део његовог телесног интегритета (част, углед, слобода), затим смрт или тежак инвалидитет блиског лица и сл. Као правно релевантан облик нематеријалне штете, Закон о облигационим односима признаје, под одређеним условима, и повреду афекција једног лица због уништења неке његове ствари, тзв. *pretium affectionis*⁵.

3. Душевне болове, као облик нематеријалне штете, законодавац регулише детаљније, наводећи најзначајније правно релевантне случајеве. У члану 200. Закона говори се о претрпљеним душевним боловима због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности и смрти блиског лица, у

Накнада штете због претрпљених физичких болова, Правни живот, бр. 5/1979, стр. 61; Јелчић, О., Новчана накнада нематеријалне штете у случају телесне повреде, Наша законитост, бр. 10/1982, стр. 53; Перенић-Коман, Ј., Облици, обим и висина неимовинске штете, Судска пракса, Београд, бр. 2/1983, стр. 68; Тороман, М., Накнада за претрпљене болове у југословенском праву, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1—4/1983, стр. 708; Стојановић, Д., Коментар закона о облигационим односима (редактори: проф. др Слободан Перовић и проф. др Драгољуб Стојановић), Крапујевац, 1980, стр. 603; Тороман, М., Коментар закона о облигационим односима (редактори: проф. др Борислав Благојевић и проф. др Врлета Круљ), Београд, 1980, стр. 538; Бизнер Б., Коментар закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978, стр. 220; Мијачић-Цветановић, М., Лица која имају право на новчану накнаду нематеријалне штете у случају смрти или тешког инвалидитета, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1986, стр. 75; Црнић, И., Облици нематеријалне штете и критерији за одмеравање правичне новчане накнаде, Наша законитост, бр. 10/1986, стр. 1317; Кларић, П., Правична новчана накнада за нематеријалну штету, Наша законитост, бр. 10/1986, стр. 1335; Шепаровић, В., Урачунавање у одштету износа примљених с наслова осигурања и помоћи, Наша законитост, бр. 10/1986, стр. 1363.

⁴ Видети члан 155. Закона о облигационим односима. Као друштвена средства у смислу члана 12, став 1. Устава СФРЈ из 1974. године, одређују се средства за производњу и друга средства удруженог рада, производи удруженог рада и доходак остварен удруженим радом, средства за задовољавање заједничких и општих друштвених потреба, природна богатства и добра у општој употреби.

Имовина, као правна категорија, је целокупност имовинских грађанских права која припадају једном лицу (Стојановић, Д., Увод у грађанско право, Београд, 1981, стр. 119).

Имовина, као економска категорија, је скуп добара која припадају одређеном субјекту (Ведриш, М. — Кларић, П., Основе имовинског права, Загреб, 1983, стр. 79).

⁵ О афекционој вредности Закон говори у чл. 189, став 4. који гласи: „Кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника”. Ово је један мешовит случај који обухвата накнаду материјалне и нематеријалне штете, тј. накнаду тржишне вредности уништене ствари и вредности особите наклоности оштећеника према тој ствари.

члану 201. Закона говори се о душевним боловима због нарочито тешког инвалидитета блиског лица, а у члану 202. о претрпљеним душевним боловима лица које је преваром, принудом, или злоупотребом неког односа подређености или зависности наведено на кажњиву обљубу или кажњиву блудну радњу, односно о душевним боловима лица према коме је извршено неко друго кривично дело против достојанства личности и морала. Видимо, дакле, да има више правно релевантних узрока једног јединственог облика нематеријалне штете — претрпљених друштвених болова. Они, међутим, у Закону нису таксативно набројани. Поред права на накнаду за претрпљене душевне болове због повреде телесног интегритета у виду умањења животне активности или наружености, затим, права на накнаду за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части и слободе, Закон признаје и право на накнаду за претрпљене душевне болове због повреде других права личности. Којих то још права, Закон о облигационим односима не каже. Одребене слободе, права и дужности човека и грађанина зајемчене са Уставом СФРЈ. Уставом је зајемчена неприкосновеност интегритета људске личности, личног и породичног живота и других права личности (члан 176), као на пример, право на самоуправљање, изборно право, право на рад и слобода рада, слобода мисли и опредељења, право на одбрану земље, слобода кретања и настањивања, неповредивост стана, неповредивост тајне писма и других средстава општења, слобода одлучивања о рабању деце, право на здраву животну средину, слобода изражавања припадности народу или националности, изражавања националне културе, употребе свог језика и писма, исповедање вере и друго⁶.

Судска пракса и правна теорија ће, свакако, одредити меру и облик грађанскоправне заштите за претрпљену нематеријалну штету због повреде наведених права човека и грађанина.

4. Према Закону о облигационим односима, право на накнаду за претрпљене душевне болове имају не само непосредне већ и посредне жртве оштећујуће радње. Тако у случају тешког инвалидитета, односно смрти неког лица, право на болнину припада одређеним блиским сродницима повређеног, односно усмрћеног. Није тако код физичких болова и страха, као облика нематеријалне штете. По овим основима, право на накнаду имају само непосредне жртве⁷.

5. Кад је реч о накнади за претрпљене болове и претрпљени страх, Закон о облигационим односима прописује још нека ограничења. Тако у члану 200. став 1. одређује да ће суд досудити правичну новчану накнаду ако то оправдавају „околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање”⁸. И даље, у ставу 2. члана

⁶ Видети члан 153—203. Устава СФРЈ.

⁷ Основани и интензиван страх родитеља за судбину свога детета није правно призната нематеријална штета” (Закључак усвојен на Саветовању Савезног суда, Врховног војног суда и врховних судова република и покрајина, 14. и 15. IX 1983. године. У истом смислу и Закључак седнице грађанских одељења Врховног суда Хрватске, одржане 27. II 1984. године — Преглед судске праксе, прилог часописа „Наша законитост”, бр. 24. стр. 91.

⁸ „Мали интензитет или краткотрајност претрпљених болова, односно страха могу у склопу свих датих околности случаја бити разлог да се оштеће-

200. прописује да ће приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њом не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

О којим то другим „околностима случаја”, осим јачине и трајања болова и страха, треба водити рачуна при одлучивању о оправданости накнаде нематеријалне штете у смислу одредбе члана 200. Закона о облигационим односима? У судској пракси указано је на неке од њих. То су, на пример, следеће околности: карактер озледа које је претрпео оштећеник с обзиром на развој и интензитет клиничке слике⁹, неугодности којима је лечење пропраћено: дуготрајно непомишно лежање, обављање физиолошких потреба у кревету, тешкоће приликом гутања хране, број оперативних захвата, имобилизација, болови код рехабилитације — физикалне терапије, инфузије, трансфузије, употреба инвалидских помагала — штака или колиџа, поновљена операција и слично¹⁰; субјективна својства оштећеника — издвајање детета из породичне средине¹¹; врсте повреда и део тела на коме је до њих дошло¹² и слично.

6. У циљу заштите права личности, Закон о облигационим односима признаје захтев да се престане са повредом права личности. Према одредби члана 157, став 1. Закона, свако има право захтевати од суда или другог надлежног органа да нареди престанак радње којом се повређује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности. Овај захтев да се престане са повредом права личности представља, у ствари, конкретизацију одредбе из члана 176. става 1. Устава СФРЈ, о којој је већ било речи.

Уколико дође до повреде права личности кроз неки од правно релевантних облика нематеријалне штете, Закон о облигационим односима у циљу сатисфакције одређује, најпре, да суд може наредити, на трошак штетника, објављивање пресуде, односно исправке, или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом (члан 199).

Други облик сатисфакције за претрпљену нематеријалну штету јесте „правична новчана накнада”. Иако говори о новчаној накнади, законодавац овај вид накнаде не поима као новчану накнаду материјалне штете, тј. као обештећење оштећеног. Правична новчана накнада је само сатисфакција којом се жели оштећеном омогућити прибав-

нику за њих не призна право на накнаду нематеријалне штете” (Правни став Седнице судија Грађанског одељења Округног суда у Загребу од 4. III 1986. — наведено према: Црнић, И., нав. дело, стр. 1319).

⁹ Суд удруженог рада Војводине Сж. 747/85 од 10. I 1986; Врховни суд Хрватске Гж 2938/73 од 24. VIII 1974; Округни суд у Загребу Гж 3507/84 од 10. VII 1984.

¹⁰ Округни суд у Загребу Гж 8394/84 од 11. XII 1984. и Гж 3507/84 од 10. VII 1984, Наша законитост, бр. 11—12/1985, стр. 1346.

¹¹ Виши суд у Љубљани Цл 502/80 од 18. XI 1980; Правни став Седнице судија Округног суда у Загребу од 4. III 1986.

¹² Правни став Седнице судија Округног суда у Загребу од 4. III 1986. — наведено према: Црнић, И., нав. дело, стр. 1322.

љање неког задовољства ради успостављања његове психичке равнотеже поремећене претрпљеним физичким боловима, психичким боловима, односно страхом, или у неким случајевима претрпљеним свим овим неугодностима заједно. Лична људска добра су непроцењива у новцу, и као таква не могу бити новчано накнађена по принципу еквиваленције, већ само у виду задовољења, сатисфакције. Овакав став о правној природи правичне новчане накнаде нематеријалне штете одавно је прихваћен у нашем праву, и данас га нико више не спори¹³.

Иако новчана накнада нематеријалне штете не може бити еквивалентна претрпљеном губитку, она може бити правична, што подразумева постојање корелације између величине штете и накнаде. Интензитет и трајање болова и страха, као што је раније речено, итекако утичу на досуђивање накнаде уопште, односно на одређивање њене висине.

7. У вези са накнадом нематеријалне штете, поставља се питање да ли се ова два наведена облика накнаде могу кумулирати. Законодавац не даје изричит одговор на ово питање. Мишљења смо да треба допустити кумулирање објављивања пресуде или исправке и правичне новчане накнаде, уколико су испуњени услови, како због природе саме нематеријалне штете, тако и због карактера накнаде. У Скици за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, у члану 161, ово је било изричито казано:

„1. У случају повреде права личности суд може наредити објављивање пресуде на трошак штетника или објављивање исправке, или да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може постићи накнада.

2. Суд ће поред такве накнаде или место ње, и независно од накнаде имовинске штете, досудити повређеноме на његово тражење одређену своту новца за претрпљену неимовинску штету, када нађе да је таква накнада у датом случају оправдана тежином кривице или тежином нанесене штете”.

Што се тиче могућности кумулирања накнаде нематеријалне и накнаде материјалне штете, односно могућности остваривања права на накнаду нематеријалне штете и кад материјална штета уопште није настала, нема дилеме. У Закону о облигационим односима ово питање је, за разлику од претходног, изричито регулисано. Сходно члану 200. Закона, суд може „досудити правичну новчану накнаду независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству”.

8. Кад је реч о нематеријалној штети и њеној новчаној накнади, посебно је интересантно и значајно питање новчане накнаде будуће нематеријалне штете. Закон о облигационим односима, наиме, у члану 203. прописује да ће суд на захтев оштећеног досудити нак-

¹³ У пресуди Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 647/56, од 20. маја 1957. године речено је: „Тачно је да се тзв. неимовинска штета: страх, бол, унакаженост и сл. не да изразити у новцу, али то не значи да се оштећенику по оцени суда, руковођеног осећањем правичности, не може одредити и досудити извесна свота у новцу за то да би му се омогућило да у накнаду за оно што је претрпео и трпи прибави неко друго задовољство у животу” (ЗСО, књ. 2, св. 2, одл. бр. 370).

паду и за будућу нематеријалну штету ако је по редовном току извесно да ће она трајати и у будућности. Која се будућа нематеријална штета има у виду, у Закону није решено. О каквој накнади је реч, такође није изричито речено. Закон ову накнаду у поменутој одредби не назива правичном, нити каже да је реч о новчаној своти, као што чини у одредбама члана 200—202. Ако се, пак, имала у виду правична новчана накнада у смислу члана 200—202. Закона, поставља се, даље, питање њеног облика. Да ли се накнада досуђује у једној укрупној своти или у облику новчане ренте? Прихвати ли се за будућу нематеријалну штету као облик накнаде новчана рента, намеће се одмах питање, да ли се једном досуђени износ ренте може изменити, тј. повећати или смањити или сасвим укинати. На сва ова питања законодавац не даје одговор, па ће о њима даље бити више речи.

II. Будућа нематеријална штета

1. Будућа нематеријална штета може се схватити двојако. Пре свега, као штета која ће по редовном току ствари наступити у будућности, као редовна последица већ насталог правно релевантног узрока. На пример, душевни болови који ће у будућности наступити због наружености малог детета, кад оно одрасте и схвати значај своје наружености. Оно што овде може бити мање или више неизвесно, јесте време наступања штете и њен обим. Будућа нематеријална штета може се посматрати и другачије, тј. као већ испољена последица у неком од правно релевантних облика нематеријалне штете, али која није дефинитивно и у целости настала, већ ће трајати и повећавати се и у будућности. Такав је случај са душевним боловима због наружености одрасле особе. У зависности од тога како се поима ова штета, у правној теорији се говори о самосталној, или о континуираној будућој нематеријалној штети¹⁴.

У Нацрту закона о облигацијама и уговорима из 1976. године, у члану 179, о накнади будуће нематеријалне штете било је речено: „Суд ће на захтев оштећеног досудити накнаду и за будућу нематеријалну штету ако је њено наступање по редовном току извесно”. Изгледа да се овде имала у виду тзв. самостална будућа нематеријална штета. Такав закључак намеће се с обзиром на формулацију наведене одредбе¹⁵.

У Закону о облигационим односима међутим, реч је, несумњиво, о континуираној будућој нематеријалној штети. Према одредби члана 203. Закона „суд ће на захтев оштећеног досудити накнаду и за будућу нематеријалну штету ако је по редовном току извесно да ће она трајати и у будућности”. Законодавац овде исправно полази од једног већ постојећег правно релевантног облика нематеријалне штете, која је трајног карактера, и за коју је извесно да ће по редовном току трајати и у будућности.

¹⁴ Упор.: Визнер, Б., нав. дело, стр. 929.

¹⁵ У Скици за законик о облигацијама и уговорима нема одредбе о накнади будуће нематеријалне штете.

2. Што се тиче физичких болова и страха, као облика нематеријалне штете, по нашем праву они могу бити самосталан основ за правичну новчану накнаду само као садашња штета, тј. као претрпљени физички болови и претрпљени страх одређеног интензитета и трајања, односно са одређеним последицама за оштећеног. И наша судска пракса стоји на овом становишту.

По мишљењу Врховног суда Словеније „при одмеравању штете за физичке болове треба имати у виду болове претрпљене приликом саме незгоде и болове и друге неугодности за време лечења, док касније болове треба признати у оквиру накнаде штете због смањења општих животних способности”¹⁶.

И према најновијој пракси Врховног суда Србије „оштећени изузетно има право на накнаду неимовинске штете за претрпљене физичке болове због лаке телесне повреде, ако су ти болови били јачег или средњег интензитета и ако су дуже трајали”¹⁷.

Уколико због погоршања здравственог стања дође до поновне операције физички болови које оштећени трпи том приликом, представљају самосталну нематеријалну штету и засебан основ за накнаду¹⁸.

О новчаној накнади за претрпљени страх, која је била предмет саветовања у Грађанском одељењу Врховног суда Југославије, уз учешће представника републичких и покрајинских врховних судова, јуна 1968. године, заузет је став да се „за страх као вид душевног поремећаја (поремећај психичке равнотеже) који оштећени трпи, новчана накнада нематеријалне штете досуђује само у случају кад је проузроковани страх нарочито интензиван, а поремећај њим изазван трајније природе”¹⁹.

Нешто касније, у Врховном суду Словеније на Саветовању судија грађанских одељења судова опште надлежности, одржаном 16. и 17. јуна 1973, о истом питању заузет је правни став: „За сам страх приликом незгоде и страх у време лечења признаје се накнада штете једино ако је страх био врло интензиван и ако је у психи дотичнога оставио трајне последице односно ако је интензиван страх трајао дуже времена (без последица)”²⁰.

У најновијим судским одлукама, после доношења Закона о облигационим односима, налазимо исти став. Тако се у одлуци Суда удруженог рада Војводине ДСЖ 1506/81 од 18. 1. 1982. године, поред осталог, наводи: „Новчана накнада за претрпљени страх досуђује се према опште прихваћеним ставовима у судској пракси, у оним случајевима када је оштећени претрпео страх јачег интензитета који је

¹⁶ Ставови за Саветовања судија грађанских одељења судова опште надлежности у СР Словенији, одржаног 16. и 17. јуна 1973, „Информатор” бр. 2026, од 8. августа 1973.

¹⁷ Видети пресуду Врховног суда Србије Рев. 627/82. од 29. III 1982, ЗСО књ. 7, св. 1, одл. 35, 1982. година — У овом случају досуђена је накнада оштећеном за претрпљене физичке болове средњег интензитета у трајању 10—12 дана.

¹⁸ Одлука Врховног суда Србије у Београду Гж. 819/68, Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, одл. 532, стр. 180.

¹⁹ Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, стр. 70.

²⁰ Видети „Информатор”, бр. 2026 од 8. августа 1973.

дуже трајао и који је оставио одређене последице трајнијег карактера. Наступање и одређеног психичког поремећаја није услов за накнаду²¹.

У једној још новијој одлуци, овога пута одлуци Окружног суда у Загребу, речено је: „Интензиван страх који није потрајао не оправдава досуђење правичне новчане накнаде за тај облик нематеријалне штете“²².

3. За разлику од претрпљених физичких болова и претрпљеног страха, душевни болови могу бити правно релевантни и као будућа нематеријална штета. Посебно су значајни душевни болови због умањења животне активности и душевни болови због наружености, као последице телесне повреде. И у једном и у другом случају реч је о душевним боловима тзв. непосредне жртве, тј. лица које је претрпело телесну повреду или оштећења здравља.

Значајни видови будуће нематеријалне штете јесу и душевни болови због смрти блиског сродника, као и душевни болови због тешког инвалидитета блиског сродника. Одређени блиски сродници, као тзв. посредне жртве оштећује радње, према Закону о облигационим односима, имају право на правичну новчану накнаду по овим основима²³.

4. Душевни болови због умањења животне активности настају као последица немогућности или смањене могућности оштећеног да се бави активностима којима је раније био испуњен његов живот, на пример, због уништеног или оштећеног чула вида, мириса, слуха, онемогућене сексуалне активности, онемогућеног бављења одређеним позивом који је доносио посебно уважавање итд. Ради илустрације, навешћемо неколико судских одлука из којих се види како судови схватају овај вид нематеријалне штете, који је трајнијег или сасвим трајног карактера.

„Код телесног оштећења јавља се... и нематеријална штета у виду ... губитка опште животне способности која се манифестује у томе што повређени више не може да ужива животна задовољства у пуној мери као пре повреде (не може да игра ако је изгубио ногу, замара вид приликом биоскопских, позоришних и других приредби ако је изгубио око и слично”, речено је у одлуци Врховног суда Србије у Београду Гж 3569/66. године.²⁴

Врховни суд Југославије у једној одлуци из 1969. године, у образложењу, поред осталог, каже: „Смањење опште животне способности у већем или мањем степену постоји онда кад услед телесне повреде код оштећеног наступи немогућност или смањена могућност функционисања органа, тако да је смањена функционалност организма или једног његовог дела, да повређени не може вршити, или може вршити тек уз појачане напоре и тежобе, опште животне функције и активности, као што су претање, вршење свакодневних радњи у животу,

²¹ Видети „Судска пракса”, бр. 3/1982, стр. 69, Београд.

²² Видети „Привредно правни приручник”, б. 2/1985, стр. 67.

²³ О лицима која имају право на новчану накнаду у случају смрти или тешког инвалидитета, видети: Мијачић-Цветановић, М., нав. дело, стр. 75—93.

²⁴ Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, одл. 499, стр. 175.

обављање физиолошких функција, задовољавање других општих и уобичајених потреба и интереса у животу итд. То је вид неимовинске штете која се у суштини манифестује као физички бол, или као психички бол, или као обе те врсте бола уједно, што их повређени трпи услед смањене функционалности и активности свог организма или због напора које мора улагати да би вршио покрете, обављао рад и задовољавао обичне, редовне, свакодневне животне потребе и интересе...²⁵

Нематеријална штета због умањења животне активности представља један специфичан вид штете, најпре по томе што се јавља као једно трајно стање код оштећеног, а затим и по томе што се најчешће доживљава као својеврсна комбинација различитих неугодности: физичких болова, душевних патњи и страха. Појачани напори и тегобе у вршењу животних активности испољавају се често у виду физичких болова при предузимању животних активности које се морају вршити, затим у страху од предузимања тих активности, као и у психичким патњама због тога што се те активности више не могу предузимати без тешкоћа. Та целовитост доживљавања физичких и психичких болова и страха посебно долази до изражаја код најтежих случајева телесних повреда.

Значајно је указати на још једно питање у вези са душевним боловима због умањења животне активности. Да би били правно релевантни, ови болови не морају бити трајни већ могу бити и привременог карактера. Законодавац то, додуше, не каже изричито, али се судови изјашњавају у том смислу, и то, по нашем мишљењу, сасвим исправно. Тако је у једној одлуци Окружног суда у Ријеци речено: „Одредбе члана 200. Закона о облигационим односима не захтевају да оштећеник трпи трајно душевне болове због умањења животне активности да би имао право накнаде за тај вид штете. Довољно је то да је штета трајала одређено време, тј. да је оштећеник кроз то време трпео душевне болове па да се накнада досуди, с тим да ће висина те накнаде овисити о јачини и дужини трајања болова”²⁶.

5. Душевни болови због наружености представљају такође један трајан, и засебан облик нематеријалне штете. Наруженост, као последица телесне повреде, може бити перманентни извор душевних болова код оштећеног. Закон о облигационим односима говори о наружености, док се раније у судској пракси чешће говорило о унакажености. Унакаженост је тежи степен наружености. Од наружености треба разликовати естетску ману, која најчешће нема за последицу правно релевантну нематеријалну штету.

Наруженост се може састојати у ожиљцима на кожи, траговима опекотина, у искривљености, укочености или одузетости појединих делова тела и слично. Ови недостаци могу бити уочљиви на први поглед, као на пример, искривљена вилица, искривљен нос, ожиљак на лицу, недостатак ока и слично, или, пак, уочљиви при преду-

²⁵ Одлука Врховног суда Југославије Рев. 324/69, од 9. децембра 1969, ЗСО, књ. 15, св. 2, одл. 143, 1970.

²⁶ Окружни суд Ријека, Гж. 1910/84 од 24. X 1984, Преглед судске праксе, бр. 27/1985, прилог часописа „Наша законитост”, одл. бр. 35, стр. 57.

зимању одређених активности, као што су на пример, храмање при ходу због краће ноге, немогућност да се подигне рука у одређени положај због укочености или згрчености и слично.

Као и код умањења животне активности, и код наружености, штета у грађанскоправном смислу није сама наруженост као таква, већ су то душевни болови које повређени трпи услед наружености. Критеријум за признавање права на новчану накнаду у случају наружености је двојак. Најпре, то су душевне патње, осећање мање вредности, које оштећено лице подноси због наружености, а затим, то је утисак који наруженост оставља на друга лица у средини у којој оштећени живи. Оба ова критеријума била су прихваћена у нашој судској пракси и пре доношења Закона о облигационим односима. Навешћемо неколико примера из наше судске праксе.

„Накнада штете за унакаженост обухвата управо накнаду за психичко трпљење што га нагрђење спољног тела односно телесних органа и функција изазива код повређеног с обзиром на утисак што га нагрђење оставља у средини у којој повређени живи и где се креће. Мера тог нагрђења не утврђује се према степену телесне повреде, поготово не према таблицама које се примењују у осигурању, већ према томе како се нагрђење оцењује у односној средини”, каже Врховни суд Југославије у образложењу одлуке Рев. 320/69 од 9. децембра 1969. године²⁷.

Врховни суд Србије у одлуци Гж. 2268/69 од 6. новембра 1969. године, као правно релевантне сматра само трајније последице већег степена: „Накнада неимовинске штете због унакажености досуђује се само када се ради о последици трајне природе и већег степена тако да изазива душевне патње, а не када се ради о губитку зуба који могу бити замењени протезама”²⁸.

Врховни суд Словеније, на Саветовању судија грађанских одељења судова опште надлежности у СР Словенији, одржаном 16. и 17. јуна 1973. године, усвојио је став који гласи: „Накнада штете због унакажености признаје се зависно од околине, тј. како се унакаженост просуђује у околини у којој оштећени живи. Накнада штете се признаје само ако промене на телу нису незнатне. Субјективне тегобе оштећеног узимају се у обзир до разумне границе”²⁹.

У образложењу једне одлуке Суда удруженог рада Србије, донете непосредно после ступања на снагу Закона о облигационим односима, речено је: „Накнада за наруженост представља накнаду за психичко трпљење што га наруженост спољашњег изгледа тела изазива код повређеног, с обзиром на утисак што га нагрђење оставља у средини у којој повређени живи и где се креће”³⁰.

Кад је реч о естетској мани, као блажем степену наружености, судови су нешто блажи у досуђивању новчане накнаде у периоду после доношења Закона о облигационим односима, него што је то

²⁷ ЗСО књ. 15, св. 2, одл. 144, 1970.

²⁸ Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, одл. 533, стр. 180.

²⁹ Видети „Информатор”, бр. 2026, од 8. августа 1973.

³⁰ Одлука Суда удруженог рада Србије бр. 630/79 од 30. маја 1979. године — из архиве Основног суда удруженог рада у Врању.

био случај раније. У једној одлуци Врховног суда Босне и Херцеговине 1968. године, инсистира се на унакажености, и тежем психичком поремећају због тога код повређеног, да би му било признато право на накнаду, о чему се у образложењу одлуке каже: „У грађанско-правном смислу унакаженост представља нарушење вањског изгледа тијела а које се као неимовинска штета изражава у психичком поремећају повређеног због свијести о неповољном утиску што га ова деформација оставља у вањском свијету. Према налазу лекара — вештака тужиоцу као трајна последица повреде остали су на лијевој надлактици једва видљиви правилни ожиљци, што представља естетски дефект у незнатној мери. Нормално је очекивати да оваква незнатна промена на тјелу тужиоца неће код њега створити осећај мање вриједности, патње, депресије и слично, а само би овакве последице оправдале досуђивање накнаде нематеријалне штете због унакажености”³¹.

У новијој судској пракси, по мишљењу судова „није реч о таквом дефекту који би побуђивао гнушање, већ је довољан и такав дефект који побуђује пажњу људи због које се оштећени неугодно осећа”³². Судови су признавали накнаду и за козметички дефект као нижи степен наружености кад се он налазио на лицу, на пример, на носу, или ако се граничио са наруженошћу³³. Овакву судску праксу сматрамо исправном.

6. Закон о облигационим односима у чл. 201. прописује да у случају смрти неког лица суд може досудити правичну новчану накнаду за претрпјене душевне болове брачном другу, деци и родитељима умрлог, као и браћи и сестрама и ванбрачном другу, ако је између њих и умрлог постојала трајнија заједница живота. Душевни болови због смрти блиског лица, тзв. штета због повреде афекција према блиском лицу, такође је један вид нематеријалне штете трајнијег карактера.

Овде су посебно интересантни душевни болови деце због смрти родитеља. И то мале деце, која због свог психофизичког развоја нису у стању да схвате значај губитка и да претрпи интензивније душевне болове. У нашој судској пракси једно време није ни досуђивана накнада сасвим малој деци. Тако се у образложењу пресуде Врховног суда Југославије Рев. 150/68 од 19. јула 1968. године каже: „... Иако дете од две године осећа неки психички бол, овакав бол није од значаја у праву са гледишта захтева за накнаду штете. Душевни бол изазива психичке поремећаје, који могу бити различити у зависности од интензитета: тугу, угученост, жалост, очајање. Не постављају се овде неке оштре границе, али зависно од реакције, од понашања особе код које су изазвана таква осећања, може се извести закључак о тежини поремећаја. Све ово, разуме се, условљено је постојањем све-

³¹ Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 1780/68 од 6. 1. 1970, ЗСО књ. 15, св. 4, 1970, стр. 202—203.

³² Одлука Врховног суда Хрватске Гж 1279/79.

³³ Пресуда Основног суда у Љубљани, јединица у Кочевју П. 59/79, од 5. 12. 1979. и одлука Вишег суда у Љубљани Цп. 145/80 од 16. 10. 1980; одлука Основног суда у Љубљани, јединица у Љубљани I, П. 818/79, од 19. 9. 1979. и одлука Вишег суда у Љубљани Цп. 78/80, од 23. 9. 1980. — наведено према: Коман-Перенић, Л., нав. дело, стр. 71.

сти о последицама, а такве свести по правилу још нема код детета од две године. Ирелевантно је за доношење правилне и законите одлуке у конкретном случају да ли ће малодобна тужиља у будуће осећати душевне боли, јер се не ради о будућој штети, већ о штети насталој у моменту смрти њеног оца³⁴.

Касније, у судској пракси на губитак малог детета у случају смрти родитеља почело се гледати другачије, тј. као на један специфичан облик нематеријалне штете. Пошло се од тога да није у питању накнада за тренутни поремећај осећања услед сазнања о смрти родитеља, него да је у питању накнада за губитак родитељске нежности, неге и пажње, као и моралне потпоре и васпитног залагања, што све родитељ пружа детету у току његовог развоја. Губитак који дете трпи није више оцењиван само с обзиром на тренутак у коме је дете сазнало за смрт родитеља, већ је посматран и као будућа нематеријална штета у виду душевних патњи³⁵.

Коначно је ово гледиште у судској пракси преовладало, па је, на иницијативу Врховног суда Словеније, Савезни суд на Седмој заједничкој седници овога суда, републичких врховних судова и Врховног војног суда, одржаној 15. децембра 1987. године у Београду, заузео начелан став, по коме „дете има право на накнаду неимовинске штете за душевне болове због смрти родитеља без обзира на његов узраст, па чак и кад је рођено после смрти родитеља. Овде треба водити рачуна о душевним патњама које ће дете трпети у току развоја”³⁶. Овакав став, као што смо видели, дошао је до изражаја и у одредби члана 203, Закона о облигационим односима, у којој је регулисано право на накнаду будуће нематеријалне штете.

7. Закон о облигационим односима у члану 201. став 3. и 4. прописује, такође, да у случају нарочито тешког инвалидитета неког лица суд може досудити његовом брачном другу, деци и родитељима, као и ванбрачном другу, ако је са повређеним живео у трајнијој заједници, правичну новчану накнаду за њихове душевне болове.

Овај облик нематеријалне штете коју трпи тзв. посредна жртва није дуго био признаван као основ за накнаду. На Саветовању судија грађанских одељења Врховног суда Југославије и судија — представника грађанских одељења републичких врховних судова, одржаном 18. и 19. јуна 1968. године, у Врховном суду Југославије, био је заузет став, да се накнада болнине блиским сродницима досуђује само у случај усмрти настрадалог лица, а не и у случају његове телесне повреде³⁷. Седамдесетих година судови почињу, у изузетним случајевима, да досуђују правичну новчану накнаду и за овај облик душевних болова, образлажући своје одлуке на сличан начин. Тако, на пример, по мишљењу судова, родитељи би могли захтевати новчану накнаду само ако је повреда такве природе да је могла изазвати велике и јаке

³⁴ ЗСО књ. 13, св. 4, одл. 390.

³⁵ Пресуда Врховног суда Југославије Гж 32/71, од 19. јула 1971, ЗСО књ. 16, св. 3, одл. 339; Пресуда Врховног суда Хрватске Гж 2217/75 од 31. марта 1976, Преглед судске праксе бр. 9/1976.

³⁶ ЗСО књ. 3, св. 2, 1978.

³⁷ Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, стр. 70.

душевне болове и патње родитеља, или ако је повреда таква да је доводила у опасност живот детета, односно кад се несумњиво утврди да је и сам родитељ, због тешке телесне повреде свог детета, претрпео повреду личног интегритета у виду психичке трауме неуобичајеног интензитета, која би кроз дужи временски период знатно пореметила његову психичку равнотежу, те код родитеља изискивала и потребу лекарске интервенције, или најзад, у случају кад су физичке и психичке последице телесних озледа такве да у ствари значе уништење личности оштећенога, па доводе до снажних душевних болова блиских лица³⁸.

Душевни болови због нарочито тешког инвалидитета представљају исто тако значајан вид будуће нематеријалне штете. И у овом случају, као и у случају душевних болова због умањења животне активности, односно душевних болова због наружености, узрок нематеријалне штете је трајан, тј. делује и у будућности. Овде је реч о посредној, а у ова друга два случаја о непосредној жртви оштећујуће радње.

III. Новчана накнада будуће нематеријалне штете. Укупна новчана свота или новчана рента?

1. У погледу новчане накнаде нематеријалне штете, Законом о облигационим односима одређено је само да она треба да буде правична. Што се тиче њеног облика, Законом ништа изричито није одређено.

Правична новчана накнада према општеприхваћеном мишљењу и у теорији и у судској пракси, има карактер сатисфакције. Врховни суд Босне и Херцеговине изјаснио се о томе још пре тридесет година у једној одлуци, у чијем образложењу је речено: „Тачно је да се тзв. унакаженост и сл. не да изразити у новцу, али то не значи да се оштећенику по оцени суда, руковођеног осећањем правичности, не може одредити и досудити извесна свота у новцу за то да би му се омогућило да у накнаду за оно што је претрпео и трпи прибави неко друго задовољство у животу”³⁹.

У једној новијој одлуци Суда удруженог рада Хрватске из 1981. године наглашава се да сатисфакција није ни накнада ни казна за штетника, већ чиница задовољења, па је њену висину потребно одређивати са посебном пажњом⁴⁰.

³⁸ Видети: Врховни суд Југославије Рев. 254/67, од 29. 2. 1968, ЗСО књ. 13, св. 1, одл. бр. 44; Врховни суд Србије — одељење у Новом Саду Гж 1473/68, од 10. 1. 1969, из архиве суда; Врховни суд Босне и Херцеговине Гж. 899/73, од 4. 10. 1973, „Информатор” бр. 2140, од 11. септембра 1974; Врховни суд Хрватске Гж 1378/75, од 18. 3. 1976, „Преглед судске праксе у години 1976, Загреб, српањ 1976, одл. бр. 128, стр. 26; Став усвојен на саветовању судија грађанских одељења судова опште надлежности у СР Словенији одржаног 16. и 17. јуна 1973, „Информатор” бр. 2026/1973.

³⁹ Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 647/56, од 20. маја 1975, ЗСО књ. 2, св. 2, одл. 370.

⁴⁰ Сж 1361/81 од 10. XII 1981, наведено према: Црнић, I., нав. дело, стр. 1318.

У теорији и пракси неспорно је, такође, да се правична новчана накнада досуђује у једној укупној своти новца. Каже се, да овакав облик накнаде захтева специфична функција новчане накнаде нематеријалне штете, која би се теже могла остварити ако би оштећеном стајали на располагању мањи месечни износи, јер их не може употребити у посебно жељене сврхе, што би са једном већом свотом новца могао учинити. Ова накнада нема функцију осигурања материјалне egzистенције оштећеника, па с тога нема ни бојазни да буде брзо и нерационално потрошена. И најзад, по овом мишљењу, чињеница да суд одмерава ту накнаду по слободној оцени захтева досуђивање ове накнаде у једнократном износу⁴¹.

2. Са становишта нашег позитивног права, нематеријална штета се појављује у Законом одређеним облицима, који се међусобно разликују по садржини и по претпоставкама за њихову правну релевантност. Право оштећеника и одговорност штетника постоје у погледу сваког облика засебно.

Од накнаде у једној укупној новчаној своти за један одређени облик нематеријалне штете, треба разликовати накнаду у једном износу за више облика нематеријалне штете које оштећеник трпи у једном конкретном случају услед телесне повреде или оштећења здравља⁴².

3. Будући да је нематеријална штета сложена категорија, тј. да она обухвата претрпљене физичке болове и претрпљени страх, као засебне облике правно релевантне садашње нематеријалне штете, с једне стране, и различите облике душевних болова, који се појављују као будућа нематеријална штета, с друге стране, намеће се питање да ли се може одступити од једнократне новчане накнаде у случају будуће нематеријалне штете. О овом питању у правној теорији постоје различита мишљења. По једном мишљењу, нематеријалну штету треба накнађивати увек у једном укупном износу, а накнаду у облику новчане ренте допустити само за одређене облике материјалне штете⁴³. И кад је реч о нематеријалној штети због умањења животне активности, истичу неки правни писци, природи ове штете од-

⁴¹ Упореди: Станковић, О., Новчане накнаде неимовинске штете, Београд, 1972, стр. 284; Визнер, Б., нав. дело, стр. 390.

⁴² На питање да ли је и када оправдано досудити накнаду за све облике нематеријалне штете у једном износу, у судској пракси одговара се различито. Тако, на пример, Врховни суд Македоније у одлуци Рев. 99/84 од 22. 3. 1984. године, стоји на становишту да суд код процене накнаде за сваки основ за који оштећенику накнада припада, а не за више основа само један износ. Врховни суд Хрватске полази од правила да за сваки облик нематеријалне штете треба утврдити одвојену накнаду. Досуђивање једног износа за све облике штете допушта изузетно, у случају врло тешког инвалидитета, кад физички болови, душевни болови због умањења животне активности и наружености и страх чине квалитативну целину која превазилази могућност издвајања појединих облика штете и њихово посебно оцењивање, при чему се имају у виду нарочито душевно болесне особе које немају душевних болова појединачно. (Одлука Врховног суда Хрватске Рев. 211/81 од 3. 3. 1982, као и став усвојен на Седници судија — представника грађанских одељења окружних судова и Врховног суда Хрватске, одржаној у Загребу 26. и 27. новембра 1985. године — наведено према: Кларић, П., нав. дело, стр. 1337).

⁴³ Визнер, Б., нав. дело, стр. 930.

говара правична новчана накнада у паушалном износу. Она се односи не само на штету коју је оштећени доживео или коју доживљава, већ и на будућу штету. Накнадом се тако може потпуније остварити њена сврха⁴⁴.

4. Пре доношења Закона о облигационим односима, наша судска пракса била је доста неуједначена. По мишљењу Врховног суда Србије, које је изражено у пресуди Гж 2884/66 од 16 фебруара 1967. године, накнада због трајног умањења опште животне способности, уз смањење и радне способности, досуђује се по правилу у виду ренте, а у паушалном износу само у случају кад оштећени као тужилац то тражи, а тужени се томе не противи. Овај став суд образлаже следећим речима: „Правилно је Окружни суд утврдио да је због задобијене повреде општа и радна способност тужиље трајно смањена за 40%. Међутим, Окружни суд је само погрешно када је тужиљи накнаду ове штете досудио у виду ренте а не у паушалном износу. Јер, иако се по правним правилима накнада штете због смањења радне и опште животне способности по правилу досуђује у облику месечне ренте, а само изузетно у једнократном паушалном износу, ипак ово правно правило нема принудни карактер па вољом странака може бити измењено. У конкретном случају тужила је накнаду ове штете тражила у паушалном износу, а тужени који се противио тужбеном захтеву у основи, није тражио да се, за случај да суд закључи противно, пресуди о тој штети баш у виду ренте. Напротив, и само тужено предузеће у својој жалби изричито истиче да суд накнаду ове штете није могао тужиљи да досуди у виду ренте, јер она такав захтев није поставила. С обзиром на све тужиљи је накнаду ове штете требало досудити у једном паушалном износу. . .”

Врховни суд Хрватске међутим, у истом периоду, стоји на супротном становишту, тј. да се нематеријална штета накнађује у једнократном износу. То се види из пресуде овог суда Гж 1378/66 од 5. листопада 1966. године, у чијем образложењу је речено: „Основани су приговори странака у погледу дијела пресуде којим је одлучивано о захтеву тужитеља за ренту односно накнаду с наслова тјелесног оштећења. Погријешно је првостопени суд када је тужитељу због тјелесног оштећења и улагања појачаних напора који настају с тим у вези, признао накнаду у виду ренте. Накнада у таквом облику имала би оправдање само онда када би тужитељ претрпео штету што због тјелесног оштећења не би могао више да остварује ону зараду коју би иначе остваривао да до повреде није дошло. Међутим, ако се не ради о штети која има вид губитка одређеног дијела зараде, већ се штета коју тужитељ трпи састоји у томе што ће он своје редовне дужности у радном односу и обичном животу вршити уз појачани напор, онда постоји основ да се тужитељу призна накнада само у примјереном фиксном износу”.

Исто становиште заступа и Окружни суд у Београду у П. 2141/66 од 9. новембра 1966, резонујући на следећи начин: „Суд је досудио

⁴⁴ Ивошевић, З., нав. дело, стр. 669.

тужиоцу накнаду због умањења животне и професионалне способности у паушалном износу, налазећи да је то најприкладнији начин да се тужилац обештети за оно што је у описаном саобраћајном удесу изгубио. Исплатом накнаде у паушалном износу тужилац ће далеко боље моћи да осети да је његово повређено право на овај начин заштићено, а добијену новчану суму моћи ће далеко боље да искористи него што би то био случај да му је ова накнада досуђена у рентном облику, јер би сума коју би месечно примао била незнатна, а вероватно би све више губила у вредности. Сем тога, у саобраћајном удесу повређена је тужичева нога, чије излечење још ни сада није наступило, па би пријемом новца у паушалном износу тужиоцу била пружена могућност да себи прибави превозно средство којим би се служио у свакодневном кретању и животу, с обзиром на тешкоће које ће имати и после залечене повреде⁴⁵.

Посебну пажњу заслужује пледиште изражено у судској пракси, по коме се новчана накнада изузетно може досудити у облику новчане ренте само у случају привременог умањења животне активности. О томе је у одлуци Врховног суда Србије Гж 1344/73 од 18. XII 1973. године, речено: „Накнада штете због умањења опште животне активности досуђује се, по правилу, у паушалном износу. Међутим, ако је у питању телесно оштећење које прогресира, а дефинитивно стање ће се знати тек после хируршке интервенције која треба да се изврши у догледно време, суд може изузетно, досудити новчану накнаду штете по овом основу у виду месечне ренте. Таква одлука биће измењена тек кад стање телесног оштећења буде утврђено као дефинитивно⁴⁶.”

5. После доношења Закона о облигационим односима, за питање облика новчане накнаде будуће нематеријалне штете значајан је начелни став усвојен на XVII заједничкој седници Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда, одржаног 7. и 8. маја 1981. године, према коме се накнада нематеријалне штете (због умањења животне активности и других њених трајних облика) досуђује у једнократном новчаном износу, с тим што може, на захтев оштећеника, бити досуђена и у облику новчане ренте, ако такав облик накнаде према околностима датог случаја представља одговарајућу сатисфакцију. У образложењу оваквог става речено је следеће: „Одредбе чланова 200. и 203. Закона о облигационим односима, које су диспозитивног карактера, не одређују облик накнаде за будућу нематеријалну штету, дакле не забрањују одређивање накнаде и у облику новчане ренте. Из околности да се у члановима 188, 194. став 2. и 195. став 2. Закона о облигационим односима, који се односе на поједине видове материјалне штете, изричито предвиђа накнада у облику новчане ренте, не може се извести закључак да је такав облик накнаде недопуштен код нематеријалне штете (цитиране одредбе, које су когендне природе, одређују новчану ренту као искључу-

⁴⁵ Одлуке Врховног суда Србије, Врховног суда Хрватске и Окружног суда у Београду из 1966. године наведене су према: Станковић, О., нав. дело, стр. 269—271.

⁴⁶ „Савремена пракса” бр. 491/74, стр. 4.

чиви или примарни облик накнаде за поједине видове материјалне штете, но тиме се не искључује могућност досуђивања накнаде у рентном облику код других видова материјалне и нематеријалне штете ако такав облик накнаде одговара природи настале штете). Природи штете због умањења животне активности одговара одређивање накнаде у рентном облику (штета континуирано траје, а sukcesивно настаје, те се, у случају да оштећени прима накнаду за телесно оштећење по основу инвалидског осигурања која се исплаћује у облику ренте, а даје у истом циљу у коме и новчана накнада нематеријалне штете лакше урачунава). Прихвата се, међутим, да циљу новчане накнаде штете због умањења животне активности (сатисфакција која се даје оштећеноме ради лакшег успостављања нарушене равнотеже у његовом осећајном и душевном животу) више одговара досуђивање накнада у једнократном новчаном износу, јер се сврха накнаде теже постиже sukcesивним примањем мањих новчаних износа. Стога би, у правилу, оштећени имао право на накнаду за ту врсту штете у једнократном новчаном износу. Постоје ипак случајеви кад би било оправдано досудити накнаду за споменути вид штете и у облику новчане ренте (нпр. код тешких случајева телесних оштећења кад се штета испољава у изразитим животним патњама и појачаним напорима код задовољавања свакодневних животних потреба, без изгледа на побољшање, те код теже повређених млађих оштећених, нарочито деце, који и нису у стању да у тој фази узраста схвате значење новчане сатисфакције, а штетне последице ће трпети дуго времена и слично). У оваквим случајевима судови су дужни да, ако то оштећени захтева, досуде му накнаду штете због умањења животне активности у облику новчане ренте (у таквим ће случајевима износи ренте бити релативно већи па ће моћи представљати одговарајућу сатисфакцију).

Све што је напред речено за накнаду штете због умањења животне активности вреди и за све друге трајне облике нематеријалне штете (као нпр. штете због наружености), које у израженијем интензитету континуирано трају па се предњи начелни став односи на све такве трајне облике нематеријалне штете”.

Овакав начелни став је утицао даље на праксу наших судова. Врховни суд Хрватске у одлуци Рев. 1494/84 од 26. II 1985. године изјашњава се у истом смислу: „Новчана накнада нематеријалне штете због смањења животне активности досуђује се, у правилу, у једнократном новчаном износу, јер се сврха накнаде теже постиже sukcesивним примањем мањих новчаних износа. Стога би, у правилу, оштећени имао право на накнаду за ту врсту штете у једнократном новчаном износу. Међутим, оправдано је досудити накнаду за смањење животне активности у облику новчане ренте код тешких случајева телесног оштећења кад се штета испољава у изразитим животним патњама и појачаним напорима код задовољавања свакодневних животних потреба, без изгледа за побољшање, те код теже повријеђених млађих особа, нарочито дјеце која и нису у стању да у тој фази узраста схвате значење сатисфакције, а штетне последице трајат ће дуго

времена. У таквим случајевима, ако то оштећени захтева, оправдано је досудити накнаду штете због умањења животне активности у облику новчане ренте⁴⁷.

6. Кад је реч о новчаној накнади нематеријалне штете не можемо се сложити са гледиштем о једној укупној своти новца, као искључивом облику накнаде ове штете. Поготово не, кад је у питању накнада будуће нематеријалне штете. За облик накнаде нематеријалне штете уопште, по нашем мишљењу, значајно је то да ли је реч о накнади садашње, тј. већ претрпљене нематеријалне штете, или о накнади будуће, тј. оне нематеријалне штете која ће по редовном току извесно трајати и у будућности. У првом случају накнаду треба досуђивати у једној укупној новчаној своти, која је овде свакако примеренији и погоднији облик сатисфакције за оштећеног. Међутим, кад је реч о трајним облицима нематеријалне штете, мишљења смо да од овог правила треба одступити у корист новчане ренте, као алтернативног облика накнаде, уз могућност измене једном досуђене ренте, из разлога правичности.

Закон о облигационим односима не предвиђа новчану ренту као облик накнаде нематеријалне штете, већ само као облик накнаде материјалне штете, и то као редовни облик накнаде материјалне штете у одређеним случајевима. Према одредбама члана 194. и 195. Закона, новчана рента досуђује се, у случају смрти, за изгубљено издржавање односно помагање, а у случају телесне повреде и оштећења здравља, за изгубљену зараду због неспособности за рад, односно због уништених или смањених могућности даљег развијања и напредовања, као и за трошкове због трајно повећаних потреба оштећеног. Регулацију новчану ренту законодавац допушта, на захтев оштећеног, тзв. паушализирање ренте, тј. накнаду једне укупне своте чија се висина одређује према висини ренте и према вероватном трајању повериоачевог живота, уз одбитак одговарајућих камата (члан 188). Осим тога, законодавац допушта и могућност измене досуђене ренте тј. њено повећање на захтев оштећеника, односно њено смањење или чак укидање на захтев штетника, ако се значајније промене околности које је суд имао у виду приликом доношења раније одлуке (члан 196). Сматрамо да би ова правила могла да се примене сходно и на накнаду будуће нематеријалне штете. Иако Закон о облигационим односима не упућује изричито на њихову примену, он је и не забрањује. Има више разлога који говоре у прилог досуђивања новчане ренте за будућу нематеријалну штету. Били би то, између осталог, следећи разлози: трајни карактер узрока душевних болова; привременост одређеног обима нематеријалне штете, са извесношћу да ће она у догледно време бити повећана; немогућност млађих оштећених да схвате значај новчане накнаде и доживе одговарајуће задовољење; извесна сигурност оштећеног да ће због нанете му повреде убудуће редовно добијати одређену новчану накнаду у виду ренте; лакше урачунавање у накнаду штете одређених износа примљених у виду инва-

⁴⁷ Видети: Преглед судске праксе бр. 27/1985, прилог часописа „Наша законитост“, Загреб, 1985, одл. бр. 37, стр. 57.

лиднине по прописима о инвалидском осигурању; могућност измене досуђене новчане ренте у зависности од обима штете, тј. њено усклађивање са фактичким стањем штете, што налажу разлози правичности, и друго.

Из свих ових разлога чини нам се да је рентни облик накнаде будуће нематеријалне штете примеренији природи ове штете, и правичнији, како са становишта оштећеног, тако и са становишта штетника. Па ипак, избор облика новчане накнаде будуће нематеријалне штете треба препустити сагласности повериоца и дужника накнаде.

INDEMNITÉ PRECUNIAIRE DES DOMMAGES NON MATÉRIELS À VENIR

Résumé

1. Selon la Loi sur les rapports d'obligation de 1978 les dommages non matériels comprennent les douleurs physiques, les douleurs psychiques et la peur. Le législateur règle les douleurs psychiques avec plus de détails en citant les cas les plus significatifs et qui sont juridiquement importants. Dans l'article 200 de la Loi sont réglées les douleurs psychiques à cause de l'atténuation de l'activité vitale, de la défiguration, de la réputation compromise, de l'honneur compromise, de la violation de la liberté ou des droits de l'individu ou de la mort d'une personne proche. L'article 201 de la Loi règle les douleurs psychiques provoqués par l'invalidité grave d'une personne proche et l'article 202 règle les douleurs psychiques d'une personne qui par tromperie, par contrainte ou par abus de confiance, grâce à des rapports de dépendance, a été forcée à un acte de débauche c'est-à-dire les douleurs psychiques d'une personne qui a été elle-même victime d'un acte criminel contre sa dignité personnelle et morale.

2. Par la Nouvelle Loi on a accordé l'indemnité des dommages non matériels à venir. Selon la disposition de l'article 203 de la Loi, le tribunal, à l'exigence de l'endommagé, peut adjuger l'indemnité des dommages non matériels à venir, s'il est certain selon le cours régulier, qu'ils dureront dans le futur. Le législateur ne dit pas explicitement quelles sont les formes de l'indemnité des dommages non matériels à venir juridiquement importantes. Le législateur aussi ne règle pas explicitement la forme de l'indemnité des dommages non matériels à venir. L'auteur examine les formes les plus importantes des dommages non matériels à venir, c'est-à-dire des douleurs psychiques à cause de l'atténuation de l'activité vitale, les douleurs psychiques à cause de la mort d'une personne proche, particulièrement des douleurs psychiques des petits enfants à cause de la mort des parents, ainsi que les douleurs psychiques provoqués par l'invalidité grave de la personne proche.

3. Quant à la forme l'indemnité precuniaire des dommages non matériels à venir, dans la théorie et la pratique judiciaires, il est discutable, s'il faut indemniser ces dommages en une somme totale ou en forme d'une rente precuniaire. Selon une opinion, les dommages non matériels il faut toujours indemniser en une somme totale et selon l'autre opinion, pour les dommages non matériels à venir, il faut accepter la rente precuniaire comme forme de l'indemnité.

Selon l'opinion de l'auteur il faut indemniser les dommages non matériels en une somme totale ainsi qu'en rente precuniaire, à l'exigence de l'endommagé c'est-à-dire en conformité avec l'endommagé et l'endommageur. En faveur de cette opinion l'auteur cite les arguments suivants: d'abord, à la nature des dommages non matériels surtout des dommages en forme des douleurs psychiques à cause de l'atténuation de l'activité vitale, de la défiguration, c'est-à-dire de l'invalidité grave d'une personne proche, mieux correspond l'indemnité en forme de la rente precuniaire. La rente precuniaire rend possible de comprendre par l'indemnité les sommes que l'endommagé reçoit périodiquement en forme d'une pension d'invalidité. Puis, la forme de la rente de l'indemnité et la possibilité de sa modification de la part du tribunal, permet l'accordement du niveau de l'indemnité avec l'état réel des dommages. Et enfin si les enfants tout petits sont endommagés et qui ne sont pas en état de comprendre les satisfactions monétaires, la rente monétaire comme forme ultime de l'indemnité est plus convenable.

ОДГОВОРНОСТ ОПШТИНСКИХ ОРГАНА УПРАВЕ ЗА СТАЊЕ У ОБЛАСТИ ЗА КОЈУ СУ ОСНОВАНИ

Уставна концепција о нашој државној управи, осим што држава класичну димензију управе као функције власти, све више тежи да афирмише управу као значајног субјекта у даљем развоју друштвеног самоуправљања, са тежњом прерастања у стручну службу удруженог рада, што даље значи да управа треба све више да буде, не само део скупштинског механизма, већ и део система друштвеног самоуправљања.

Све послове који чине уставну садржину управне функције можемо, с обзиром на природу и карактер, те начин на који се остварују, поделити у две основне категорије. Прву категорију чинили би послови које управа обавља као послове вршења власти у ширем смислу, када се органи управе у односу према грађанима, самоуправним организацијама и заједницама и другим субјектима појављују као органи власти, ауторитативно, обавезујући их на одређено понашање и мимо њихове воље. То би били послови: решавања у управним стварима о правима, обавезама и правним интересима појединаца, правних лица и других субјеката доношењем управних аката; вршење управног надзора; предузимање мера принуде и ограничења и вршење нормативне (као делегиране) делативности.

Другу категорију послова из оквира управне делатности чине аналитичко-стручни послови, при чијем вршењу се управа појављује као стручна служба која врши послове за потребе скупштине друштвено-политичке заједнице и њеног извршног органа као и за потребе удруженог рада и грађана. То би били послови: праћење стања у областима за које су основани и одговорност за стање у тим областима; припремање пописа и других општих аката које доносе скупштине и извршни органи друштвено-политичких заједница; вршење других стручних послова за скупштину и њен извршни орган; остваривање сарадње са грађанима, организацијама удруженог рада и другим организацијама и заједницама и вршење других стручних послова.

На основу напред изнетог, међутим, погрешно би било извући закључак да се ради о две одвојене и сасвим различите врсте послова који међу собом немају ничег заједничког. Сви ти послови се међусобно прожимају, допуњују и чине јединствену управну функцију, тако да је некада тешко разлучити да ли се ради о пословима ауторитативног или неауторитативног карактера.

Федеративно начело наше државне организације опредељује и положај органа државне управе. То значи да се, на нивоима свих друштвено-политичких заједница, од општине до Федерације, за вршење послова из оквира управне функције, оснивају одговарајући органи државне управе.

Уставом утврђена функција органа државне управе ближе је разрађена Законом о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе и одговарајућим законима социјалистичких република и социјалистичких аутономних покрајина. Постојећа уставна и законска решења, углавном, на јединствен и једнообразан начин утврђују функције органа државне управе на нивоима свих друштвено-политичких заједница. Поставља се, међутим, питање да ли је то оправдано, ако се има у виду да различите друштвено-политичке заједнице идају и различит положај, улогу, права и дужности. Претежан део активности савезних па и републичких и покрајинских органа управе састоји се у обезбеђивању спровођења утврђене политике и извршавање закона, прописа и других општих аката и смерница скупштина и извршних већа, у праћењу стања у одређеним областима и давању иницијатива за решавање питања у тим областима и припремању прописа и других општих аката које доносе скупштине и њихови извршни органи. Општински органи управе, пак, непосредно спроводе савезне и републичке законе и друге прописе и опште акте, као и прописе и политику коју утврђује њихова општина скупштина и то: решавањем у управним стварима, вршењем управног надзора, вршењем репресивне делатности и других управних послова.

Како се види, у надлежности општих органа управе је скоро целокупно непосредно извршавање закона и других прописа свих друштвено-политичких заједница, па се, с правом, може констатовати да су општински органи управе главни стуб система државне управе код нас. „Ови органи око 80% укупних послова из своје надлежности извршавају на темељу закона и других прописа ширих друштвено-политичких заједница, а само цца 20% послова по прописима скупштина опћина и у њиховом интересу. Ова чињеница недвосмислено показује да се овдје ради о органима државне управе чије је дјеловање од ширег друштвеног интереса, односно чије дјеловање није само везано за интересе опћине као основне друштвено-политичке заједнице... Због тога бољи или лошији рад ових органа непосредно се одражава позитивно или негативно на ефикасност цијелог система државне управе. Другим ријечима, лошији рад органа управе у опћинама, у правилу, се не може надомјестити непосредним интервенцијама органа управе ширих друштвено-политичких заједница”¹

С друге стране, пак, са развојем нашег система социјалистичког самоуправљања и делегатског система, опредељено је да се управна делатност даље и све више развија и трансформише у стручну службу, јер то одговара интересима и потребама удруженог рада и делегатског система. „Управа постаје не само део скупштинског

¹ Др Буро Гатарин: Основе трансформације државне управе у опћинама, Правни живот, Београд, бр. 3/85, стр. 346.

механизма већ и део система друштвеног самоуправљања. То значи да ће се управа као служба све више јављати у функцији удруженог рада. Конкретно ће се та делатност изражавати у стварању управе за хармонично функционисање и остваривање односа између самоуправне функције и функције политичке власти”².

Међутим, када се „класичним управним пословима” дода низ аналитичко-стручних и сарадничких послова, онда је јасно да управна функција представља веома значајну али и веома комплексну делатност. Дакле, наша државна управа је данас „разапета” између вршења послова који представљају њену „класичну функцију” и низа послова за потребе скупштине, њеног извршног органа, самоуправних организација и заједница и других самоуправних субјеката и грађана.

За ваљано обављање свих тих послова потребно је да управа буде веома добро кадровски и материјално-технички опремљена. У противном, реално је очекивати да се сви ти послови не могу у подједнакој мери и једнако квалитетно обављати. У условима каква је наша управа данас, нарочито општинска, неминовно је да обављање једне врсте послова у потпуној мери води запостављању других врста послова.

Из извештаја о раду општинских органа управе произилази да се, из године у годину, тежиште активности ових органа све више помера према вршењу стручних послова за потребе скупштине општине и њеног извршног органа. Израда великог броја информација, анализа, прегледа стања, израда бројних нацрта прописа и других аката, ангажује највећи део радног времена најстручнијих и најкреативнијих кадрова у општинској управи. Овакве тенденције (у условима недовољне, а у многим мањим општинама чак и слабе кадровеке оспособљености) неминовно су довели до тога да са стањем извршавања закона и других прописа и спровођењем утврђене политике не можемо бити задовољни. „Недовољно и непотпуно се остварују битне уставне функције извршних органа и органа управе у спровођењу политике и извршавању аката скупштине. У остваривању тих функција извршни органи и органи управе много чешће прибегавају предлагању, односно изменама и допунама прописа и других мера него што користе уставом и законом предвиђене механизме и инструменте за обезбеђивање извршавања утврђене политике и донетих прописа”³.

Од органа управе се, дакле, тражи да, на једној страни, потпуније и ефикасније спроводе закони, друге прописе и утврђену политику, односно обезбеде њихово спровођење, а, са друге стране, да правоверемено и што квалитетније обављају низ студијско-аналитичких, стручних и сарадничких послова за скупштину, њен извршни орган и велики број других самоуправних субјеката.

На другој страни, пак, веома су честе констатације да нам је државна управа прегломазна, да се број запошљених у органима управе стално повећава, да наш удружени рад није више у стању да

² Др А. Христов: „Управа у делегатском систему”, „Радничка штампа”, Београд, 1979 год. стр. 122.

³ Критичка анализа функционисања политичког система социјалистичког самоуправљања, Београд, 1985 год. стр. 30.

издржи такав терет, до залагања да би број запошљених у управи требало sukcesивно, из године у годину, смањивати, чак уз одређивање процента за који би годишње требало смањивати број радника у органима управе.

Неминовно се онда поставља питање: на који начин је могуће постићи да се послови из оквира управне функције квалитетније, ефикасније и одговорније обављају; да управа буде све више у служби удруженог рада и грађана, а да се, при том, број запошљених у органима управе не повећава, већ, напротив, смањује?

Само критиком постојећег стања сигурно не, а баш критике на рачун рада, нарочито општинских органа управе, је на претек. „У средствима јавног информисања се и даље чује да је управа најодговорнија за споро остваривање делегатског система и односа према удруженом раду. Наводно, да је она превише присутна у његовом функционисању, да много предлаже прописе и друге мере и да при том онемогућава да добу до правог изражаја друге самоуправне и демократске структуре”.⁴ Или, пак, како истиче проф. др Е. Пусић: „Те критике су веома често не само паушалне и нестручне, него су, чини се и веома штетне, јер погрешно оријентишу и људе у самој управи и однос људи и друштва према управи. У вези с тим има и појава потцењивања друштвене улоге управе и управног механизма уопште. Из таквог стања настају и појаве извесне демобилизације и деморализације управних органа тамо где би они требали да буду не само веома ефикасни, већ и веома ауторитативни организатори вршења закона, прописа и одлука”.⁵

Да се погрешно не схвати. Не ради се о залагању за сузбијање критике на рачун рада органа државне управе. Напротив, она је потребна и нужна, јер заиста стањем у погледу остваривања управне функције не можемо бити задовољни. Међутим, уместо или упоредо са критиком чини се неопходним да се озбиљно и свестрано сагледавају узроци таквог стања као и предузимање конкретних мера од стране надлежних органа на отклањању истих, што ће свакако довести до одређених резултата.

Пре свега, у вези са остваривањем функција органа државне управе поставља се неколико веома значајних питања:

Прво, да ли је целокруг рада органа удружене управе на адекватан начин одређен? Честе су констатације да нам је државна управа прегломазна и да забрињава даље повећавање броја запошљених у управи. При том, губи се из вида да се из године у годину повећава број послова који се стављају у надлежност органа управе, нарочито општинских. У том смислу праву констатацију даје проф. др Б. Марковић када каже: „Ми смо управу често схватили као „врећу без дна” која може да гута све и свашта, без обзира какве су њене „протусне моћи”. Тако на пример ми смо превелика овлашћења пренели на општинске органе управе, а да при том нисмо били довољно свесни да ли ти исти органи могу да обављају толике бројне послове и задатке. Најчешће они то нису могли да чине из

⁴ Проф. др Б. Марковић: Управа и друштво, Приштина, 1985 год. стр. 25.

⁵ Проф. др Е. Пусић: Друштвена улога управе и њено престројавање у условима самоуправљања, Радна и друштвена заједница, бр. 1/67, стр. 1.

објективних разлога, а друштво је било притом веома расположено за изрицање паушалних критика на њен рачун”.⁶

Друго, с обзиром да је управа део друштва, то се не може ни тражити нити очекивати да она буде имуна на све негативне појаве (неодговорност, неефикасност, бирократско понашање итд.) које су иначе присутне и у другим сегментима друштвеног живота.

Треће, поставља се питање да ли је друштвена заједница учинила све што је било потребно и, наравно, могуће у правцу стварања бољих услова за рад, нарочито општинских органа управе (знамо да још увек није мали број општинских органа који немају ни елементарне услове за рад). С правом истиче проф. др Б. Марковић: „Да друштво може да очекује од одређених институција онолико колико је оно у такву институцију инвестирало, а да ли смо ми као друштво довољно инвестирали у развој и модернизацију државне управе? Мислимо да без двоумљења можемо да одговоримо одречно на ово питање. Али, у исто време, истичемо, да је крајње време, да друштво схвати да је ово императив времена у коме живимо — ако желимо да државна управа остварује оне друштвене циљеве од којих се полази у нашим правним и политичким опредељењима у нашем друштву”.⁷

Полазећи од ових проблема и Критичка анализа функционисања политичког система истиче неопходност да се модернизује техничка и информациона опремљеност органа управе, стално и систематски подиже ниво стручности и идејно-политичке оспособљености кадрова, те стимулише њихова креативност награђивањем према раду и резултатима рада (стр. 101 — 102).

Наравно да има још много питања која би се могла поставити у вези са остваривањем функција државне управе у нас и која траже одговор и предузимање конкретних мера на њиховом решавању.

Да се вратимо на питање уставом и законом утврђених функција органа државне управе. Неоспорно је (и са теоријског и са политичког становишта) да нам је још увек потребна ауторитативна делатност органа државне управе који би ефикасно и одговорно спроводили или се старали о спровођењу прописа и утврђене политике. Међутим, и у вршењу ових „класичних управних послова” у нашем самоуправном друштву неопходна је тесна сарадња органа државне управе са низом других самоуправних субјеката у чијој је надлежности, такође, извршавање самоуправно донетих прописа и договорене политике. „Нови квалитет наше самоуправне демократије је и у томе што се ни извршавању одлука не може приступити на исти начин, као функцији класичне управе и извршених власти. Задржавање таквих односа води бирократизацији и ерозији самоуправних својстава система, његовој неефикасности и неодговорности за стање у привреди и у друштву. Целокупни делегатски систем мора бити ангажован на извршавању својих одлука у истој мери као што је ангажован и на њиховом доношењу. То су две стране јединственог процеса остваривања самоуправне власти. Тако ће и овла-

⁶ Проф. др Б. Марковић: Оп. цит. стр. 25. —

⁷ Проф. др Б. Марковић: Оп. цит. стр. 19.

шћења управних и других извршних органа и служби у извршавању одлука бити под контролом самоуправно организованих радника и радних људи”.⁸

У вези, пак, са вршењем стручно-аналитичких и других неауторитативних послова од стране органа државне управе, јавља се знатан број спорних питања: почев од питања да ли и те послове треба да обављају органи државне управе, или их треба изузети из њихове надлежности и поверити на вршење другим, за то посебно основаним и специјализованим субјектима, па све до питања јесу ли органи управе довољно оспособљени за обављање истих, те јесу ли они главни кривци што ни стањем у погледу обављања тих послова не можемо бити задовољни.

II

Одговорност за стање у области за коју су основани представља нову функцију органа државне управе установљену Уставом из 1974. године. И не само да се ради о новој већ и о изузетно комплексној функцији органа државне управе. Јер, према члану 149. Устава СФРЈ органи управе не само да одговарају за свој рад већ постају одговорни и за стање у свим сферама друштвеног живота у области за коју су основани. Скоро да се може рећи да се кроз функцију одговорности (како је конципирана) огледа укупна делатност органа државне управе.

Према члану 29. Закона о основама система државне управе органи управе су одговорни у оквиру својих права и дужности за стање у областима за које су основани а нарочито: за спровођење утврђене политике, смерница скупштине друштвено-политичке заједнице и начелних статова и смерница извршног органа; за благовремено праћење стања, обавештење скупштине и извршног органа о стању и појавама, за тачност информација и благовремено давање предлога за решавање питања у тим областима; за извршавање закона, других прописа и општих аката скупштине и за извршавање прописа и општих аката извршног органа; за уставност и законитост својих аката и мера и датих предлога за решавање питања у тим областима, као и за ефикасност мера које предузимају, односно чије предузимање предлажу.

Како се види из наведеног текста Закона, органи управе су одговорни како за вршење послова из оквира „класичних управних функција” тако и за вршење студијско-аналитичких и других стручних, тзв. неауторитативних послова.

У оквиру своје одговорности органи управе су нарочито дужни да:

— обавештавају скупштину друштвено-политичке заједнице и извршних органа о стању и појавама од значаја за учвршћивање законитости у друштву, за заштиту права и интереса грађана, за усклађивање привредних токова, за развој социјалистичких самоупра-

⁸ Нацрт резолуције за XIII конгрес СКЈ, Издавачки-центар Комунист, Београд, 1986 год. стр. 32.

вних односа и за остваривање и јачање општенородне одбране и друштвене самозаштите, као и да им предлажу предузимање одговарајућих мера;

— благовремено указују организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама, друштвено-политичким организацијама, друштвеним организацијама и удружењима грађана на стање, појаве и кретања која су од значаја за остваривање њиховог уставом утврђеног положаја и улоге у друштву;

— дају иницијативе за закључивање самоуправних споразума и друштвених договора који су од значаја за заједничке и опште интересе друштва, удруженог рада и грађана;

— благовремено иницирају и прате припремање планова развоја и самоуправних споразума о основама планова самоуправних организација и заједница, односно договора о основама планова друштвено-политичких заједница и носиоцима планирања пружају одговарајућу помоћ; да редовно прате остваривање друштвених планова и предлажу неопходне мере за њихову успешнију реализацију;

— врше управни надзор над примењивањем закона, других прописа и општих аката од стране организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница и придржавањем закона од стране грађана, и у вези са тим предузимају мере за које су овлашћени законом.

Одговорност органа управе за стање у области за коју су основани, како се види, има две компоненте. Једна компонента усмерена је према скупштини друштвено-политичке заједнице и њеном извршном органу, док је друга окренута према организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама. Такође, из наведених норми произилази да су органи управе одговорни како за законитост и целисходност извршених послова и предузетих мера, тако и за неизвршење или неблаговремено извршење послова које су били дужни да изврше.

Под појмом одговорности органа управе за стање у области за коју је образован подразумева се најпре вршење свих оних права и обавеза из надлежности одговарајућег органа које су усмерене на одржавање постојећег стања. Постојеће стање се, пак, успоставља уставом, законима, подзаконским прописима, утврђивањем политике спровођења закона и других прописа, као и самоуправним општим актима. Како је уставна презумпција у погледу непосредне примене свих прописа и извршавање политике у корист општинских органа управе, то је и њихова одговорност за одржавање успостављеног стања веома значајна. Међутим, одржавање успостављеног стања не значи и његово „овековечавање”. Напротив, одговорност органа управе за стање у одговарајућој области обухвата и њихово активно деловање у правцу мењања постојећег стања, што је нарочито карактеристично за савезне и републичке органе.

Међутим, одмах ваља нагласити да органи државне управе могу одговарати за стање у одређеној области само у границама својих овлашћења, јер, знамо да су у нашем систему на извршавање закона, других прописа и утврђене политике овлашћени и бројни други субјекти. „Стога је илузорно сматрати да је само управа од-

говорна за спровођење политике и да само од њене активности и делатности зависи како и колико ће бити спроведена у живот. Остваривање политичких одлука често зависи од тога колико други самоуправни субјекти (организације и самоуправне заједнице ван сфере политичке власти) извршавају своје задатке... Све то говори да је потребно да се у сфери извршавања органи управе сви више јављају не само као непосредни актери у остваривању утврђене политике и извршавању закона и других општих аката већ и као координатори и иницијатори да извршавање политике обезбеђују и други органи који имају одређена овлашћења”⁹.

Зато се поставља као веома значајно питање: да ли, у којој мери и на који начин органи државне управе остварују своју функцију одговорности према скупштини друштвено-политичке заједнице и њеном извршном органу, односно у којој мери остварују своја права и дужности у односу према организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама?

III

Чини се да, и без неких већих истраживања, можемо уочити да је претежни део активности органа управе у остваривању одговорности окренут скупштини и њеном извршном органу. Међутим, најчешће у пракси општинских органа управе та се одговорност своди на подношење скупштини извештаја о раду, који, не ретко, представљају само формално извршавање њихове обавезе, или како примећује др О. Цвитан: „... њихово писање је само формалан и рутински задатак оправдавања и осигуравања финансијских средстава”¹⁰. У тим извештајима често, уместо конкретних и објективних показатеља о раду органа управе, преовлађује изношење кадровских и материјално-техничких проблема са којима се органи управе сусрећу. Ако се у извештајима и указује на неке значајније друштвене појаве и проблеме, онда се они углавном, само констатују, без ближег улажења у њихове разлоге и узроке, а још мање има предлога за превладавање истих.

Поред извештаја о годишњем раду органа управе у пракси има и других облика обавештавања скупштине општине и њеног извршног органа о укупном стању у одређеној области или пак о појединим проблемима у датој области. Поред писаних извештаја и информација, на захтев делегата, функционери и усмено информису скупштину о појединим питањима и проблемима, или пак то чине кроз одговоре на делегатска питања.

Скупштина општине, по правилу, прихвата извештаје о раду органа управе (најчешће се на једној седници разматрају извештаји свих органа управе у општини, па чак и других државних органа, судова, јавног тужилаштва, јавног правобранилаштва и других) из оштре или мање оштре критичке примедбе на њихов рад. Интересан-

⁹ Др Александар Христов: Управа у делегатском систему, „Радничка штампа”, Београд, 1979 год. стр. 68.

¹⁰ Др Онестин Цвитан: Функције општинске управе, Правни живот, Београд, бр. 8 — 9/86, стр. 867.

тно је, међутим, да је честа појава да се рад органа управе веома оштро критикује, а да се у исто време позитивно оцењује рад извршног органа исте општине. Неминовно се онда поставља питање како је могуће да је извршни орган добро радио и остваривао своје функције, ако нису добро радили органи управе чији рад координира и усмерава извршни орган, и коме ови одговарају за свој рад?

Кад се тиче различитих анализа, информација, предлога за уређивање одређених питања и других материјала које органи управе израђују за потребе скупштине, најчешће се као формални предлагач тих материјала пред скупштином јавља њен извршни орган. „Право извршног органа скупштине општине да даје мишљења о предлозима материјала које органи управе подносе скупштини, у пракси се претворило у његову дозволу за исте, те на тај начин извршни орган преузима на себе целокупну одговорност, а ргане управе доводи у пасиван положај према скупштини. Тако настаје ситуација да се „органи управе заклањају иза извршног органа”, а овај полако преузима надлежност органа управе... Оваквим активностима извршног органа и органа управе губи се идентитет и одговорност органа управе, слаби његова активност и одговорност за стање у области за коју је организован, а то доводи до непотпуног спровођења утврђене политике и недовољног извршавања закона”.¹¹

Полазећи од оваквог стања, у Критичкој анализи политичког система се истиче неопходност да органи управе, у оквиру уставом и законом утврђеног положаја и улоге, успостављају што непосредније односе са скупштинама друштвено-политичких заједница и буду њима одговорни за стање у области за коју су образовани за извршавање политике и закона, како би се онемогућило заклањање органа управе иза одговорности извршног органа. Зато потпуније остваривање начела самосталности у раду органа управе представља предуслов за већу одговорност општинских органа управе у области за коју су образовани, као и њихову већу повезаност са организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама.

У вези са остваривањем одговорности за стање у области за коју су основани, а с обзиром на чињеницу да је презумпција надлежности за спровођење прописа установљена у корист општинских органа управе, као веома значајно поставља се питање међусобних односа органа управе. Наиме, да ли систем односа између органа управе различитих друштвено-политичких заједница какав је успостављен нашим позитивним прописима обезбеђује јединствено и одговорно спровођење савезних и републичких закона и других прописа и општих аката на целом југословенском простору?

По овом питању мишљења су подељена. Има мишљења да су ти односи нормативно добро урађени, али да се у пракси они не успостављају на прави начин, те је то разлог што су доста честе појаве да органи управе уже друштвено-политичке заједнице недово-

¹¹ Томислав Стевановић: Задаци и делокруг извршног савета и његов однос према скупштини и органима управе, са посебним освртом на положај и овлашћења функционера извршног савета и органа управе, Правни живот, Београд, бр. 8 — 9/85, стр. 852.

љно и неадекватно спроводе прописе ширих друштвено-политичких заједница, или их спроводе само у мери и на начин који одговара интересима и потребама дате друштвено-политичке заједнице.

Такође, као један од разлога неизвршавања закона и других прописа наводи се чињеница да имамо превише прописа, да су они често недовољно прецизни, да има и таквих норми за чије спровођење недостају материјални услови и да се понекад унапред зна да су нереалне и да неће моћи да се доследно примењују. Није ретка појава да поједини савезни прописи, уместо да јасно и прецизно регулишу одређене односе од интереса за целу земљу, представљају само постигнути степен усаглашености ставова свих наших република и покрајина, па су у тој мери уопштени и декларативни да их је тешко у пракси применити.

Заговорници става да су међусобни односи органа управе различитих друштвено-политичких заједница нормативно добро постављени, сматрају да се уз елиминисање проблема везаних за нејасност и бројност правних прописа и доследнију примену уставних и законских норми може постићи знатно боља функционална повезаност органа управе, те и њихова одговорност за стање у одговарајућој области.

Према другом мишљењу, да би се омогућила боља функционална веза између органа управе и њихова већа одговорност, потребно је извршити низ измена у позитивним прописима. Међутим, како је питање међусобних односа органа управе веома комплексно и од великог значаја за доследно спровођење прописа и утврбене политике, то захтева да буде посебно и целовито разматрано, што овом приликом, због недостатка простора, нисмо у могућности.

IV

У оквиру одговорности органа управе за стање у области за коју су основани, а с обзиром на чињеницу да законе, друге прописе и утврбену политику спроводе и низ других субјеката, организације удруженог рада и друге самоуправне организације и заједнице, то је свакако од значаја размотрити и питање успостављања њихових међусобних односа. При том ваља имати на уму да се највећи број односа између органа управе и других самоуправних субјеката успостављају и развијају у општини као основној друштвено-политичкој заједници.

Односи између органа управе и организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница заснивају се на правима и дужностима утврбеним уставом, законом и на закону заснованим одлукама скупштине друштвено-политичке заједнице, као и на међусобној сарадњи, обавештавању и договарању о питањима из делокрута рада одређених органа и од интереса за одговарајуће организације и заједнице.

Према Закону о основама система државне управе, органи управе су дужни да организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама благовремено указују на стање, појаве и кретања који су од значаја за остваривање њиховог ус-

тавом утврђеног положаја и улоге у друштву: да дају иницијативу за закључивање самоуправних споразума и друштвених договора; да благовремено иницирају и прате припремање планова развоја; да носiocима планирања пружају одговарајућу помоћ као и да редовно прате остваривање тих планова и предлажу неопходне мере за њихову реализацију. Такође, органи управе врше управни надзор над примењивањем закона, других прописа и општих аката од стране организација удруженог рада и других организација и заједница. Уколико надлежни орган управе утврди да се од стране одређених субјеката или у читавој области не спроводи утврђена политика, не извршавају закони и други прописи или не остварују друштвени планови, дужни су да одмах предузму мере за које су овлашћени или пак да предложе извршном органу односно скупштини друштвено-политичке заједнице предузимање одговарајућих мера.

Из овакве законске регулативе произилази двострука улога органа управе. На једној страни, они треба све више да се појављују као стручна служба која ће сарађивати са удруженим радом на заједничком остваривању постављених друштвених циљева, а на другој страни, има и законом утврђена овлашћења за ауторитативно иступање у односу према овим субјектима. Уколико се боље и свестраније остварује сарадничка улога органа управе према удруженом раду и другим субјектима, утолико ће бити мање потребе да се управа појављује као власт над удруженим радом.

Да би ова нова димензија управне функције остварила циљ због кога је установљена — што тешње повезивање са удруженим радом и у том смислу пружање стручне помоћи у правцу остваривања постављених друштвених циљева — она мора деловати благовремено, континуирано и систематски. При том, међутим, стално се мора имати на уму да „то проширивање овлашћења управе не би требало да је доведе у положај да се јавља као власт над удруженим радом или да добије карактер старатељског односа и вршења „гугеле“ над удруженим радом. Јер, проширивање управне делатности не значи само по себи да се ограничава самоуправљање. Напротив, управа и њена делатност не треба да буду препрека развоју самоуправних односа „eo ipso“ зато што је управа активнија на тим подручјима него раније. Основно питање није обим овлашћења и делатности већ природа и карактер тих овлашћења и начин њиховог остваривања”.¹²

Да би општински органи управе били у стању да организирају удруженог рада и другим субјектима благовремено указују на стање и појаве од значаја за остваривање њиховог положаја и улоге у друштву, пре свега они сами морају бити у току, односно морају бити благовремено и потпуно информисани. У том циљу органи управе су дужни да трајно и систематски прикупљају податке од значаја за сагледавање и анализирање одређених појава и проблема. Само ако имају увид у право стање ствари органи управе ће бити у ситуацији да пруже правремену стручну помоћ удруженом раду у реализацији постављених задатака и отклањању евентуалних неправилности, као и да у оквиру својих овлашћења предузимају ме-

¹² Др А. Христов: Оп. цит. стр. 124.

ре поводом утврђеног стања, или пак предлажу надлежним органима предузимање одговарајућих мера.

Праћење стања и прикупљање релевантних података органи управе врше, пре свега, по службеној дужности. Законом о основама система државне управе (чл. 68.) предвиђена је и обавеза за самоуправне организације и заједнице, да органима управе, у складу са законом а на њихов захтев, достављају податке и обавештења о питањима из њихове делатности, ако су ти подаци и обавештења од значаја за вршење права и дужности тих органа и остваривање њихове одговорности за стање у одговарајућој области.

Такође, чланом 44. Закона о основама система државне управе предвиђено је да, када органи управе у оквиру свог делокруга, израђују аналитичке, информативне и друге материјале сарађују са стручним, односно научним организацијама, а могу тим организацијама поверити и самосталну израду појединих материјала, ако су за њихову израду потребна сложена истраживања или примена посебних стручних и научних метода који се не могу обезбедити у органу управе.

Међутим, још увек се мало или недовољно користи прикупљање, обрада и оцењивање података и обавештења о одређеним појавама до којих долазе научне институције, применом научних метода.

Разлози за то су бројни, али нам се чине посебно значајним они које истиче проф. Марковић: „Израда оваквих материјала од стране стручних и научних институција изискује много више времена... захтева много више средстава, него што то чине органи управе, иако је квалитет обављеног посла неупоредив у корист стручних и научних институција... органи управе не уступају послове овакве природе стручним и научним институцијама, јер обично сматрају ако то чине да на неки начин признају скупштини и извршном већу своју неспособност, а у исто време изражавају и бојазан да ће на тај начин изгубити поверење и скупштине и извршног већа... те да ове институције неће ништа боље и квалитетније обавити ове послове од њих самих, јер их на такву мисао нагони пре свега њихов видокруг спознаје као и специфичност бирократске психологије”.¹³

Праћење и утврђивање стања у области за коју је орган управе основан није само себи циљ. Напротив, праћењем стања треба да се сагледају и утврде појаве и кретања у одређеној области, да се сагледају узроци који до њих доводе и последице које производе, како би општински органи управе били у стању да предузимају или предлажу предузимање адекватних мера.

Законом утврђена овлашћења и дужности органа управе у вршењу ових послова могу се поделити у четири врсте мера:

Најпре, органи управе су дужни да организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама благовремено указују на стање, појаве и кретања у одређеним областима како би им помогли у предузимању одговарајућих мера из њихове надлежности. Такође, дужни су да иницирају закључивање самоуправних споразума и друштвених договора од значаја за опште интересе друштва, удруженог рада и грађана. За ваљано обављање ових

¹³ Проф. др Б. Марковић: Оп. цит. стр. 78.

послова радници општинских органа управе морају бити пре свега добро стручно оспособљени и тако идејно опредељени да су увек спремни да се залажу за превазилажење уских парцијалних интереса поједине средине у циљу остваривања ширих друштвених интереса.

Поставља се питање на који начин одговарају органи управе за пропусте које су чинили други субјекти иако им је благовремено указано на стање и проблеме? Такође, поставља се питање који су облици одговорности органа управе уколико није довољно пратио стање и није благовремено указивао на стање и појаве од интереса за остваривање њиховог положаја и улоге у друштву? Одговорност органа управе за обављање ове врсте послова је тако недовољно и непрецизно регулисана да практично представља обичну прокламацију. Није нам познато да је неки орган управе позван на одговорност за невршење ове врсте послова. Чак шта више, иако је указивање на стање и појаве у одређеним областима Законом утврђено као дужност органа управе, у пракси се обично схвата као њихово право које они могу али не морају користити.

Друго, органи управе су овлашћени да сами предузимају одређене мере према организацијама удруженог рада и другим самоуправним организацијама и заједницама и другим субјектима када установе да не спроводе утврђену политику, не извршавају законе, друге прописе и опште акте или не остварују друштвене планове.

До сазнања о појавама и проблемима који се јављају у раду организација удруженог рада и других субјеката у спровођењу прописа и политике, органи управе долазе углавном вршењем управног надзора. Према Закону о основама система државне управе, управни надзор обухвата: надзор над законитошћу аката којима се рашава о правима и дужностима грађана и организација удруженог рада и других организација и заједница (инстанциони надзор); надзор над законитошћу рада организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница; инспекцијски надзор.

У оквиру инстанционог надзора органи управе углавном решавају поводом жалбе односно другог правног средства против првостепених управних аката донетих у правном поступку, или пак поништавају или укидају коначна или правноснажна решења по праву надзора.

У вршењу инспекцијског надзора органи управе остварују непосредан увид у пословање и поступање организација удруженог рада и других организација и заједница и грађана у погледу придржавања закона, других прописа и општих аката, изричу управне мере и предузимају друге мере за које су овлашћени законом односно одлуком скупштине друштвено-политичке заједнице. Кад су овлашћени могу вршити и контролу примене друштвених договора и самоуправних споразума. На основу утврђеног стања надлежни инспекцијски орган доноси решење и наређује мере за отклањање неправилности у одређеном року, а такође, има право и да изрекне санкцију. Међутим, и у вршењу инспекцијског надзора све више треба да долази до изражаја превентивно деловање инспекцијских органа. Изрицање санкција не може и не треба да буде у првом плану. Напротив, сарадња са надлежним органима у организацији удруженог рада и другој организацији и заједници, упозоравање на обавезе из пропи-

са, указивање на штетне последице непоступања по прописима и предлагање мера за отклањање неправилности могу дати много значајније резултате. За развијање и унапређивање функције инспекцијског надзора у напред означеном смислу неопходно је предузимање конкретних мера којима ће се општинским органима управе створити потребни кадровски, материјални и организациони услови за њихов рад.

Орган управе је одговоран за благовремено предузимање мера за које је овлашћен, а у противном у извршном органу односно скупштини покреће се поступак за оцењивање рада органа управе и појединих одговорних лица у органу управе, као и за утврђивање разлога који су проузроковали незадовољавајуће стање, ради предузимања одговарајућих мера (чл. 30. ст. 2. ЗОСДУ).

Треће, уколико органи управе нису у могућности да, у оквиру својих овлашћења, отклоне уочене негативне појаве и кретања у одговарајућој области они су дужни да благовремено предложи предузимање одговарајућих мера надлежним органима: скупштини друштвено-политичке заједнице, њеном извршном органу или другим државним органима.

С обзиром на одговорност општинских органа управе за стање у области за коју су основани, њихова је дужност да континуирано прате законитост самоуправних општинских аката организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница и о томе обавештавају општинску скупштину односно њен извршни орган, те предлажу предузимање одговарајућих мера. Такође, када су овлашћени законом, односно одлуком општинске скупштине, врше одређена права надзора над вршењем јавних овлашћења од стране субјеката којима су та овлашћења поверена као и одређена права надзора над законитошћу рада организација удруженог рада које врше послове односно делатност од посебног друштвеног интереса.

Вршење надзора над законитошћу самоуправних општинских аката представља веома значајан задатак општинских органа управе, „јер развој социјалистичког самоуправљања све више развија самоуправно право и због тога је све израженија друштвена потреба за јачањем законитости у самоуправном праву, а то претпоставља, не само јачање друштвене свијести и одговорности субјеката који стварају самоуправно право, већ и ефикасан надзор државних органа”.¹⁴

У вршењу овог надзора органи управе имају право да прегледају те акте и када уставом да постоји несагласност са уставом, законом, другим прописима или самоуправним општинским актом са којим морају бити у сагласности, упозоравају на то надлежне органе у самој организацији и предлажу начин отклањања незаконитости. Уколико се на овај начин иста не отклони, дужни су да о томе обавесте скупштину општине и предложе јој да предузме одговарајуће мере у оквиру њене надлежности. У пракси, међутим, општински органи управе овај задатак не остварују или га недовољно остварују или пак то чине повремено, кампањски и површно. У својим извештајима о раду многи општински органи управе отворено износе

¹⁴ Др Перо Кријан: Улога и задаци државне управе у вршењу управног надзора, Правна мисао, Сарајево, бр. 9 — 10/86, стр. 12 — 13.

да се нису бавили надзором над законитошћу самоуправних општинских аката самоуправних организација и заједница, јер је то веома обиман и одговоран посао (с обзиром на број и разноврсност тих аката) за који би требало ангажовати већи број високостручних кадрова, којима општински органи управе не располажу.

Заиста у нашој самоуправној пракси има тако много самоуправних општинских аката организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница да се мора поставити питање могу ли ресорни органи управе у општини, поред свих других послова који су им стављени у надлежност, да ваљано обављају и тај, тако обиман и одговоран посао, или вршење ових послова треба организовати на други начин?

Брига о законитости аката самоуправних организација и заједница није нити може бити брига само општинских органа управе. У нашем систему постоји и низ других друштвених механизма. То је пре свега право и дужност радних људи и њихових самоуправних органа; пословодних органа; друштвено-политичких организација; друштвеног правобраниоца самоуправљања; јавног правобраниоца; јавног тужиоца; службе друштвеног књиговодства; судова и других органа које треба у већој мери активирати и успоставити континуирану и тешку сарадњу.

Када се тиче права надзора над вршењем јавних овлашћења од стране субјеката којима су поверена, ситуација није много боља, осим у случајевима када су органи управе овлашћени да решавају као другостепени органи поводом жалбе против првостепених решења самоуправних организација и заједница донетих у вршењу јавних овлашћења.

Надзор над актима самоуправних организација и заједница које врше послове од посебног друштвеног интереса најчешће се своди на давање примедба, сугестија и предлога на начрте или предлоге одговарајућих аката, док је законом прописано да скупштина општине даје сагласност на поједине одредбе самоуправних општинских аката од значаја за остваривање посебног друштвеног интереса. У пракси, овај вид контроле много више се остварује у погледу контроле законитости тих аката (што је свакако потребно) док се у недовољној мери разматрају одредбе које уређују и обезбеђују начин остваривања тих посебних друштвених интереса, што би, такође, било од великог интереса.

Четврто, уколико огран управе утврди да су одређене негативне појаве у спровођењу политике и извршавању закона и других прописа последица недовољног или неадекватног регулисања појединих питања правним прописима, имају право да дају иницијативу за утврђивање политике и доношење прописа којима би се спорна питања урадила на начин који ће обезбедити превазилажење утврђеног стања.

Тakoђе, органи управе, у оквиру свог делокруга, припремају прописе и друге опште акте за скупштину друштвено-политичке заједнице односно извршни орган у складу са програмима рада скупштине и извршног органа и дужни су да те прописе и опште акте припремају на њихов захтев.

Ако пођемо од чињенице да општински органи управе непосредно извршавају законе, друге прописе и утврђену политику, прате стање у одговарајућој области, да врше надзор над извршавањем прописа и политике, те да су одговорни за стање у области за коју су основани, онда је, по нама, сасвим природно да ће се често наћи у ситуацији да иницирају утврђивање политике и доношење прописа у одговарајућој области, или пак да, на иницијативу других субјеката, израђују нацрте прописа.

Међутим, оваква активност органа управе се веома често и веома оштро критикује, како у самим делегатским скупштинама тако и на различитим форумима друштвено-политичких организација, политичким скуповима, средствима јавног информисања и на другим местима. Суштина тих бројних критика своди се на то да органи управе и извршни органи имају монополску улогу у иницирању и припремању прописа и политичких одлука, да су тиме у други план стављени удружени рад и други учесници у процесу делегатског одлучивања, те да управа свој метод рада и понашање није прилагодила потребама делегатских скупштина. И не само да управа иницира и израђује нацрте аката које доноси скупштина, већ се, по правилу, ти акти усвајају без много критичких примедба. Чак и онда када буде дискусије, примедба или предлога на одређене акте, органи управе односно извршни орган настоје да по сваку цену одбране своје првобитне предлоге, у чему, углавном, успевају, јер нови предлози или изражавају парцијалне интересе појединих средина или су недовољно аргументовани те се делегати најчешће одлучују да гласају за решење које им је понудио надлежни орган.

Све су то чињенице које се не могу оспоравати. Заиста у највећем броју случајева (према неким истраживањима око 90%) органи управе, најчешће преко извршних органа, појављују се као иницијатори и као креатори одлука и других општих аката које доносе општинске скупштине. Међутим, уместо констатација и критика сматрамо да би било много корисније позабавити се узроцима који доводе до тога да органи управе и извршни органи имају доминантну улогу у процесу одлучивања.

Поставља се питање јесу ли органи управе и извршни органи узурпирали право на предлагање прописа и утврђивање политике или су можда објективно стављени у ситуацију да (због своје одговорности за стање у одговарајућој области односно укупно стање у друштвено-политичкој заједници) врше ове послове и зато што други субјекти нису у довољној мери испољили своју активност? Ако се констатује да управа није свој метод рада у довољној мери прилагодила потребама делегатског скупштинског система, морамо се запитати у којој мери смо задовољни укупним функционисањем делегатског система, од основне организације удруженог рада и месне заједнице до Савезне скупштине? Јер, стање у управи је продукт укупних друштвених односа и стања у друштву у целини.

С правом проф. Ј. Мунђан истиче: „Није довољно да се само понављају констатације да законодавну иницијативу имају полити-

чко-извршни органи и органи управе, да они скоро искључиво припремају нацрте и предлоге прописа и других аката, када истовремено изостају покушаји да то у много већој мери чине радна тела скупштина ДПЗ. Правило је да се у програмима рада скупштина ДПЗ њихова радна тела заобилазе. Тиме се ствара парадоксална ситуација у којој се политичко-извршни органи и органи управе критикују што преузимају ове послове, а истовремено критичари не користе реалну шансу да такво стање мењају у своју корист”¹⁵

Као пример који најбоље илуструје овакво стање може послужити поступак доношења програма рада општинске скупштине. Наводимо пример општине Ниш, као једне од највећих у земљи. Иницијатива за предлагање питања за програм рада СО као и преднацрт програма рада упућује се бројним субјектима: делегацијама у организацијама удруженог рада и месним заједницама, друштвено-политичким организацијама, државним органима и другим субјектима. Преко 700 субјеката у Општини има могућности да својим предлозима и сугестијама допринесе да програм рада СО обухвати питања од виталног интереса за радне људе и грађане и њихове организације и заједнице. Само око стотину субјеката достави своје ставове и предлоге. Међутим, највећи број питања која се предлажу за програм рада или су већ садржана у некој од предложених тема или су од интереса само за одређену средину, те се као таква не могу уврстити као посебна питања у програму рада СО. Наравно, ако су предложена питања таква да представљају шири друштвени интерес, онда се иста без проблема увршћују у програм рада.

С обзиром да органи управе прате стање у одређеној области они би требало и да најбоље познају проблеме који се јављају у спровођењу прописа и политике у тој области, те су и позвани и одговорни да иницирају код надлежних органа уређивање одређених питања као и да сачињавају предлоге аката којима би се решавали ти проблеми и превазилазила неповољна кретања. С друге стране, у ситуацији када други овлашћени субјекти недовољно користе своје право да буду иницијатори уређивања одређених односа, могло би се десити да многи значајни односи, питања и проблеми не буду правовремено решавани уколико се на томе не би ангажовали одговарајући органи управе односно извршни орган, што би могло довести до још тежих последица.

Не сматрамо, дакле, да је основни проблем у томе што се органи управе и извршни органи у општини најчешће појављују у улози иницијатора и предлагача политике, прописа и мера које доноси и предузима скупштина општине, већ у начину на који они обављају те послове и да ли су у довољној мери одговорни за обављање ових изузетно значајних послова? У вези са тим поменули би смо нека, по нашем мишљењу најзначајнија питања:

Прво, с обзиром да су општински органи управе дужни да непосредно извршавају законе, друге прописе и утврђену политику, односно да се предузимањем мера из своје надлежности старају о њиховом извршењу, поставља се питање да ли они ову своју фун-

¹⁵ Проф. др Јован Мунђан: *Правили трансформације и реорганизације државне управе*, Правна мисао, Сарајево, бр. 7 — 8/84, стр. 4.

кцију остварују у потпуности? Колико се доследно примењују већ донети прописи и да ли се исцрпљују све могућности и предузимају потребне мере у примени постојећих прописа па се не долази до очекиваних резултата? Тек ако се у доследној примени прописа налази на тешкоће које се не могу отклонити на други начин, требало би иницирати измену прописа или доношење новог. О мерама које су предузимали као и проблемима органи управе су дужни да благовремено обавештавају извршни орган и скупштину општине.

На питање да ли се увек тако поступа одговор можемо наћи у свакодневной пракси, а садржан је и у Критичкој анализи функционисања политичког система: „Недовољно и непотпуно се остварују битне уставне функције извршних органа и органа управе у спровођењу политике и извршавању аката скупштине. У остваривању тих функција извршни органи и органи управе много чешће прибегавају предлагању, односно изменама и допунама прописа и других мера него што користе уставом и законом предвиђене механизме и инструменте за обезбеђивање извршавања утврђене политике и донетих прописа” (стр. 30.).

Друго, припремање нацрта прописа представља изузетно значајан и одговоран стручни посао. Зато, орган управе мора најпре свестрано сагледати стање, проблеме и питања која се желе уредити доношењем новог прописа или изменом постојећих, и што се жели постићи тим новим прописом. Нарочито се мора озбиљно размотрити примереност новог прописа постојећем стању и односима и у којој мери ће примена новог прописа довести до промене стања у жељеном правцу.

Често се истиче да би органи управе морали понудити више алтернатива за решавање одређених питања, те на тај начин пружити могућност делегатима да изаберу најцелисходнију. Уколико се дата питања могу регулисати на више начина, онда је заиста добро презентирати све те могућности. Међутим, уз сваку понуђену алтернативу неопходно је предвидети ефекте који би се постигли њеном применом, јер само тако делегати ће бити у могућности да се одреде за решење које највише одговара датим условима. Уколико пак, према мишљењу надлежног органа управе, за уређивање одређених односа постоји само један одговарајући начин, онда не треба по сваку цену инсистирати на нуђењу више алтернатива, али зато предложено решење мора бити детаљно образложено, морају бити сагледани сви позитивни и негативни ефекти које може произвести предложени пропис.

Анализирајући рад општинских органа управе на изради нацрта прописа може се запазити да се ретко када нуде алтернативна решења за поједина питања, а када се тиче образложења, она се најчешће свде на навођење правног основа који овлашћује или обавезује на доношење одређеног прописа и просто препричавање садржине предложеног текста.

Треће, иако су општински органи управе у припремању прописа и других општих аката дужни да полазе од смерница СО и смерница и начелних ставова извршног органа, мислимо да би било корисно да већ у фази израде нацрта прописа консултују што шири

круг заинтересованих субјеката. На тај начин органи управе би били у прилици да већ у нацрт прописа ураде све корисне сугестије које би им биле дате, омогућило би се удруженом раду и другим заинтересованим субјектима да буду активни учесници у доношењу одређених прописа а исто тако би се ти субјекти учинили одговорнијим како за нормирање одређених односа тако и за доследно спровођење прописа у чијем доношењу су активно учествовали. Овако припремљени прописи били би „животнији” јер би заинтересовани субјекти у великој мери утицали да се доносе прописи који се могу и спроводити, те се не би дешавало да се примена неких прописа одлаже по више пута, а да се неки уопште не могу ни применити.

Четврто, правни пропис мора бити јасан и лако разумљив, како делегатима којима се предлаже тако и субјектима који ће бити дужни да га примењују. „Језик правних прописа мора да је једноставан и разумљив. То је оно чему треба да теже ствараоци правних прописа. Ово тим пре, што је правни пропис онолико успешан колико се као такав у пракси остварује, а сигурно је да ће се он поред осталих претпоставки једноставније и потпуније примењивати, ако је као такав једноставан и недвосмислен, и ако оним субјектима који су дужни да га поштују и остварују у животу не оставља никакве дилеме у погледу схватања његове суштине”.¹⁶

Пето, Закон обавезује органе управе да прибављају мишљење заинтересованих органа, одговарајућих стручних организација, организација удруженог рада и других организација и заједница и друштвено-политичких организација о нацртима прописа и општинских аката које припремају за скупштину и њен извршни орган. Органи управе имају обавезу да обавесте скупштину односно извршни орган о мишљењима заинтересованих органа, организација и заједница које нису прихватили и о разлозима због којих та мишљења нису прихватили.

Увидом у рад може се констатовати да општински органи управе углавном извршавају обавезу прибављања мишљења о нацртима прописа које припремају. Међутим, доста често они ову своју обавезу извршавају само формално. Наиме, рокови за разматрање нацрта прописа, по правилу, су веома кратки или се пак падају у незгодно време (празници, годишњи одмори и сл.) тако да знатан број субјеката не стигне да на време упути своје примедбе и сугестије. Своју обавезу обавештавања скупштине и извршног органа о примедбама заинтересованих субјеката најчешће извршавају тако што дају кратак преглед тих мишљења и примедба, без образложења зашто нису прихваћене. Овакав однос органа управе према пристиглим мишљењима и примедбама демобилизаторски делује на заинтересоване субјекте, јер стичу утисак да нису у могућности да битно утичу на судбину нацрта прописа и да ће се, у крајњем, усвојити онакав пропис какав предлажу органи управе, па се све мање ангажују у расправи по достављеним нацртима или их прихватају без дискусије.

Шесто, иако органи управе стварно припремају нацрте прописа за одлучивање у скупштини, они се ретко појављују као предла-

¹⁶ Проф. др Б. Марковић: Оп. цит. стр. 31.

гачи већ се пред СО као формални предлагач појављује њен извршни орган. Тако органи управе своју активност на овим пословима завршавају пред извршним органом. То сада постају предлози извршног органа те се губи идентитет и одговорност органа управе за те предлоге, иако су по уставу и статутима општина органи управе за свој рад, у првом реду, одговорни скупштини. У пракси скоро да нема примера да надлежни орган управе изађе пред СО са својим ставом који би био другачији од става извршног органа. Право извршног органа да да своје мишљење о сваком предлогу органа управе који се подноси на одлучивање СО у пракси се претворило у дозволу извршног органа. Тиме извршни орган на себе преузима целокупну одговорност за ваљаност предлога који се упућује скупштини.

Уколико се жели одговорнији однос општинских органа управе у изради нацрта прописа и других аката за скупштину, неопходно је успостављање непосреднијих односа органа управе и СО. Органи управе би морали непосредно стајати иза својих предлога (уз мишљење извршног органа), образлагати своје предлоге делегатима, али и сносити одговорност за предложена решења.

Одговорност органа управе за стање у области за коју је основан је веома комплексна, обухвата скоро све послове из оквира уставом утврђене управне функције. Због ограничености простора осврнули смо се само на неке аспекте овог питања, што не значи да су друга питања од мањег значаја.

**RESPONSABILITÉ DES ORGANES COMMUNAUX GESTIONNAIRES
DE L'ETAT DANS LE DOMAINE POUR LEQUEL ILS SONT FONDÉS**

— Résumé —

La responsabilité de l'état dans le domaine pour lequel ils sont fondés présente une fonction nouvelle des organes gestionnaires d'Etat établie par la Constitution de 1974. Elle est très complexe et comprend presque toutes les affaires du cadre de la compétence des organes de gestion établi par la Constitution. Les organes de gestion sont responsables que pour l'exécution des affaires du cadre „des fonctions des gestion classiques” aussi pour l'exécution des affaires stud-analytiques et des autres affaires professionnelles.

Dans son travail l'auteur fait l'analyse pour savoir de quelle manière et dans quelle mesure le organes communaux réalisent leurs fonctions de la responsabilité devant l'Assemblée de la Commune et devant son organe executif, et il fait l'analyse de la réalisation des droits et des devoirs des organes de gestion par rapport aux autres organisations de travail associé et aux autres organes et communautés autogestionnaires.

L'auteur constate que la partie prépondérante de l'activité des organes communaux de gestion dans la réalisation de l'activité est dirigée vers l'Assemblée et son organe executif. Dans l'exécution des affaires analytiko-professionnelles pour l'Assemblée et son organe executif on engage la plus grande partie du temps de travail des cadres professionnelles et créatifs, ce que rend qu'on ne peut pas être content par l'état de la réalisation des ordonnances et de la politique fixée et on pose la question de la réexamination des affaires mises à la compétence des organes communaux de gestion c'est-à-dire de leur qualification de cadre et matérielle.

On n'est pas content aussi de l'état dans la réalisation des droits et des devoirs des organes de gestion contre les autres sujets autogestionnaires, car certains d'eux ne sont que partiellement ou même point réalisés. C'est encore toujours que la gestion se présente comme l'organe du pouvoir au-dessus de ses sujets autogestionnaires, au lieu de, comme un service professionnel, collabore avec eux à la réalisation commune des buts établis par la société.

A la fin de son travail l'auteur traite sur l'activité des organes communaux de gestion à l'élaboration des projets des ordonnances et des autres actes généraux arrêtés par l'Assemblée et sur les plus importantes questions et problèmes liés à l'exécution de ces affaires.



РЕАЛНИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ*

1. Закон о облигационим односима¹ је уговоре, традиционално третиране као реалне, прогласио консенсуалним уговорима. Тако су уговори о зајму (чл. 557.), о залози (чл. 966.) и остави (чл. 712.), регулисани као консенсуални уговори. Остали реални правни послови, послуга и поклон² су, у складу са чл. 281. ст. 1. тачка 4. Устава СФРЈ, остављени републичкој, односно покрајинској регулативи. (У току доношења поменутог закона преовладао је став да ови уговори нису типични уговори из области робе и услуга, па је искључена савезна надлежност.).

2. Према класичном учењу, реални правни послови постају пуноважни моментом предаје ствари. Предаја ствари је услов закључења пуноважног уговора, за разлику од консенсуалних, за чију је пуноважност довољна само сагласност изјављених воља страна уговорница.

Настали још у римском праву, реални уговори су доспели до модерног права у коме доживљавају озбиљне критике. Многи европски правни системи их протерују из права, а други чине такве напоре. Највећи део посла обавили су сами законодавци, а доста тога је остављено судској пракси и правној теорији.

3. Међутим, правна наука није била сагласна са намером законодавца да, по сваку цену, укине реалне уговоре; напротив, она је устајала у одбрану појединих судских одлука које су се окретале ка реалној форми, али и оних, које су је негирале. Једном, давно постављено питање: „постоје ли реални уговори, још увек, у праву”, није престајало да тражи одговор. Могући одговори су полазили од настанка реалних уговора, од њиховог значаја у праву, од аргумената везаних за акт предаје ствари као услова за њихову пуноважност, до оних који су их третирали као анахрону врсту правних послова консенсуализам као проверени и доминантни принцип у закључивању правних послова је претио снагом једноставности и намером за универзалним важењем.

4. Наша правна теорија је, имајући пред собом различита схватања о „вредности” реалних правних послова, односно, о закључ-

* У овом броју објављујемо први део овог рада, општа разматрања (због ограничености простора), а у следећем, други део, анализа појединих реалних уговора.

¹ Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78. од 26. 5. 1978. год.

² Уговор о поклону настаје или закључењем у писменој форми или простом предајом ствари. Нас интересује само као реални уговор.

чењу правних послова путем предаје ствари, а припремајући кодификацију облигационих односа, наизглед, била пред избором; негирати реалне правне послове у потпуности, само неке од њих, или у савезној кодификацији прихватити консенсуализам као принцип, а републичкој регулативи оставити на вољу, у погледу оних уговора који су јој припали у надлежност.

5. Наш законодавац је неке реалне правне послове, као што смо истакли, прогласио за консенсуалне. Нас интересује да ли је таква одлука законодавца израз начелног опредељења модерне правне теорије за апсолутну примену начела консенсуализма или је, законодавац имао у виду промењену садржину ових уговора. Ако се руководи овим другим разлозима, онда се намеће још једно питање: да ли све реалне уговоре треба прогласити консенсуалним, или то важи само за оне који су кодификовани савезним законом? Испитујући став нашег законодавства ми ћемо доћи до резултата који могу бити од нарочите користи за предстојећи рад на даљем уређењу правних послова по републикама и покрајинама, у вези са реалним правним пословима.

1. Настанак реалних правних послова

6. Враћање на сам почетак у развоју реалних правних послова има за циљ да укаже на разлоге који су довели до настанка ове групе правних послова. У даљем раду ми ћемо пратити еволуцију реалних правних послова са аспекта аргумената који су оправдавали њихову појаву и даљи развој.

Познато је, да развој уговорног права почиње идејом о потреби посебне форме у којој мора бити изражена сагласност странака да би уговор произвео правна дејства, био снабдевен тужбом.³ Форма је била толико важна за право да се тај период назива ером формализма и симболике.⁴

Много је времена прошло док се није показало да су предности које пружа форма у говорима веома трошне, и да закључивање уговора треба да постане обичан акт сагласности странака о елементима уговора, или да се закључује простом предајом ствари. „Дошло је и до настанка неких нових контраката код којих облигациони однос настаје тек предајом ствари — тзв. реални контракти, а касније и они код којих је довољна проста сагласност воља двеју странака — тзв. консенсуални контакти”.⁵

7. Реални правни послови су били такви правни послови код којих је једна страна преносила другој страни ствар, а ова се обавезивала да је врати назад. Предаја ствари је била неопходни услов

³ Girard, Paul: *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^{éd} Paris, 1918. str. 441.

⁴ Стојчевић, др Драгомир: *Римско приватно право*, Београд, 1968, год. стр. 529.

⁵ Види приказ: Gyögy Diodsdi: *Contract in roman law* Budapest Akademiai Klado, 1981. стр. 230. Приказ Жике Бујуклића, *Правни живот*, 1983. бр. 5. стр. 972.

за пуноважност реалних правних послова. Тек са предајом ствари облигациони однос је био снабдевен тужбом. Такви правни послови су били: *mutuum*, *fiducia*, *depositum*, *commodatum* и *pignus*.

Међутим, нису сви набројани уговори одмах сматрани уговорима који настају *ре*. Најстарији уговор који настаје сагласношћу воља и предајом ствари био је *mutuum*, којим се одређена количина ствари или новца преносила у својину зајмопримцу, а овај се обавезивао да, исту количину ствари истог квалитета, или суму новца, врати зајмодавцу. Гајус не убрја у реалне уговоре *commodatum* и *depositum*, као ни *fiduciju*, иако се њима преносила својина.⁶ *Commodatum*, *depositum* и *pignus* су постали реални уговори тек у класичном праву. Наиме, они су постали самостални правни послови тек када се, у римском праву, могла одвојити државина од својине, и самостално преносити (када је изграђен појам државине).⁷

8. Савремена правна теорија сматра да су реални уговори само фаза у развоју уговорног права између периода строгог формализма и преласка на консенсуализам. Као да римско право није могло да направи радикалан скок између ере свечане форме и периода у закључивању уговора само сагласношћу странака уговорница. Сматра се да је од форме „ваљда, као неопходан дуг форми”, задржана још предаја ствари као услов пуноважности реалних правних послова.⁸ Тачније, реални уговори се у савременом праву третирају као уговори са најблажим обликом форме, зобг чега су дуго могли постојати уз неформалне правне послове и не нарушавати принцип консенсуализма.

9. Међутим, Гирард, истиче да су промењене прилике у римском праву довеле, у последњем веку Републике, до настанка нових уговора који нису ни формални, ни уговори стриктног права, то су консенсуални и реални уговори.⁹ Тачно је, да је први реални уговор *mutuum*, сменио *пехит* као строго формални уговор (*per aes et libram*) али су сви формални уговори замењени „материјалним уговорима” од којих су неки постали консенсуални, а неки реални уговори.¹⁰

10. Из овога се може закључити да реални уговори нису значили само остатак формалних уговора, већ да су се предајом као условом пуноважности код једне врсте уговора остваривали посебни циљеви, који су реалне уговоре веома дуго задржали у праву. Немогуће је очекивати да су се реални уговори протегли на модерно право само на основу традиције. Право се ипак брзо ослобађало оних елемената који су му сметали, на било који начин, на путу да најбоље регулише односе међу људима. Зар то право није већ једном учинило са свечаном фором приликом закључивања правних послова.

⁶ Girard, P.: Цит. дело, стр. 529.

⁷ Moniere, R.: *Le droit romain*, I том, Париз, 1935. год. стр. 457.

⁸ Петровић, др Слободан: *Облигационо право*, Београд, 1981. год. стр. 195.

⁹ Girard, P.: Цит. дело, стр. 444.

¹⁰ Салковски, Карл: *Институције с историјом римског права*, Београд, 1894. год. стр. 358.

На другој страни, чини се, да је сам призвук форме био тако страшан, да су реални уговори морали узмакнути пред новим правно филозофским принципом какав је консенсуализам. Jullio de là Morandière је, у време дискусије око реформе Code civil-а, изразио сумњу у разлоге због којих се у праву напуштају реални уговори.¹¹

2. Реални правни послови у најважнијим страним и нашим кодификацијама

11. Најважније европске кодификације 19. века и касније, прихватиле су, без изузетка, принцип консенсуализма. Уговори се закључују простом сагласношћу воља страна уговорница; поштовање унапред утврђене форме за изјаву воље се, осим у изузетним случајевима, не захтева. Принцип *solus consensus obligat* се сматра тако сагласним са нововековним правом да га аутори најпознатијих кодификација и не истичу посебно у законцима.¹²

Међутим, Француски грађански законик није се потпуно одрекао реалних правних послова, а за правну теорију ове земље они су и даље прави изазов. Тако је уговор о послузи дефинисан као реални уговор јер настаје тек када послугодавац пренесе ствар (предмет послуге) послугопримцу на коришћење; послугопримац се обавезује да после употребе, ствар врати назад послугодавцу (чл. 1875. Code civ.).

За уговор о зајму, такође, је потребна предаја ствари као услов пуноважности, али се, у правној теорији, прихвата и као консенсуални, када се доведе у везу са чл. 1138 (којим се регулише стицање права својине) и уговорним принципом стицања својине.

Уговор о остви се третира као реални уговор *par excellence*; предаја ствари је услов његове пуноважности. Међутим, промене до којих је дошло у реалним односима (чување ствари постаје професија) довеле су француску правну теорију у недоумицу око карактера овог уговора.

Највише контраверзи настало је око уговора о поклону и залози и то из различитих разлога (о томе ће бити речи уз анализу појединих реалних правних послова).

12. У Немачком грађанском законнику су само уговор о залози (параг. 1205.) и уговор о зајму (параг. 607.) уређени као реални уговори. Овакав став законодавца се може правдати начином стицања својине и других стварних права у немачком праву, за уговоре који су правни основ за стицање права својине и других стварних права.

У швајцарском праву нема реалних уговора; и уговор о послузи је консенсуални уговор, као и уговор о зајму и залози.

¹¹ Marie — Noëlle Jobard — Bachellier: Existe-t-il encore des contract réel en droit français? ou la valeur des promesses de contract réel en droit positif, Rev. trim. de droit civil, Paris, 1985, No 1, str. 3.

¹² Петровић, др Слободан: Део о уговорима у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, том 3. Службени лист СФРЈ, Београд 1978. год стр. 456.

Аустријски грађански законик је прихватио принцип консенсуализма, али су неки уговори и даље остали реални уговори. То су: уговор о остави (параг. 957.), уговор о послузи (параг. 971.), уговор о зајму (параг. 983.) и залози (параг. 1368.), уз конструкцију са предуговором.¹³

13. У нашем предратном праву су постојала различита решења за ове уговоре. За нас су најинтересантнија она која су дата у Србијанском грађанском законнику из 1844. године и Општем имовинском законнику за Црну Гору из 1888. год. (Решења из Аустријског грађанског законика су већ дата, што је посебно важно, јер се он као Општи грађански законик примењивао у великом делу наше земље).

Србијански грађански законик је, по угледу на Аустријски, задржао категорију реалних правних послова; то су: уговор о остави, уговор о зајму, послузи и залози, док је уговор о поклону могао настати и у писменој форми, па се третирао и као формални уговор.

Општи имовински законик за Црну Гору је прихватио принцип консенсуализма као највиши морални принцип о поштовању да-те речи „Не враћа се ни кам из рука ни ријеч из уста. И доиста, управ је темељ свакоме људскоме саобраћају и живљењу правило, да се људи ријечима везују”.¹⁴ Па ипак, уговори о залози (чл. 172.), о послузи или наручи (чл. 265.) су остали као реални уговори.

14. Закон о облигационим односима је, као што смо већ показали, попут многих модерних кодификација (а тај тренд је присутан и у кодификацијама социјалистичких земаља), прихватио принцип консенсуализма и реалне уговоре, из своје надлежности, прогласио слободним од предаје ствари као услова за њихову пуноважност. Чини се, да се законодавац приклонио становишту да су реални правни послови формални послови и да треба да деле судбину формалних уговора. Истина, законодавац је, на тај начин, ризиковао да тзв. ренесанса форме у модерном праву не обухвати и реалне уговоре као „формалне” уговоре.

3. Основна обележја реалних правних послова

15. Према традиционалном учењу о реалним правним пословима, ови се разликују од сталних правних послова по томе што је за њихову пуноважност потребна предаја ствари у државину, другој страни уговорници. Сама сагласност воља страна уговорница о елементима уговора није била довољна за настанак уговора. Према томе, предаја ствари је обавезни елементат приликом закључења реалних правних послова.

Предаја као услов пуноважности реалних уговора у римском праву доводи се у везу са предајом ствари — *traditio*, као условом за стицање права својине. Свака предаја ствари у државину значила је и стицање својине за то лице јер се, због неизграђености римског

¹³ Вуковић, др Михајли: Опћи грађански законик, Загреб, 1955. стр. 283.

¹⁴ Чл. 906. Општег имовинског законика за Црну Гору.

права није могло прихватити одвајање државине од својине.¹⁵ Обавеза враћања ствари назад у својину преносиоцу (код послуге, оставе или фидуције) није било од утицаја на карактер уговора. Тако се предаја ствари као основно обележје реалних уговора везивала, неминовно, за стицање права својине.

16. Разматрање предаје ствари код реалних уговора, као основног њиховог обележја, уз стицање права својине је овакако корисно, али не и опредељујуће за судбину реалних уговора. Наиме, већ у самом римском праву нису сви реални уговори били основи за стицање права својине. То значи да су реалне уговоре у праву одржавали и неки други разлози.

С друге стране, ако се само на основу неких реалних уговора стиче право својине, а предаја се захтева и за друге уговоре то значи да је хомогеност групе реалних уговора остваривана на неком другом циљу, а не преко стицања својине; овај други разлог би разбијао групу реалних уговора.

17. Предаја ствари код реалних уговора се не може везивати за стицање права својине и с аспекта модерног права. Наиме, како би се правдала предаја у оним правним системима код којих се својина стиче само на основу пуноважног правног посла (уговорни принцип стицања). Захтев за предају ствари, као услов пуноважности код оних реалних уговора који доводе до стицања својине, би знатно ограничавао поменути принцип и ове правне системе приближавао традиционим.

Међутим, Француски грађански законик је задржао реалне уговоре. Могуће је, да је законодавац не захтевајући традицију за стицање својине, исту увео, на мала врата, као услов пуноважности реалних уговора (захтев за предајом у претходној фази). То се може разумети ако се имају у виду последице које настају моментом закључења уговора у француском праву; од тог момента купац постаје власник и њега погађа ризик пропасти ствари, њему припадају плодови, одговоран је за штету која настане од такве ствари итд. Захтев за државном ствари на страни купца, макар и кроз „технику“ уговора се чини разумним.

Међутим, зар то није важно и за уговор о купопродаји који је најредовнији начин за стицање права својине, а за чију се пуноважност не захтева предаја ствари. Зато је тако рано у правној теорији ове земље и постављено питање о постојању реалних правних послова.¹⁶

18. У правним системима у којима се право својине стиче уз испуњење два услова: правни основ (*justus titulus*) и начин стицања (*modus acquirendi*, који је за покретне ствари предаја ствари), предаја ствари је, према схватању већине правних аутора, самостална правна чињеница, која се налази мимо правног основа. Предаја се

¹⁵ Право својине је у римском праву третирано као најпотпуније право поводом ствари, при чему се та потпуност „најенергичније“ испољава путем материјализације права; његовим поклапањем са самом ствари.

¹⁶ Види: Combescurc, F.: *Existe-t-il des contrats réels en droit français?* Rev. crit. de légis. et de jurisp. XXXII.

ју о садржини будућег уговора, и то је предуговор, а другим се, са предајом ствари, извршава уговор и закључује главни уговор.¹⁸ Субјекти правних послова, са променом фазе у закључивању уговора, мењају и места; страна уговорница која обећава предају ствари другом лицу је, у првом акту, дужник, а у другом поверилац. Код уговора о зајму, у правом уговору дужник је будући зајмодавац, а поверилац, будући зајмопримац.¹⁹ Међутим, ово разликовање, врло суштинско, показује се као прилично извештачено, с аспекта реалне садржине ових уговора. Чињеница је, да се код ових уговора само једна страна обавезује, нпр. зајмодавац, послугодавац, поклонодавац, а друга је овлашћена, зајмопримац, послугопримац итд. Схватање да се, једанпут овлашћена страна, други пут појављује као обавезна, се тешко може разумети с аспекта стварности; обавези зајмодавца да преда одређену количину ствари или суму новца зајмопримцу, није еквивалентна обавеза зајмопримца да изврши њихов повраћај, као што ни овлашћење зајмопримца да захтева предају ствари није исто са овлашћењем зајмодавца да захтева њен повраћај. Захтевом за предају ствари се, очигледно, штите уговорне стране код реалних уговора.

*а) Предаја ствари код реалних правних послова
фактор заштите уговорних странака*

22. Неки правни аутори сматрају да предаја ствари код реалних уговора има за циљ да изрази реалност датог обећања и дефинитиван пристанак на закључивање одређеног правног посла.²⁰ Тако се истиче да поклонодавац може, ствар коју је обећао једном лицу поклонити другоме. Пре него што преда ствар, која је предмет поклона, поклонодавац може опозвати учињено обећање; кад је ствар предата поклонопримцу, онда се поклон може опозвати само из законом предвиђених разлога.

Сагласност странака остаје обавезујућа само ако је почела да се извршава. Предаја ствари даје пуно дејство обећањима међу странама уговорницама. Зато се тек за предају везују правни ефекти ових уговора; само обећање предаје не може имати за последицу принудно извршење већ, евентуално, обавезу на накнаду штете.²¹

23. У правној науци, међутим, има мишљења да се предајом ствари као услова за пуноважност реалних правних послова, штити друга уговорна страна, страна која има обавезу повраћаја ствари, нпр. зајмопримац, послугопримац итд.²² Сматра се, да се ова лица не могу обавезати на повраћај ствари, ако им она није била предата.

У нашој правној теорији је предлагано да се реални правни послови претворе у консенсуалне, уз обавезну заштиту ове стране уговорнице. Истицано је, да се уговор о зајму може, пуноважно, за-

¹⁸ Перовић, др С.: Облигационо право, 1978. стр. 358.

¹⁹ Ibid., стр. 558.

²⁰ Marie — Noëlle Jobard — Béchellier: цит. чл. стр. 43.

²¹ Marie — Noëlle Jobard — Béchellier: цит. чланак стр. 23.

²² Laurent, F.: Principes de droit civil français, Paris, 1978. god. str. 501.

кључити на основу просте сагласности између зајмодавца и зајмопримца, али да обавеза враћања зајма буде условљена предајом одређене количине ствари или суме новца у својину зајмопримца.²³

24. Сматрамо, да се предаја ствари као услов пуноважности реалних правних послова није захтевала због заштите друге уговорне стране и то из више разлога. Најпре, обавеза повраћаја ствари не постоји код свих реалних уговора (уговор о поклону).

Исто тако, страна уговорница која дугује обавезу враћања ствари, не може се обавезати, ако исту није примила. Од таквог захтева несавесне стране, она би се могла веома ефикасно штитити у праву, приговором о непостојању каузе правног посла.

На другој страни, код уговора и закупу, закупца се обавезује да врати ствар (која је предмет уговора о закупу), иако му ствар још није предата (у моменту закључења уговора).²⁴ То само показује да се смисао предаје ствари код реалних правних послова не може тражити у заштити стране уговорнице која има обавезу на повраћај ствари. Већ смо истакли, да у стварности, та обавеза и није равна — еквивалентна, обавези предаје ствари од стране зајмодавца, послугодавца итд. (оне, само формалноправно леже, у истој равни).

Што се тиче стране уговорнице која се и формалноправно и реално обавезује (зајмодавац, послугодавац итд.), а да није, истовремено и овлашћена (по принципу еквивалентности), она се мора штитити путем предаје ствари као услов пуноважности ових уговора. То даље значи, да се предаја ствари код реалних уговора јавља као резултат распореда обавеза и овлашћења у правном послу, или сходно правној природи ових уговора.

б) Предаја ствари је израз правне природе реалних уговора

25. Већ смо истакли да обећање предаје ствари код реалних правних послова нема „квалитет” истог таквог обећања код осталих правних послова. Несамосталношћу обећања чинидбе код реалних правних послова штите се уговорне стране.

Међутим, показали смо да се исте такве обавезе странака код консенсуалних уговора, ефикасно штите, и без предаје ствари као услова њихове пуноважности. То значи, да реални правни послови имају „економско биће” различито од „бића” консенсуалних уговора.

26. Код свих реалних уговора, у време када су настајали, само једна страна се обавезивала на одређену чинидбу, док је друга страна била само овлашћена. У „конструкцији” реалних уговора, економски дужник је и правни дужник, а економски поверилац и правни. Тако је код уговора о поклону, зајму, послузи, остави и залози. Зато се они, у правној науци, третирају као једнострано обавезујући (*contractus unilaterales*), за разлику од двострано обавезујућих

²³ Радичић, др Јаков: Облигационо право, Београд, 1979. год. стр. 103.

²⁴ Петровић, др С.: Цит. дело, стр. 359.

contractus bilaterales).²⁵ То је, изгледа, било одлучујуће, да се предаја ствари захтевала као услов за пуноважност реалних правних послова. Исто тако, ови уговори су остали реални у праву, све донде док се, временом није почела мењати њихова реална садржина. Тако нпр. за уговор о зајму временом је постајала значајна обавеза зајмопримца да плаћа камату за коришћење новца, јер је новац добијао на значају, а давање новца на зајам постало уносна професија. Зато је реални карактер уговора о зајму најпре доведен у питање. Сада се, поред обавезе зајмодавца да преда извесну суму новца (и то само код ове подврсте уговора о зајму) налази и еквивалентно овлашћење да захтева камату; зајмопримац постаје обавезно лице и стварно и правно.

27. Корелација између једнострано обавезујућег карактера правних послова и захтева за предајом ствари као услова пуноважности, може се пратити од момента настанка реалних уговора, па све кроз историју њиховог постојања, до дана данашњег.

Наиме, обавеза предаје ствари код уговора о зајму, залози, послужи итд. није била дуго времена у сразмери са обавезом друге стране да примљену ствар врати назад. Обавеза враћања ствари јавља се као последица праве, али није са њом еквивалентна. Зато се ови уговори не могу третирати као двострано обавезујући уговори, а свако друкчије схватање би значило прилично слободну интерпретацију чињеница које се налазе у основи права.

28. Обавеза стране уговорнице да врати ствар код реалних уговора може се сматрати обавезом само ако се пође од чистог формалноправног критеријума; она је обавеза, насупрот овлашћењу као елементу субјективног права, али она не одговара овлашћењу, већ је споредна и у вези са основним односом.²⁶

Код консенсуалних уговора, код којих је предаја ствари, такође, смисао уговора, нпр. код уговора о закупу, распоред овлашћења и обавеза у правном односу је друкчији; законодавац (власник ствари) за обавезу предаје ствари у закуп другој страни, добија накнаду (интереси странака су сразмерни), па је његово обећање предаје ствари подобно да доведе до закључења уговора, а ако изостане предаја ствари он се може натерати, принудно, на извршење. То важи и за уговор о купопродаји.

29. Кад су се код појединих реалних уговора, временом, насупрам обавезе предаје ствари појавиле, начелно, еквивалентне, обавезе и друге стране, (код зајма, оставе) није више било разлога да се ови уговори раздвајају од осталих. Обећање предаје ствари од једне стране се везује за интерес те стране да исту преда, због чега се не мора посебно штитити. Зато обећање предаје ствари добија самостално правно дејство као код консенсуалних правних послова.

30. Међутим, нису се сви реални уговори, по својој економској суштини, приближили консенсуалним уговорима. У даљем раду

²⁵ Радишић, др Јаков: цит. дело, стр. 104.

²⁶ Садржину правног односа чини дужникова радња или чиница која се с аспекта титулара права појављује као овлашћење. Све остале обавезе су некореспондирајуће с њом, и не могу опредељивати правну природу правног односа.

ћемо показати да код појединих реалних уговора то није ни могуће, јер би у потпуности променили своју функцију, а самим тим би се морало променити и име таквог уговора (уговор о послузи).

На другој страни, нису сви реални уговори подједнако мењали своју садржину, нити у свим правним системима. Оно што важи за поједине реалне уговоре у другим правима (нпр. француском, немачком, или швајцарском) не важи и за наш правни систем. Ми ћемо показати да неки реални уговори у нашем праву немају исту садржину са истим таквим у поменутих правима; уговори о зајму, о остави и залози се нису, у свему, до сада развили као исти уговори у другим земљама. Да не говорим о залози која је веома слабо развијена у нашем праву. Зато је законодавац морао да води рачуна о садржини реалних уговора у нашем праву; онда би и одређења за прихватање или одбацивање реалних правних послова, можда, била нешто друкчија. У супротном се може сматрати да је законодавац протерао реалне правне послове само у име догме консенсуализма.

LES AFFAIRES JURIDIQUES RÉELLES

— Résumé —

La Loi sur les rapports d'obligation a proclamé les contrats, traditionnellement traités comme réels, comme contrats consensuels. C'est ainsi que les contrats sur le crédit le nantissement et le dépôt sont transformés en contrats consensuels, tandis que les contrats sur le cadeau et sur le service sont laissés à la régularisation de la République, c'est-à-dire des provinces autonomes.

Le tendance de "l'élimination" des affaires juridiques réelles du droit n'est pas nouvelle ni caractéristique pour notre droit. Par contre, elle s'est exposée très tôt dans le développement du droit conventionnel et surtout dans la théorie juridico-comparative et dans la législation (le Code civil suisse n'a point accepté les contrats réels, à la différence du Code civil allemand qui l'a accepté partiellement).

Pourtant, le procès de la transformation des affaires juridiques réelles en consensuelles était partiellement en opposition avec la théorie juridique. A savoir, un certain nombre d'auteurs juridiques tâchent de prouver que les contrats réels ne sont pas égaux aux autres contrats formels et c'est pourquoi ils ne doivent pas être traités comme les contrats formels. Ils sont prêts à prouver que la délivrance des choses, comme condition de la validité des affaires juridiques réelles, a réalisé certains buts aujourd'hui actuels; les considérations générales ont montré qu'on exigeait la délivrance des choses pour la protection des ces contractants qui prenaient des obligations dans l'affaire juridique (rendant service, prêteur et autres).

Avec le développement des rapports sociaux on a changé le contenu de certains affaires juridiques réelles. Ainsi le prêteur, contre l'obligation de la délivrance d'une quantité déterminée des choses ou d'une somme d'argent à l'emprunteur, acquit l'autorisation d'exiger l'indemnité pour l'usage de l'argent. C'était, pour la théorie juridique et le législateur, le signe que le contenu juridique de ces contrats devait être modifié.

La protection d'un contractant devient superflue, et „la forme" consensuelle se présente comme suffisante pour certaines affaires juridique réelles aussi. Pourtant, cela n'est pas valable pour toutes les affaires juridiques réelles, ni pour tous les droits. Dans notre pays les contrats réels (pas tous) ne se sont pas développés de même que ceux-ci du droit comparé. C'est pourquoi le point de vue de notre législateur devait se différencier en quelque sorte.

ЕНЦИКЛОПЕДИЈА ПРАВА НА „ПРАВОСЛОВНОМ ОДЈЕЛЕНИЈУ” ЛИЦЕЈА У БЕОГРАДУ

I

Новим уређењем Лицеја, Устројенијем Књажевско-Србског Лицеја од 15. септембра 1853. године, на Правословном одјеленију, између осталог, укида се катедра Природног права основана 1840. године, и уводи катедра Енциклопедије права и Историје законознања (права).¹

За професора Енциклопедије права и Историје законознања постављен је 5. октобра 1853. године доктор филозофије и свршени правник Никола Крстић.²

Рођен у Вацу (у Угарској) 20. септембра 1829. године, Никола Крстић је после завршене основне и средње школе у родном месту, као питомац Текилијиног завода завршио у Пешти 14. јуна 1851. филозофију са докторатом. Испунивши тиме услов за студије права, Крстић се у јесен 1851. уписује на Правни факултет у Пешти и све потребне испите полаже са одликом већ 4. марта 1853.

По завршеном факултету, 12. марта 1853. изабран је за суплента Српске гимназије у Новом Саду. А у јесен исте године Крстић је професор Лицеја у Београду и са предавањима из Енциклопедије права почиње 20. октобра.

Н. Крстић је већ 3. јануара 1854. изабран за редовног члана Друштва спске словесности. Када је Друштво укинато, Крстић је наименован 29. Јула 1864. за редовног члана Српског ученог друштва у одсеку друштвених наука. Секретар Српског ученог друштва био је 1864/1865 (од 14. октобра), 1865/1866, 1867, 1878, 1879 и 1880. године.

¹ По Устројенију наставни план Православног одјеленија изгледао је овако: Енциклопедија права, Историја законознања, Римско право, Административно право, Међународно право, Јавно право Србије, Грађанско право, Криминално право, Грађански судски поступак Србије и Криминални судски поступак Србије. (§ 8). Ученици Правословног одјеленија ступали су још и предмете Обштег одјеленија: Науку Христијанску, Психологију, Логикку, Теорију Словесности, тј. Филологију, Јестелику, Историју Словесности Србске, Славенске и најглавнији народа Европејски, Свеобшту историју, Историју народа Србског, Статистику, Државну економију, Финансије, Политическу рачуницу, Француски и Немачки језик (§ 7). V. Зборник закона и уредаба о Лицеју, Великој школи у Универзитету у Београду. Приредио Драгољуб Т. Баралић. Научна књига, Београд, 1967.

² В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1853, бр. 477.

После укидања Српског ученог друштва Крстић је неименован за почасног члана Српске краљевске академије 10. фебруара 1892. године.³

Докторат права Никола Крстић стиче у Пешти 17. јула 1854. положивши прописане испите.⁴ На предлог попечитељства, Крстић је 10. новембра 1855. године постављен за редовног професора Лицеја за Енциклопедију права и Историју законознања.⁵

У Лицеју Крстић остаје све до 19. априла 1862. када је постављен за начелника полицијског одељења у Министарству унутрашњих дела, а. 26. јула потврђен у исто звање. За члана II класе Касационог суда постављен је 16. јуна 1865. а 23. октобра 1874. унапређен у прву класу. За председника Касационог суда Крстић је постављен 15. марта 1875. године. После девет година у том звању, 12. марта 1884. постављен је за члана Државног савета, чији је потпредседник постао 25. фебруара 1894. али је већ 9. маја исте године пензионисан.

Умро је у Београду 12. јануара 1902. године.⁶

Крстић је био плодан писац. Као професор Лицеја објавио је више расправа из историје српског права у Гласнику Друштва српске словесности. У свесци VI Гласника из 1854. објавио је Разматрања о Душановом законнику. I. О политичком стању и правима србски држављана у Србском царству, стр. 88 — 149. У наредној свесци Гласника из 1855. објављује наставак истраживања: Разматрања о Душановом законнику. II. О државном строју. А. О праву државног владања и управљања, стр. 22 — 85. После једногодишње паузе Крстић наставља са објављивањем својих истраживања, али сада на широј основи од Душановог законика: Разматрања о старим србским правима. На основу стари писмени споменика и Душановог законика. II. О државном строју. Б. О органима државног владања и управљања, књ. IX, стр. 60 — 126; и Разматрања о старим србским правима на основу старих писмених споменика и Душановог законика. О прквеним законима, књ. XI, стр. 204 — 261.⁷

³ В. Педесетогодишњица Српске Краљевске Академије 1886 — 1936, књ. 1, Посебна издања, књ. CXVI, Споменице, књ. 7, СКА, Београд, 1939 — 1941, стр. 338, 342, 343, 345, 349, 369.

⁴ За докторски испит Крстић је штампао *Theses ex scientiis juridicis et politicis quas in c. r. sc. Universitate Pestana superatis exambinibus rigorosis consensu l. facultatis juridicae pro consequenda laurea doctoris juris universi publice propugnandas suscepit Nicolaus Krstić aa. 11. et philosophiae doctor, in Luceo principatus Serbiae albagraecensi encyclopaediae et historiae juris professor, nec non commissionis scholasticae ejatus mambrum. Pestini 1854.*

⁵ В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1855, бр. 591.

⁶ Податке из живота Николе Крстића узели смо из опсежне студије Стојана Новаковића, Др Никола Крстић; живот му и рад, објављене у књизи: Др Никола Крстић. Споменица издана приликом ступања у живот залужбине покојника. 3-ће издање задужбине Д-ра Н. Крстића, СКА, Београд, 1908, стр. 1 — 89.

⁷ Објавио је још и ове расправе из историје српског права: Одговори на неколико питања из Српске историје, Гласник Друштва српске словесности, књ. VII, 1855, стр. 86 — 113; Бој под Београдом у години 1456, Гласник српскога ученог друштва, књ. XIX, 1866, стр. 1 — 73; Белепке о Филипу Вишњићу, исти Гласник, књ. XX, 1866, стр. 236 — 243; Извештај одбору за науке историјске и државне српског ученог друштва о рукописима, што је друштву на омену поднео преко г. Витковића Др Борбе Мужицки, исти Гласник, књ. LXXII, 1891, стр. 106 — 183.

Превео је с немачког превода прву књигу познатог пољског писца Вл. Маџејовског (Maciejowsky) Историја словенских права (Historya prawodawstw slowianskich). Књигу Маџејовског, Крстић је допунио са 68. примедби које се тичу историје српског права.⁸

Одласком из Лицеја није прекидао свој научни рад. Објавио је већи број расправа из српског позитивног права.⁹

Никола Крстић је скоро девет година непрекидно предавао Енциклопедију права на првој години Правословног одјеленија Лицеја. Своја предавања из Енциклопедије права није објавио. То отежава упознавање са његовим схватањем. Међутим, на основу једног његовог Програма Енциклопедије права из 1854. године,¹⁰ Питања из Енциклопедије права за школску 1854/55. годину¹¹ и две скице предавања (краће и опширније скице)¹² све писано старим правописом, можемо се упознати са његовим схватањем.

Енциклопедију права Крстић је поделио на увод, два дела подједнаке величине и додатак.

У уводу Крстић најпре дефинише сам појам енциклопедије („Опредељење поњатија; разделење; цел; нужда; корист Енциклопедије у обште”) а затим обрађује уобичајена питања „Енциклопедије правословне”: „Опредељења поњатија, разделење, цел, корист, и историја литературе и Енциклопедије у обште и Енциклопедије правословне; Које се науке у Енциклопедији правословној предају; Како се разделују права, поњатије права природног и положителног, разделење једног од другог права; Основна поњатија о праву из природе човечије изведена и најпре исторически, после философически доказана”.

У првом делу Енциклопедије права Крстић разматра проблем природног права. После општег приступа природном праву (који обухвата следећа питања: „Опредељење поњатија о праву природном, цел, извор и разна поњатија о природи и праву природном, објект и субјект права, определење поњатија: шта је право? Главни начело природног права, и спомоћне науке права природног; Чертице историје литературе права природног”), Крстић претреса проблеме приватног природног права и то у два одсека: право вандруштвено и право друштвено. Први одсек чине разматрања безусловних и условних природних права. Ту Крстић обрађује следећа питања: „Опредељење права вандруштвеног; разделење на безусловно и условно, основ безусловног права, право безпорочне обране, васпитавање дече и сирочадиј; Определење поњатија права условних, основ ови права,

⁸ Историја славенски права од Дра Вацлава Маџејовског, професора права у Варшави. Превео и са својим примедбама, које се на Србско право односе, допунио Др Никола Крстић, професор права у књаж. Србском Лицеју, редов. члан Дружтва Србске словесности и школске комисије у Београду. Издава Матица србска, Будим, 1856, стр. XIV + 366.

⁹ Истину анализу ових Крстићевих радова из кривичног и приватног права (материјалног и формалног) извршио је Живојин М. Перић у раду: Расправе Д-ра Николе Крстића из позитивног права. В. Споменицу Н. Крстића, стр. 91 — 304.

¹⁰ В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1854, бр. 538.

¹¹ В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1854, бр. 538 (27).

¹² Доста података о њима пружа Стојан Новаковић у пом. раду, стр. 18 — 20, који је и слушао Крстићева предавања 1859/1860. год.

предмет ови права, разделење ствари; Како се ове могу стећи? И Заузимање. Шта је заузимање, шта се заузима, слеђства заузимања, разделење заузимања у материјално и формално; Право застарелости, слеђство заузимања, притјаженије, поштење и непоштење притјажатељ, право собственности, имање, опште, посебно, начело правно за заузимање, право крајње нужде, право нештетног употребења ствари туђиј; II О уговорима. Определење уговора; основ уговора; савршени, извршени, условни, безусловни уговори; начело уговора; уговори једнострано и обострано обавезујући; предмет уговора, који је једностран обавезујући и обострано обавезујући уговор; прием уговора; слеђство уговора; шта је нужно да уговори ваљани буду; случајеви неваљаности уговора; како се решавају уговори". Затим Крстић прелази на разматрање другог одсека, на „право друштвено". Најпре говори уопште о друштву („Шта је друштво; основи сваког друштва; времена постојања; вечита друштва; проста, сложена друштва; опште добро; добростање; основни уговори сваког друштва; друштвена влада и права; друштва једнака, неједнака") а затим о друштвеним заједницама, као што су брак, односи родитеља и деце, „челадски односи" и црквено друштво. Разматрања приватног природног права завршава претресањем питања одбране права: „Шта је увреда; Нападање; Штета; Вредност ствари; Право одбране, накнада и предворителног обезбеђења; Освета, талио, двобој".

После тога, Крстић прелази на друпи део природног права, на разматрање јавног природног права. Ова разматрања Крстић врши најпре кроз „општа определења" („Шта је држава, грађани, странци; Како се оснива; Шта је цел државе; Које су саставне части сваке државе; Које су својствености поједини саставни части"), затим, претресањем „права државне владе или мајестатична" („Која се права називају мајестатичним; Власт законодателна; Законоизвршителна, Власт званија судејска; Војене силе; Државни доодак као права мајестатична; Форме владања и управљања; Поњатије устава") и завршава с међународним природним правом („Шта је народ; Право међународно; Која права има сваки народ; Шта је посланик; Која су својства посланика; Кредитање; Инструкција; Шта је рат, шта су непријатељи, савезници, помоћници; Шта је неутралитет, покорење, победа, мир"). Овим се и завршава први део Крстићеве енциклопедије права.

У другом делу Енциклопедије права Крстић се бави положителним (позитивним) правом. После уводног дела у коме расправља питања: „Шта је право положително; Кои су извори; Разделење ови права; Начело положителни закона; Како постају закони положителни; Шта су збирке закона; Законници" — Крстић улази у разматрање „Раздела I Права положителна општа". Садржину овог одељка чини римско право („Шта је право римско; Кои су извори и развитак овог права"), канонско право („Шта је право црквено; Канонично; Како се раздељује; Кои су извори; Које су збирке у источној и западној цркви") и феудално право („Шта је право феудално; Постанак, разделење, извори права феудално"). Затим, Крстић прелази на разматрање „Права положителна знатниј народа". Ову материју Крстић је поделио на два одсека, на „права положителна страна" и

„права положителна домаћа”. Први одсек има за предмет: „Право положително међународно” („Опредељење поњатија, основ, прве сле-ди и касније обдељавање овог права”), „државно право знатниј на-рода” („Шта је предмет права државног; Које су уставне и неустав-не државе; Државно право: Немачко, Енглеzко, Француско и остали држава”), „приватно право” („Немачко-аустриско и прајско-францу-ско, Енглеско, Талијанско, Руско”), „право казнително” („Поњатије, цел права казнителног, Немачки, Француски, Руски итд.; Право по-лицијско”), затим, трговачко право, менично право, морско право, рударско право и војничко право.

Размотривши страна позитивна права, Крстић прелази на до-маће право. Дајпре излаже „стара” домаћа права обрађујући следе-ћа питања: „Која су стара србска права; Кад се почиње известниј правни живот србски; Кад је проглашен Душанов законик; Важност Душановог законика; Државно устројство; Закони црквени; Закони грађански; Судови и судоредство грађанско; Судови и судоредство казнително, гди коим важним казнителним законима; Гди кои вој-нички и трговачки закони; Рукописи Душановог законика”.¹³ Затим Крстић разматра „нова или садашња домаћа права” и то: „Државно спољашње право књажевства Србије; Државно унутрашње право; Право грађанско; Грађански поступак судејски; Казнителни закони”.

Енциклопедију права Крстић завршава додатком у коме се ба-ви „Спомагателним знањима науке правословне”. Садржину овог до-датка чини: „Херменевтика јуридикчна; Историја права; Историја књижевности правословне; Историја општа; Статистика; Сравнител-ноје правознaнство (*Jurisprudentia comparativa*) и Философија поло-жителна практична”.

У ретким освртима на нашу правну мисао тога времена, само се констатује, без образложења, да су Крстићева предавања из енци-клопедија прва „у духу органског правца, дотичне немачке књижев-ности четрдесетих и педесетих година XIX века”,¹⁴ одн. „у духу ор-ганистичке немачке концепције четрдесетих и педесетих година 19. ст.”¹⁵

Ову, по нашем мишљењу, тачну констатацију духа Крстићеве енциклопедије права покушаћемо да нешто шире образложимо ко-ристећи се само распоредом грађе коју врши Крстић, одн. система-тиком у енциклопедији права. То чинимо зато што је горе изложено само скица за предавања у којима је Крстић детаљно образлагао на-ведена питања а што нама недостаје за анализу.¹⁶

¹³ Већи број ових питања која се тичу историје српског права Крстић је детаљно обрадио у поменутиим радовима објављеним у Гласнику друштва српске словесности.

¹⁴ В. Теодор Тарановски, Енциклопедија права, Геца Кон, Београд, 1923, стр. 56.

¹⁵ В. Борђе Тасић, Увод у правне науке (Енциклопедија права), Београд, 1933, стр. 5.

¹⁶ Стојан Новаковић, у наведеном раду, стр. 19. каже: „Да би се избе-гао сваки неспоразум, додајем да ови предмети нису предавања, него ручне књиге (мануали). Н. Крстић их је израдио да по њима води своја предавања, али он предавања није читао (као што су многи професори радили), него их је слободно поворио”.

Енциклопедија права уводи се у наставни план Правословног одјеленија Лицеја у време њеног највећег успона у немачкој правој књижевности, у којој се традиционално неговала и предавала од 18. века.

Четрдесетих и педесетих година 19. века у немачкој правно-енциклопедијској књижевности доминира тзв. органски правац енциклопедије права, настао под директним утицајем Шелинговог учења изнетог почетком 19. века у „Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums”. Тих година, једна за другом, појављују се „Juristische Encyclopädie” Арндса (Arndts), Питера (Karl Theodor Ritter), Фридлендера (Friedländer), Варнкенига (L. A. Warnkönig), Аренса (Ahrens) и Валтера (Ferdinand Walter). Оно у чему се одликује органски правац је у спајању рационалног елемента (метафизичке идеје права) са емпиријским, тј. природног са позитивним правом, користећи Шелингово органско схватање света и науке у духу критичке и идеалистичке филозофије 19. века.¹⁷

Како није имао домаће узоре Крстић је прихватио ону концепцију енциклопедије права која је доминирала у немачкој правој науци у то време. Као врсном познаваоцу немачког језика, о чему сведочи његов превод књиге Вл. Мађејовског, није му било тешко да уђе у немачку правно-енциклопедијску књижевност тога времена и да буде у току ствари.

Крстићева енциклопедија права је, уз очување основног реда грађе из „Juristische Encyclopädie”, једна врста синтезе различитих варијанти (или боље „нијанси”) у оквиру органског правца. Како је једна од главних карактеристика органске енциклопедијске књижевности и праћење остваривања метафизичке идеје права (природнога права) у позитивном праву, што је утицало на систематику „Juristische Encyclopädie”, тако и Крстић у првом делу своје енциклопедије најпре излаже природно право и то чисто (умно) природно право.¹⁸ Пратећи касније оставривање метафизичке идеје права у позитивном праву као коначном циљу природног права Крстић је делимично сузио концепцију, за разлику од Питера и Варнкенига, јер то остваривање не прати у светској историји права, већ само у римском, канонском и феудалном праву.¹⁹ Али, зато уклапа у своју

¹⁷ В. детаљније о овом правцу енциклопедије права код Тарановског, Енциклопедија права, стр. 29 и сл.

¹⁸ Раде Вл. Радовић (Либерално природно право у политичкој философији Јована Стејића и Димитрија Давидовића, Архив за правне и друштвене науке, свеска за мај — јуни 1940, стр. 464) каже да су Н. Крстић, Ј. Филиповић, М. Хр. Ристић и Д. Матић трансформисали либерално природно право „у новију фазу развика природног права у нас — тзв. чистог умног (природног) права... под искључивим утицајем немачке критичке и идеалистичке филозофије XIX века...”

¹⁹ Кажемо делимично с обзиром на чињеницу да је Крстић предавао поред Енциклопедије права и Историју законознања на другој години студија и у њој детаљно обрађивао светску историју права. Крстићев програм Историје законознања, изложен заједно с програмом Енциклопедије права 1854. године, изгледа овако:

концепцију енциклопедије и једну другу варијанту органског права (Аренсову), тј. посматра позитивна права најважнијих народа, које Крстић назива „права положителна знатниј народа“. То повезује, условно речено, с трећом варијантом, с историјским прегледом развоја домаћег права, као што су то чинили Фридлендер и Валтер у својим „Juristische Encyclopädie“.

Констатација често истицана да је наша неразвијена правна наука 19. века углавном само преносила и то са закашњењем идеје европске правне науке, првенствено преко другоразредних правних писаца — у погледу енциклопедије права може се кориговати. У време Крстићеве професуре на Лицеју она је заиста у току европске правне мисли, јер је он примио ону концепцију која је у његово време у енциклопедијско-правној књижевности била актуелна.

„Увод у Историју законознања. Опредељење појатија историје законознања; периоди развитка права; узроци различности права код разни народа; корист разделења и кратка историја литературе историје законознања; живот људи живећиј ван државни сюза. §§ 1 — 14. — Част и Историја законознања источни народа. Основ и карактер различности и разделење источни права. §§ 15 — 17. Глава I Право Китајског народа. Кратки преглед Китајске историје; извори Китајског права; државно унутрашње право, приватно право, казнителни закони. §§ 18 — 21. Глава II Индиска права. Историчне черте. Карактер и извори зрава инд., Касте, начин владања, право приватно, казнитално. §§ 22 — 27. Глава III Египатска права. Историчне черте, извори и карактер права; Уставни живот, начин владања, право приватно и казнително. §§ 28 — 31. Глава IV Персиска права. Историчне черте, извори, државно право, приватно право, закони казнителни. §§ 32 — 35. Глава V Финикиска права и Картагенска права. Извори, политично стање финикијана, начин владања у Картагени. §§ 36 — 38. Глава VI Јеврејска права. Историчне черте, извори, карактер права, право државно, приватно, казнително. §§ 39 — 45. Глава VII Муамеданска права. Постанак, извори, карактер права, државно, приватно право и казнителни закони. §§ 46 — 51. — Част II Историја законознања стари Грка и Римљана. Различности грчко-римскиј права од источни права; Карактер грчко-римскиј права, међусобне разлике права грчкиј и римскиј. §§ 52 — 53. Глава I Грчка права. Чертице грчке историје, извори грчког права, карактер грчкиј права, разделење. §§ 54 — 57. I Спартанска права. Постанак ови права, политично стање спартанскиј држављана, државно устројство, промене у државном животу, право приватне личности и на ствари. §§ 58 — 62. II Атинска права. Државни живот у Атини; Промене у истом под Солоном, Пизистратом, Клистеном, Аристидом, тиранима; Стање држављана; Грађански закони и казнителни. §§ 63 — 68. Глава II Римска права. Увод у историју римскиј права; Периоди; Извори; Карактер римскиј права. §§ 69 — 71. I период права под краљевима. Класе држављана, државно устројство, грађански закони. §§ 72 — 74. II период права под републиком. Карактер II периода; Извори права; Сталежи држављана; Државне власти; Право грађанско: брак, родитељски односи, робови, либертини, тугори, права на ствари, наследија; Судејски поступак; Закони казнителни. §§ 75 — 85. III период права под Императорима. Карактер III периода, извори, збирке, државни живот, држ. власти, право приватно: брак, родитељски односи, тугорства, старатељства, право на ствари, наследије, начини наследија, легата, суд, поступак, закони казнителни. §§ 86 — 99. — Част III Историја законознања христијанскиј народа. Увод у христ. права, извори христ. права; Карактер христ. права; Моменти развитка ови права; Уплив римскиј права на права славенска, особито руска. §§ 100 — 104. (:Обширније се говори о христ. правима у Енциклопедији:).“ В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1854, бр. 538.

II

Одласком Николе Крстића из Лицеја, катедра за енциклопедију права и историју законознања попуњена је 12. октобра 1862. године суплентом Стојаном Марковићем.²⁰

Стојан Марковић је рођен 7. октобра 1833. у Великом Градишту. После завршеног Филозофског факултета на Лицеју у Београду и студија права у Београду, Хајделбергу и Паризу, Марковић се враћа у Србију и постаје суплент Лицеја за Енциклопедију права, Историју законознања и Трговачки законик. За професора Велике школе постављен је 26. септембра 1863. и у настави је све до 26. септембра 1875. године, када је постављен за министра правде. Враћа се у Велику школу 23. марта 1877. и у њој остаје, као редовни професор, све до 9. маја 1894. године. Избором за државног саветника и даље је у Великој школи али као хонорарни професор све до пензионисања 1898. године. Пуну деценију је предавао Филозофију права а најдуже Административно право. Своја сребена предавања из административног права објавио је делимично 1893. под називом: Администрација Краљевине Србије са нарочитим погледом на науку о државној управи. Књига прва. Општи део, Београд, стр. VIII + 586. Био је ректор Велике школе и декан Правног факултета. Умро је 7. маја 1903. у Београду.²¹

Стојан Марковић је предавао Енциклопедију права све док није била укинута Законом о устројству Велике школе (Академије) од 24. септембра 1863. године. Дакле, само једну школску годину. Како за то време а ни касније није објавио ни један рад из енциклопедије права — шта су обухватала његова предавања делимично се може сазнати из једног његовог Програма из Енциклопедије права, састављеног 9. октобра 1862. године. По том програму Марковићева предавања обухватала су следеће одељке:

„I. Умно осветлење права уопште и науке права и то: 1. Општи увод у Енциклопедију права; 2. Право, његово одређење и првобитни основ права; 3. Извори права; 4. Норма права, ове различитост; 5. О правним одношима и правилима; 6. Право као наука; 7. Прелаз к' историском осветлењу право. II. Умно осветлење поједини права правословног знања или науке права. А. Приватно право. 1. Умно осветлење истог; 2. Право феудално, трговачко, морско и менично (са примењеног гледишта сматрано); Б. Гране јавног права. 1. Умно осветлење државног права или тако-званог општег државног права (са лаким — примењеним — погледом на србско држав-

²⁰ В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1962, бр. 1147; В. Календар са пематизмом србскога књажества за 1863. годину, Београд, Државна књигопечатња, стр. 29; В. и Коста Бранковић, Развитак Велике школе. Беседа коју је о дваестипетогодишњици Лицеја на Светог Саву 1864. године говорио Ректор Велике школе Коста Бранковић, Гласник Србског ученог друштва, књ. I (XVIII), Београд, 1865, стр. 16.

²¹ В. Станоје Станојевић, Народна енциклопедија. Српско-хрватско-словеначка. II књига. I — М. Загреб, стр. 691; Мала енциклопедија Просвета. Општа енциклопедија, 2 М — III. Просвета. Београд, 1969, стр. 39; Стојан Марковић (In memoriam), Глас права, судства и администрације, год. II, бр. 20 (29), Београд, 18. мај 1903. стр. 480.

но право); 2. Међународно право; 3. Црквено право (такође с' обзиром на србску народну цркву); 4. Криминално право; 5. Процесуално право; — грађанско и криминално. III. Споредна и помоћна знања науке права — извучимајући Историју права").²²

Тешко је у недостатку Марковићеве речи о горе изложеним питањима утврдити његову идејну оријентацију у енциклопедији права. Посебну тешкоћу представља сам програм енциклопедије права јер га је Марковић дао у најкрупнијим потезима, остављајући да у предавањима детаљно разради сва питања.²³ Међутим, пажљивим читањем програма може се закључити да се Марковићево схватање енциклопедије права креће оним истим идејним током којим се крећо и његов претходник проф. Никола Крстић. И код Марковића се појављује дух органског правца енциклопедије права, барем његова основна карактеристика — синтеза природног и позитивног права. Дакле, суплент Марковић није нашао другу идејну оријентацију од оне коју је нудила енциклопедијско правна књижевност органског правца. Са можда нешто наглашенијим метафизичким елементом који је посебно дошао да изражава касније у Марковићевој филозофији права. Како је у то време у Француској енциклопедија права нестала са Правних факултета, то се Марковићу нису ни отварали други идејни путеви.

Занимљиво је да се у Архиву Србије у Београду налазе још два Марковићева програма енциклопедије права и то у различитим фондовима. Један Марковићев програм који носи назив „Преглед енциклопедије права“ налази се у Фонду Лицеја и заведен је под бројем 538; под истим којим је заведен и Крстићев програм енциклопедије права. Није потписан и нема датума када је сачињен. Међутим, да је програм Марковићев јасно се види упоређивањем рукописа с другим Марковићевим рукописима. Други Марковићев програм који носи назив „Програм из енциклопедије права“ налази се у Фонду Велике школе.²⁴ На њему је потпис Стојана Марковића и година 1867., када се енциклопедија права уопште није предавала на Правном факултету Велике школе и када је сам Марковић предавао филозофију права.

²² В. Архив Србије у Београду, Фонд Лицеј, 1862, бр. 1144.

Како је Марковић, као и његов претходник Крстић, предавао и Историју законознања (права) то је заједно са програмом Енциклопедије права дат и програм Историје права, који садржи ове делове:

„I Увод. 1. Историја права као помоћно знање науке права; 2. О праву и његовој филозофској природи; 3. О праву и његовој историјској стварности; 4. О праву научно развијеном. — Теорија позитивног права. II Историјско осветљење права уопште и науке права. 1. Право и наука права код источни народа; Државно и правно развиће код класични народа старине: Грка и Римљана; 3. Право и наука права код християнски народа; 4. Извори правни и науке права средњег века; 5. Лаки поглед на развиће права код знатнији европски народа у средњем веку; 6. Историја извора правни и науке права од средњег века па овамо (Рим. — Закони варварски. — Феудалност. — Црква. — Реформа. — право Канонично. — Стара Монархија Француска. — Конституција Енглеска. — Револуција Француска. —)“.

²³ Сам Марковић у примедби Програма пише да „свако од ови главни оделења имаће своја пододелења, а ова ће се опет по потреби и времену на више или мање §§-а свести“.

²⁴ В. Архив Србије у Београду, Фонд Велике школе, 1867, бр. 49.

Оба ова програма су готово истоветна, са истим бројем питања (33). Разлике су занемарљиве језичке природе. У програму из 1867. означени су само одговарајућим насловима поједини делови енциклопедије права.

Поставља се питање одкуда ова два програма енциклопедије права? Вероватно је Марковић, почевши са наставом, разрадио свој програм од 9. октобра 1862. а онда је Енциклопедија права укинута. У другој половини шездесетих година, професори Велике школе, незадовољни њеном организацијом, почели су да раде на новој, као и на новим наставним плановима и програмима факултета. На челу са Стојаном Марковићем, који је у то време вршио функцију ректора, израдили су пројекат новог устројства Велике школе, у коме се између осталог предлагало укидање филозофије права и поновно увођење енциклопедије права. Припремајући програм за будући предмет, Марковић је вероватно узео свој раније изграђени програм енциклопедије права, мало га језички дотерао и дао наслове одговарајућим поглављима. То објашњава њихову подударност.

Без обзира што је пројект професора Велике школе, упућен Министру просвете и црквених дела 1. јула 1868., завршио у архиви министарства, Марковићев програм енциклопедије права је интересант због новина које уноси у предмет енциклопедије права. Много обимнији од Крстићевог и са пуно детаља, Марковић је унео и нова питања, као нпр. тумачење закона, која ће се појавити у предмету енциклопедије права много касније, тек у енциклопедији Глигорија — Гиге Гершића.

Због тих нових питања која се уносе у предмет енциклопедије права и поред обимности, наводимо у целини програм из 1867.

ПРОГРАМ ИЗ ЕНЦИКЛОПЕДИЈЕ ПРАВА КЊИГА ПРВА

Умно осветљење права уопште

1. Држава, народ, право и правни поредак. Предмет, с којим се занимати имамо.

Шта је Енциклоп. права. Историја науке ове. Како се може Енцикл. права разликовати.

Гди ваља тражити последњи основ права. У колико нам се праваца човек на земљи појављује и како. Како нам се појављује човек по нагону друштвености; шта је нужно још поред идеје друштвености за савршено уређени друштвени живот. (§ 1—9).

2. Које су гране православне науке. Шта је предложно, а шта предметно значење права. Каква може бити принуда; је ли самоодбрана дозвољена. (§ 10—17).

3. Закон у најширем значају. Природна и морална нужност. Шта из овог ограничења слиједује. Савест. Разлика између моралне и правне — изнудне дужности. Да ли постоји каква разлика између закона морала и закона правног. По овоме на каквом основоположају мора лежати законодавство државно. Како начело постоји у овоме. Одкуда правило: *non omne, quod licet, honestum est.*

Одкуда се и како раба идеја о праву, шта постаје из овог. Шта је цел такво-званог јуридикчног мишљења (умствовања). Шта је предметни, шта подложни момент образовања права, а шта је историјски основ права и каки. Шта је правни поредак, а шта принуда. (§ 18—22).

4. Како нам се појављује право; Кога би могли назвати подлогом правног убеђења. Како и на који начин правно убеђење ово и обвезним постати може (§ 23). Шта је закон, који су значаји за појам закона нужни. Каква мора бити обвезна сила закона.

5. Каква је обвезна сила закона у обзиру на време, на земљиште и на лица под закон падајућа, какво правило постоји у овом последњем случају, има ли у овом какво изузеће; Шта важи овди у обзиру на владоца. На колико се видова могу разликовати закони, у обзиру на носиоца највише власти, и по њиховом садржају. Шта су то законици. (§ 23 — 27).

6. На што су закони; шта је тумачење закона и како се оно разликује; Кад је право тумачење закона; Шта је законом или званично тумачење закона; Кад се зове граматично а кад логично тумачење закона. Како ваља поступити при логичном тумачењу закона. Шта је основ закона (*ratio legis*), а шта намера. Тумачење укупног законодавства.

Шта је примењивање закона; у чему се оно разликује од тумачења закона (Можи ли се и онај случај на закон применити, који истина по наредби закона под исти спада, но неби под исти доћи по основу закона; Кад се може употребити правило: *certante ratione legis, certat lex ipsa*).

Кад је нужна аналогија или аналогично примењивање закона. Која правила у овоме обзиру постоје за судију. Шта је аналогија закона, а шта аналогија права. Разлика од тумачења закона, и гди је аналогија допуштена. (§ 28 — 30).

7. Извори обичајног права. Шта је нужно, да би обичајно право обавезне силе имати могло. Обвезна сила обичајног права. Обичајно право поједини друштвени кругова. Тумачење обичајног права. — Право јуридично или право јуриста. Шта је задатак правозналаца. Како и гди се правозналци делателни појављују. Кад и како могу определења правозналаца и стално обвезну силу добити. (§ 31 — 32).

8. Како се дели право по његовом обиму, корену и предмету или унутрашњој свери. У каквом одношају могу стајати правна определења појединаца по њиховом обиму; Шта је *jus singulare*, а шта *jus commune*; Примењивање особеног права, тумачење истог. Шта су то привилегије и како се оне разликују. (§ 33 — 34).

9. Поделење определења правни по њиховом корену или основу; шта је разликовање томе дало повода. (Шта су Римљани означавали са *jus naturale*, шта са *jus gentium*; Шта се данас као природно право сматра. — Шта је божанствено право; шта је нужно да би откровење какво међу људима важило и кад то бива. — Шта је право домаће, а шта примљено; на који начин то бити може. На који се начин може примити стално право. (§ 36 — 37).

10. Шта су то правни одношаји; Колико има видова исти одношаја и који су то, као и која су то правна определења; која одношајима овим одговарају. Колико има видова права одовуд произилазећи; Која је поглавита разлика између приватни или грађански и јавни права. Какво правило постоји у обзиру на јавна права. — Како се права прибављају. У чему се основ прибављања права састојати може. Како се зову она дела која права и правне одношаје производе. Шта је првобитни основ прибављања права, а шта доведени. На чему могу оснивани бити начини прибављања права. По овоме шта су тако-звана урођена, а шта прибављена права. — Кад престају права; Кад имају промене у праву смешани значај; у чему може лежати основ, по ком права престати могу; и морамо ли ми по правилу за одржавање права нашег што предузимати. (§ 38 — 39).

11. Шта имају за цел тако-звани правни послови или правна дела, и у чему се иста састоје. Шта ваља разликовати при сваком правном делу. Шта имамо казати при језгренним знацима у обзиру на лица, на предмет и на изјављену вољу при правним делима. (§ 40).

12. Како се разликују противуправна дела; Који је први степен противуправни дела, у чему се састоји други степен исти дела; На колико се начина права други могу повредити. У чему се састоје тако-звана полицијска иступања. (§ 41).

УМНО ОСВЕТЛЕЊЕ ПОЈЕДИНИ ГРАНА ПРАВОСЛАВНОГ
ЗНАЊА

Приватно право

13. Шта има за предмет приватно право и у колико видова; чиме је условљено приватно право и како се оно разликовати може; шта имају да опredele правила приватног права. Колико има начина систематичног обделавања приватног права. С'чим мора почети свака система приватног права; у чему се састоји приватно-правна личност човека. На колико се главни видова могу разликовати тако-звана првобитна или урођена права човека. Уколико права ова човеку припадају и могу ли иста ограничена бити (§ 42 — 47).

14. Шта су то православна или јуридикална лица; Колико видова личности овакви може бити; и како личност ова може образована бити (§ 48).

15. Шта је имање и како се је појамвно истог према степену образованости народне развијало. (§ 49 — 50).

16. Шта је собственост; у чему се састоји стварност права собственности. Какав може бити домашај господара ствари при стварном праву собственности. — Налазе ли се свадбе ова права из собственности произлазећа код господара ствари. Опредељење собственности. — Шта су то стварна права на туђе ствари и који су главни видови ови стварни права на туђе ствари. Како се деле обично начини прибављања собственности; Шта је то књижевна или литерарна особеност. (§ 51).

17. На чему се оснива право тражбено или облигационо; из чега постати могу права тражбена. Шта можемо при сваком облигационом одношењу разликовати у обзиру на лица, на предмет тражбеног права, и на јачину и начин облигационе везе. — На шта је сваки облигациони одношај определен. Које су препреке које испуњење дужне обвезности могу осујетити. — На што може управљено бити овлашћење при тражбеном праву. Какве су тужбе отуд произлазеће; Може ли тражбено право на другој пренето бити и како. — Кад престаје тражбено право. Какве уговоре можемо разликовати при тражбеном праву. (§ 52).

18. Кад нам се појављује брак као правна установа у колико се видова брак појављује. Какав може бити правни узајамни положај супружника. Кад може брак по правилу престати. — Какав може бити одношај између родитеља и деце и шта можемо овди разликовати у обзиру на лица и на имање. Како постаје и како престаје родитељска власт. Шта је сродство и како се оно разликује. — Шта је тусторство и старатељство; Како се власт ова појављује; Ко је на тусторство и старатељство пре свега позват; На шта се односе права и дужности тустора и старатеља. (§ 53).

19. Право наследно. Шта бива с имовним правима умрлог; на чему може право наследно основано бити. — Какво предпостављање правословно постоји у обзиру на право наследно; Који наследници долазе у први ред; Чиме је определен ред наслеђа; Шта је тестамент. Шта су легатари или испорукопримци. (§ 54).

20. Право тужбено. Шта је тужба у ширем значењу; а шта у ужем; Шта предпоставља свака тужба. — По чему се тужбе разликују и како. На колико се начина обтужени по тужби одбранили може; Какво правило постоји у овом обзиру; Шта се зове реплика; Шта дуплика и тд. Право феудално или уделно; Код који народ налазимо почетке феудални одношаја. Шта је Вазал; шта commendatio, шта senior, а шта beneficium при уделном праву; Како стоји са феудалним одношајима данас и кад су се нарочито почела развијати начела о феудалним одношајима. (§ 56. I. II. III).

21. Право трговачко. Шта ваља разумети под трговином; по овоме како се трговина разликује; Шта је трговачко право и како се оно разликује. Како се право трговачко разликује по изворима. Какве морају бити ствари, на која се определена трговно правна односити могу. Који су најглавнији правни послови при трговању. Шта су то трговачки ортаклуци; Колико видова овакви ортаклука има; определење сваког ортаклука понаособ. — Шта право поморско под собом обухвата, и како се је и пди оно образовало. (§ 60 — 62).

22. Кад су постале менице, и у којој цели, шта је меница уобште; Која одређена постоје у цели олакшања и осигурања меничног саобраћаја.

Кад постаје менични уговор; У чему се састоји материјална, а у чему формална строгост менична. Шта обећава нудаваоц вучене менице; кад постаје трасат или онај, на кога је меница повучена — меничним дужником. У чему се може састојати дуг по меници, у чему се састоји менична способност и како се она разликовати може. Шта се мора у свакој вученој меници означити. Шта је пренос менице. Мора ли трасат меницу на њега повучену примити и како он може стајати према нудаваоцу менице. — Шта се може догодити, ако трасат неузгхе меницу да прими, или плати. Шта је редовни тецај сваке менице; Шта је пријем или плаћање за чест, а шта тако-звано менично јемство или авал (§ 63 — 64).

Поједине гране јавног права

23. Обште државно право. Како нам се држава пре свега појављује и који су значајни за појам државе нужни. Шта је држава, шта државно право и како се оно разликује. Шта се у данашње доба уобште за главну цел државну сматра. (§ 65. 66).

24. Шта мора пре свега у државном праву одређено бити; шта образује државно уставовно право и колико се форми државног владања и управљања обично разликује. — На шта се може односити првобитни строј или склоп државе; Шта је владање, а шта управљање и како се форма владања и управљања државног разликује. (§ 67).

25. Какве теорије постоје о законитости државног устројства; Које државно устројство и владу државну ми за закониту сматрамо и како. Како се означава највиша државна власт; Како нам се појављује суверена власт и како се појављују држављани према истој (§ 68 — 69).

26. Како се сматра носиоц суверене власти, каква права њему припадају; Како се појављује свака делатност државне власти и колико има ови власти. — Како се разликује државна власт; Како се разликује административна власт; У којој је цели државна власт и у спољним одношајима делателна појављује; Како се зову права у овом обзиру суверену припадајућа (§ 70).

27. Право криминално. Како нам се појављује кашпига; Шта је основ кашпиге, шта она има за последицу и на што она може служити. Колико видова кашпиге разликовати можемо; Који су значаји нужни, да би се дело какво као казнито појавило (§ 73).

28. Право процесуално. Шта је право процесуално. Шта мора у обзиру на судску власт самим државним (а не обичним) законима одређено бити. Како се одређује надлежност судова. Шта спада у дужности кривичним судовима. Шта се при сваком кривичном предмету мора пре свега испитати и одредити; Шта спада у дужност и власт лицу, коме је изслеђење кривичног предмета поверено. Како се разликују поступак судски у обзиру на поступање решавајућег судије при кривичним делима и какав може бити кривични поступак по својој основној форми. (§ 74. 75).

29. У чему се може састојати ограничење слободе онога, над ким се кривично изслеђење врши и по томе како мора кривични поступак уређен бити; Који нам поступак у овоме највише јемства даје и какво начело важи при кривичном поступку (§ 75).

30. Грађански поступак. У чему се разликује грађански поступак судски од поступка кривичног. Шта одређује пресуда извршителном поставша. Из чега се свака парница састоји. Како се могу наводи парничара суду саопштити. — Је ли за све грађанске спорове једнаки поступак нуждан. Из колико се акта састоји редовни поступак и какво начело важи при грађанском поступку. (§ 76).

31. Црквено право. Шта је црквено право. Кад оно припада приватном праву. Шта је видима црква. Шта одређује унутрашње, а шта спољашње црквено право (§ 77).

32. Међународно право. Шта је међународно право и шта оно (биће његово) представља. Је ли међународно право различно од начела морала и

тако-зване међународне политике. Како се разликује међународно право по своме извору. Како се државе једна према другој односе у стању мира. Каква права уживају од стране државне власти изаслани заступници њени и владаоци, који се на страни задржава. Колико има редова посленика и који су то. Шта су консули. Шта може страна држава чинити са страним подаником, који се у истој задржава. — Које су најважније ствари у међународном обзиру. Каква права припадају свакој држави и могу ли она ограничена бити. Који су најважнији правни послови у међународним одношајима. (§ 81 — 82).

33. Каквим се средствима пре свега приступити мора у случају неспоразумлења у међународним одношајима. Како се сматрати има рат, и потоме какво начело у овоме обзиру постоји; Шта је тако-звани ратни резон. Постоје ли у обзиру на поморски рат каква начела. Кад се рат свршава. Како могу међународни преговори вођени бити (§ 83 — 84)".

* * *

Новом организацијом Лицеј је 24. септембра 1863. године Законом о устројству Велике школе (Академије) прерастао у Велику школу са Филозофским, Правним и Техничким факултетом. Енциклопедија права је новим наставним планом Правног факултета Велике школе укинута. Међутим, неговање једне опште науке о праву, неопходне правницима да право схвате у његовој целини, започето још оснивањем „Правословног оделенија" у Крагујевцу 1840. год. Природним правом или правом разума, и поред укидања Енциклопедије права настављено је једном другом таквом науком — Филозофијом права.

Dr MIROLJUB SIMIĆ,
professeur adjoint à la Faculté de Droit à Niš

ENCYCLOPÉDIE DE DROIT À LA CLASSE „DU LANGAGE JURIDIQUE" DU LYCÉE DE BELGRADE

— Résumé —

C'est en 1853 qu'on a introduit par la Loi l'Encyclopédie de droit à la classe du langage juridique du Lycée de Belgrade.

C'était le professeur Nikola Krstić (1829 — 1902) qui enseignait de 1853 à 1862 l'Encyclopédie de droit.

À la base du programme et des questions de l'encyclopédie de droit, ainsi qu'à la base de deux esquisses des conférences, l'auteur conclue que le professeur Krstić enseignait l'encyclopédie de droit dans l'esprit de l'organique littérature encyclopédico-juridique allemande de la première moitié du XIX siècle.

La même conception de l'encyclopédie était adoptée par le successeur du professeur Krstić, assistant Stojan Marković (1833 — 1903).

En 1963 l'encyclopédie de droit est supprimée et on a introduit la philosophie de droit.

ПРИЛОГ ИЗУЧАВАЊУ ЧИНИЛАЦА ПОЛИТИЧКОГ СИСТЕМА

1. Простор као претпоставка и чинилац политичког система

Простор као битан елемент политичког и интегришући фактор друштва у многе је као такав био откривен већ од стране старијих писаца. За велики значај који географским чињеницама припада у погледу политичког живота знали су и снажно га наглашавали Платон и Аристотел, Бодинус, Макијавели, Монтеѕкје и Хјум (Hume), Хердер и Хегел. (В.: Maul: Politische Geographie, 1925, 1 ил.). Још средином прошлог столећа теорија је поседовала веома јасну представу о повезаности и односу земље и државе. (Ср. на пример: Bluntschli: Allgemeine Statslehre, 1875, 254 ил.). Тек у потоње доба, када је почела општа дегенерација политичке науке и која је трајала отприлике све до I светског рата, јако јуридикцирана теорија државе занемарила је те и друге везе и односе. Но, концем XIX столећа политичка географија, упркос многим недостацима, почела је да политику посматра са „земаљског“ становишта. Тај приступ постао је убрзо распрострањен у виду „геополитике“ и био изнова оживљен и продубљен од стране Швеђанина Кјелена (Kjellén: Der Staat als Lebensform, 1917; превод на српскохрватски, притично „слободан“, појавио се 1923. под насловом: Држава као животни облик).

За неопрезне присталице политичке географије и геополитике ваља свакако оно што је Фогел (Vogel) казао о радовима једног од њихових пионира, Рацела (Ratzel): из њих се могу навести, у прилог тврдњи сваке врсте, па макар оне биле међусобно опречне, исправне мисли као докази. (Vogel: Politische Geographie) 1922, 634). Међутим, опрезнијим истраживачима, као наведеним Фогелу и Маулу, било је јасно да политичко деловање пространих услова не може увек да се објасни непосредно, већ околинским путем, преко политичког понашања људи, које се мора анализирати најпре као војна и прехрамбена политика, те општа саобраћајна и национална политика, пре него што се доведе у везу са геополитичким категоријама. О „непромењивим природним законима“, о неком „гвозденом закону геополитичких утицаја“ (Henning: Geopolitik, 1928, 7) не може уопште бити речи. Политичко понашање никада не може да буде искључиво зависно од било каквих статичних природних закона географије. То неколиким речима добро сажима један историчар, протежући наше ставове на област културе: „Околина... није толално

проузроковање (causation) у обликовању културе... Она је, ван сумње, најистакнутији појединачни чинилац... Али, ипак постоји један неодредив чинилац који сасвим слободно може најбоље бити означен као *x*, непозната величина, очито психолошке врсте... Ако *x* и није најистакнутији чинилац у овој области, он је извесно најважнији, најсудбинскији". Means: Ancient Civilization of the Anes, 1931, 26.)

Политички систем, држава напосе, није стога ни „везани за земљу кмет територије”, како је тврдио Кјелен, додајући: „Замислимо да се сви становници Шведске са краљем и заставом на челу, као и с целом својом покретном културом, одселе, и населе у којем другом поднебљу — Шведску не бисмо могли са собом понети; за нама би лежала шведска држава мртва”. Та и сâм је Кјелен добро знао да постоје типови политичког система који се много не брину о својим „природним” границама, државе које се померају с места, да, штавише, једна земља може послужити као „тело” новима државама.

Простор, и то се готово по правилу губи из вида, разноврсним начинима делује на политички и културни живот.

Простор, најпре, не представља узрок одређеног понашања, нити ступа са неким чиниоцем у однос узајамног деловања. „Општи простор” или „просторност” (Simmel: Soziologie, 1908, 614) је само, попут времена, један од формалних услова, „conditiones sine qua поп”, без којих се одређени догађаји не могу одиграти, и не њихов позитивни, продуктиван узрок. То јесу, у одређеним случајевима, тек њихове „специјализације”. Државни простор, у првом реду државна територија, је управо једна таква „специјализација” простора уопште.

Сменд (Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 169 ид.) нарочито истиче повезаност подручја са духовном стварношћу. За њега политичка наука има за задатак да се бави територијом као предметом духовних доживљаја, као интегрисућим моментом политичке заједнице, уколико је територија момент заједничке политичке судбине, особито уколико се јавља као предмет одбране, ширења, насељавања, искоришћавања тла итд. Надаље, интегрисућа функција територије лежи у томе, што на њу пада тржиште испуњења државних задатака, који се с њом у вези постављају: она се преображава, постаје културни производ, и то не само као носилац појединих привредних и културних добара сваке врсте, него и као видљив преглед тоталитета „вредносног поседа” једне државе и народа. Уколико територија постаје и бива означена као „отаџбина”, „домовина”; она утолито репрезентује, снажније од било чега другог, особито у кризна и ратна времена, политичку и идеалну заједницу. С том функцијом територија се такорећи „дематеријализује”, и улази у ред „интегрисућих симболизација” једне неизрециве идеалне пуноће, идеалног тоталитета. Као што статут каквог удружења у својим првим члановима формулише сврху удружења, тако уставни значавају у истим таквим неисказив садржај државног живота, којега уређују тако што на прво место постављају симболизације тог садржаја: територију, заставу и грб, државни облик и државни карактер.

Што се саме природе међународних односа просторних даности и политичког (и уопште друштвеног) понашања тиче, она се по главно састоји у категорији изазова (challenge) и одговора на њега (response), једној категорији коју је „европеизовао“ енглески историчар и филозоф повести А. Тојнби (Toynbee), пошто је њен корен открио у темељним поставкама старокинеске метафизике, јину, начелу мировања, и јанга, начелу кретања и промене, која се налазе у сталном сукобу и цикличном смељивању. (В.: A Study of History, I, 1956, нарочито 271 ил.). Полазећи од те категорије, у којој околина стоји на месту „изазова“ а људски чинилац на месту „одговора на изазов“, открио је Тојнби тајну настанка низа цивилизација: египатске, сумерске, старокинеске итд. У суштини, одговор се ту састојао у великим заузећима земљишта и његовом искоришћавању, величанственим овладавањима простором. У тим актима, чији је појам Тојнби оставио уопштеним, ми видимо изворне политичке акте, постављање такорећи „праустава“ друштвених система. У тој тачци се наше гледиште додирује са схватањем Карла Шмита (Carl Schmitt). Но Шмит, заробљеник сопственог појма политике, није спознао политички смисао тих великих аката, већ их је исључиво видео као правне. Он, наиме, није дошао до тога да је политика динамика права, а право статика политике. На пример, Шмит каже: „Велики пра-акти права остају, напротив, локализације везане за Земљу. То су: заузећа земљишта, утемељења прадова и оснивање колонија“. (Notos der Erde, 1950, 15). Право и јесте, уколико је Шмитово гледиште исправно, просторни поредак — у смислу локализације система норми. Но пра-акти које он наводи сами по себи не садрже норме. Они стварају само претпоставку њиховог настанка и оживотворења.

2. Народ у биолошком смислу као чинилац политике

Најпре ваља повући разлику између народа у биолошком смислу, као природне творевине, и народа као творевине културе, народа у културном смислу. У првом смислу народ се схвата било као раса, било као становништво. У другом, он се поима као нација. Наше излагање обухватиће сукцесивно обе творевине у њиховом односу са политичким животом.

Натуралистичко схватање појма народа одговара једном духовном ставу који датира из блиске прошлости, особито између два рата, и који је настао као реакција на једнострану спиритуализам просветитељства, нашавши се против њега с геслом „крв против духа“. Један тад популаран правац политичке антропологије хтео је да политички систем, особито државу, пореди раси и политичко понашање сведе на сразмерно непроменљиво крвно наслеђе. Масовно деловање испољила је политичка теорија раса особито у Немачкој, где је под владавином националсоцијализма као екстремног национализма „расна чистота“ постала политички идеал највишег ранга. Као парола дана, та теорија је била промовисана и „примењивана“ — данас се зна како — од стране представника нацистичке власти. Она је, међутим, имала уза се и „школу“, на чијем је челу стајао у

првом реду Ханс Ф. К. Гинтер (Günther: Rassenkunde des deutschen Volkes, 1922, итд.), чији су учитељи били деветнаестовековни француски племић Гобино (Gobineau) и понемчени Енглез Х. С. Чемберлен (Chamberlain). Но политичка теорија раса била је у одређеној мери утицајна и у Сједињеним Америчким Државама (В.: Madison Grant: The Passing of the Great Race, 1923).

Истини за вољу, политички протагонисти се нису држали у својим поступцима дотичне теорије; за њих она није била ништа друго до пуки инструмент бруталне шовинистичке и империјалистичке воље за моћ. Лично, ни сам Хитлер није у њу много веровао, премда је, у свом бесконачном цинизму, до последњег тренутка наставио да из ње извлачи најјезивије консеквенце. (В.: Picker: Hitlers Tischgespräche 1941—1942, 1951, 305 илд., 312 илд.). Из овог документа следи да је Хитлер пре веровао у супротност њеним налазима, рецимо у расну супериорност полтавских Украјинаца над Холанђанима и Норвежанима, па чак и Јевреја над Аријевцима уопште; његова тврдња о „генијалном Стаљину“, стр. 113, говори ту сама за себе. Колико је Хитлер „дубоко“ поимао категорију расе такође сам за себе говори навод из његовог главног списка: „Свака животиња пари се само са другом истог соја: сеница иде сеници, зеба зеби, рода роди, пољски миш пољској мишици, кућни миш кућној мишици, вук вуцици итд.“ (Mein Kampf, 1930, 311).

При свем том, сама та теорија, која почива на уверењу да је открила „непокретног покретача“ политичког као и свег другог културног збивања и утврдила га са сигурношћу природних наука, допуштала је својим неодређеностима и произвољностима сваковрсне манипулације, па, донекле, и приказане. Наиме, већ код појма расе почињу једва савладиве тешкоће политичке и социјалне антропологије. Она није нашла начина да повуче разлику између примарне или природне расе и секундарне или културне расе. Под природном расом требало би схватити једну изворну заједницу порекла, чија су битна својства наследна. Да ли уопште постоје такве природне расе, то јест да ли су наслеђена својства, и која међу њима, изазвана клично, а не изазвана околином, да ли трајно и у којим временским размацима тло, клима, исхрана, друштвени положај итд., играју одлучну улогу при обликовању секундарне расе, како након Ламарка (Lamarck) претпостављају на пример Рацел (Ratzel), Крузе (Kluse) и многи други, или да ли та улога припада природном одбиру који води до преживљавања „најбољих“, како након Дарвина између осталих мисле Фишер (Fischer), Ленц (Lenz) и популарни расни теоретичари, научно се не може сматрати решеним. Сигурно је, ипак, да и друштвени начин живота трајно доводи до несвесног одбира. (Luschan: Völker, Rassen, Sprachen, 1922, 76). Да су, с друге стране, извесна телесна својства у својој клици независна од околине, доказали су године 1901. поновно откривени закони наслеђивања августинског монаха Грегора Мендела. Али без сумње могу трајно опетовани мешовити бракови и постепено учвршћење крви довести до настанка нових раса. На тој претпоставци, као и на теорији мутација, почива владајуће схватање о истом пореклу це-

лог људског рода. (Günther: нав. дело, ср., 251 идд., 308). И подела раса крајње је колебљива. Постоје истраживачи који признају само три расе, неки тридесет две, штавише шездесет и више раса. (Hertz: Rasse und Kultur, 1925, 26 ид.).

По правилу, расе се деле према главним подручјима њихове распрострањености у различитим деловима света, и то најпре у обликоване кругове. Унутар европског обликовног круга разликује Фишер нордијску, западну (медитеранску), динарску и источну (алпину) расу, а да се тиме ни приближно не исцрпљује расна слика Европе. (Fischer, in: Anthropologie, 1923, 150 идд.). Као клично изазвана расна својства важе облик и боја косе и очију, облик лица и боја коже, раст и индекс лобање. Значај појединих обележја за поделу раса, такође је врло споран. Никакав резултат за поделу раса није показао ни испитивање крвних група. Наочиглед таквом стању ствари, где је још увек све „у току“, није чудо што неки истраживачи хоће да уопште одвоје социјалну антропологију од теорије раса и одустрану од узимања у обзир питања наследности разлика међу људима. Тако (Ploetz, in: Anthropologie, 1923, 588).

Пронацистички истраживачи, при свем том, били су се дали, следећи Гобиноа (Gobineau, Essai sur l'inégalité des races humaines, 1853), на утврђивању *хијерархије* међу европским расама, што би, даље, требало да утиче и на њихове међусобне политичке односе, и то је заправо једини њихов „допринос“ целом овом крајње спорном питању. На прво место стављена је плавоока и плавокоса нордијска раса, на друго динарска, на треће западна, а на четврто источна раса. Најнижи положај на тој лествици припао је јеврејском народу, као једном азијатском, расно мешовитом саставу — одакле је прећутно дат закључак, да том народу није место у Европи. В. и: Günther, Rassenkunde des jüdischen Volkes, 1930, нароч. 208 идд.).

Али, с уделу појединих раса у образовању народа процене се навелико разилазе, и мање су или више произвољне. Код Гинтера, примерице, удео нордијске крви у немачком народу мењао се према издањима његове књиге „Rassenkunde des deutschen Volkes“, у 4. изд. он износи око 60%, у 15. изд. само још око 50%; источна примеса требало би да износи око 20%, динарска око 15% и западна око 2%. Амерички расни теоретичар Грант, на кога се Гинтер иначе радо позива, хоће — „вероватно ради омаловажавања немачког народа“ (Günther) — да Немцима удели свега 10% нордијске и целих 90% источне крви. Уопште узев, шта је својеврстан допринос ствари, истраживачи и теоретичари других земаља, рецимо П. Сорокин и Кон (Coon), јако оспоравају превласт нордијске расе у немачком народу, који је, по суду и властитих озбиљнијих научника, један од расно најмешовитијих народа Европе. (Müller — Freienfels: Psychologie des deutschen Menschen und seiner Kultur, 1930, 22 идд.). Да се, опет, у политичке сврхе, расни састав и слика једног народа могу из основна различито сагледавати, показао је на особито прехуморни начин Мусолинијев (Mussolini) „Popolo d'Italia“ за време првог светског рата, у вези с Румунима: док су они оклевали да објаве рат Централним силама, тај их је великоиталијански лист назвао мешавином битанги и варварских пранарода, а када су они коначно

поднели жељковану објаву рата, били су названи „достојним сино-вима старих Римљана”. (Goldstein: Rasse und Politik, 1925, 152).

Уз све ове неприлике које је појам расе задавао политичкој науци, не би га, ипак, сасвим требало одстранити из ње; он је, научно узев, недовољно истражен. Пажњу, наиме, заслужује теза сасвим супротна крајње националистичким и био-народњачким схватањима: *да култура, укључујући и државу, настаје тек мешањем раса*, теза коју је изнео нико други до сâм Гобино (нав. дело, I, liv. I, ch. IX et XI), коју је подржао Ниче (Nietzsche) и разрађивао Гумплович (Gumpłowicz: Grundriss der Soziologie, 1905, 194 илд.).

§ 3. Народ у културном смислу (нација) као чинилац политике

Народ као културна творевина јавља се као политички чинилац и у Старом и у Средњем веку, премда тада његова политичка улога није увек била ни истакнута ни одлучујућа. До у XIX век не постоји ни пракса ни теорија политике која би се свесно ослањала на културну особеност народа. Такође ни народно освешћивање, које почиње у Западној и Средњој Европи са Препородом, а концем XVIII столећа на европском Истоку и данас у Азији и Африци, нема најпре никакав однос са политичком организацијом народа. Тек у време када наступа секуларизација, то јест опште слабење религијских веза и лабављење религиозних заједницава, као и потреси династичко-монархијских облика власти и њихово ишчезавање — један низ очигледно међузависних процеса, јер „престо и олтар” држали су се готово увек заједно (ср. на пример: Deschner: Ein Jahrhundert Heilsgeschichte, I, 1982, 236 илд.) — успоставља се народ као „нација” и постаје носилац и господар судбинских збивања. Од доба француске револуције, европски свет држава се у име народног и националног суверенитета спољнополитички наново дели и унутрашњеполитички из темеља револуционише.

Народ — нација се не сме схватити, као што смо показали, као природна раса, али ни као чисто духовна творевина. Не сме се о њему никако казати да је „заједница, а заједница је дух” (Liermann, Das deutsche Volk, 1927, 17). Природно и духовно ваља код њега схватити у смислу узајамног деловања. Сваки народ има своје телесно биће, које се одржава размножавањем. У тој својој природној црти народ је становништво; као таквог њега је могуће обухватити статистиком и медицином и он представља предмет демографске и популационе политике. Но ниједан међу развијеним, тзв. „културним народима” не представља изворну заједницу порекла. Сви су они срасли из расно и етнички веома различитих племена: данашњи Французи, на пример, постали су од Римљана, Гала, Брита, Германа, Италијани од Етрураца, Римљана, Келта, Грка, Германа, Сарацена. Српски народ уз главнину коју образују динарски и шопски Словени садржи и јаке примесе Влаха и Цинцара. У последње време развили су се Северни Американци у један нов народ састављен од скоро свих раса и народа на свету.

Но, ако народ не представља никакву изворну племенску зајединицу, он ипак трајно образује једну физичку спону генерација. Људи спојени религиозном, језичком, политичком или каквом другом везом, а делотворно нераздвојени правном забраном ступања у брак, образују трајним међусобним браковима један јединствени телесни састав и став, „хабитус“, једно стабилизовање крви, које се може означити као *секундарна или културна раса*. Heller, *Gesammelte Schriften*, III, 1971, 259). Та природа произведена културним чиниоцима, која се много више испољава у покретима, изразу лица и гестикулацији те у целокупном држању него у природнонаучним даностима, у стању је, сходно снази сопствене изграђености, и да са мање или више лакоће асимилује и стране елементе. Овде дакле није крв та која производи народ и његову просторну зајединицу, него је управо обрнут случај. И. Х. С. Чемберлен, који се уопште и не жели да упушта у научно одређење појма расе и сматра довољним то, што се позива на „расу у сопственим грудима“, мисли заправо само на ту културну расу, када каже: „Готово увек је нација, као политичка творевина, та која ствара услове за образовање расе или барем води до највиших, најиндивидуалнијих деловања расе“. И нешто касније додаје: „Природа и повед не показују нам ни један једини пример изразито племенитих, физиогномски индивидуалних раса које не би произашле из каквог мешања“. (Chamberlain: *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, I, 1915, 343 ил.). Стога дакле није природна раса та „која твори државу, већ обрнуто, држава твори такозвану расу“. (Lienmann: нав. дело, 28). Заправо је јединственост народног типа, будући да је политичка граница уједно и велика препрека склапању мешовитих бракова, уопште узев сусретљива само код мањих народа. Сви велики народи, напротив, показују мноштво народних типова, макар и познавали један идеални тип као жељени — довољно је овде примерице подсетити на безбројне скулптуре „динараца“ радот Мештровића, који сам, очигледно, није припадао тој раси.

При свем том, народна спона се не успоставља ни природним ланцем генерација, ни било каквим другим објективним мерилем. Додуше, заједничко порекло и простор, још више језик, религија, обичаји, уметност и наука могу постати од највећег значаја за стварање народа. Енглези и Северни Американци на једној, Данци и Норвежани на другој страни, говоре истим језиком и међу њима не постоје, код Југословена толико значајне, религиозне супротности, па ипак представљају различите народе. Нити је свако објективно обележје дано у свим случајевима припадности народу, нити су сва она заједно довољна да одреде суштину народа. Објективна мерила означавају увек само одређене претпоставке и могућности једне народне везе, која се тек мора *субјективно* доживети и актуализовати да би постала стварност. „Стога ако је немогуће“, закључује с тим у вези Георг Јелинек, „навести једно једино сигурно, објективно мерило нације, онда се једно такво не може наћи ни стабилном комбинацијом више елемената. Одатле произилази да нација није ништа објективно у смислу вањски постојећег. Она, напротив, спада у велику класу друштвених појава које се уопште не могу мерити

спољашњим мерилима. Нација је пре нешто суштински субјективно, то јест обележје одређеног садржаја свести. Једно мноштво људи, које се кроз мноштво заједничких, особених културних елемената и заједничку историјску прошлост обједињује и тиме зна да разликује од других, образује нацију". (Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 1914, 119). Тај неуклоњиви састојак субјективности потиче од признања права субјективитету у новије време: „Принцип новијет света", вели у прилогу томе Хегел, „уопште је слобода субјективитета да се све битне стране које су присутне у духовном тоталитету развијају долазећи до њеног права". (Philosophie des Rechts, Zusatz zu § 273).

Упркос томе, један наш савремени истраживач нације, З. Леротић, хтео би да анулира ту субјективну страну народно-националне везе; по њему: „Унутар главних знаствених теоријских праваца о нацији, мисаона израда одребења што је нација, коријени се у припадности или неприпадности одребеној националној (sic!) заједници, односно у структури друштвене групе унутар те заједнице или изван ње што указује на изванредну снагу (sic!) колективног несвјесног или другим ријечима на већу или мању немоћ појединаца да самоконтролом продру изван друштвено-класне и национално историјски створене ситуације у којој су затечени, до битних појмовних састава, важење којих би било универзално". (Нација, 1984, 241). Овој претендованој апсолутној етнодетерминисаности појединца и негацији могућности да непосредно досегне универзално, можда би најбоље одговорио Ренан: „Човек није роб ни своје расе, ни свог језика, ни своје религије, ни тока својих река, ни правца ланаца својих планина. Једна велика скупина људи, здрава духом и топла срца, ствара једну моралну свест, која се назива нацијом". (Qu' est ce qu'une nation, 1882, 29). Ту страну субјективности и слободе уврстио је и Устав СФР Југославије међу слободе, права и дужности човека и грађанина, следећим речима: „Грађанин није дужан да се изјашњава коме народу, односно којој народности припада, ни да се опредељује за припадност једном од народа, односно једној од народности". (Чл. 170. ст. 2.).

Отуда народ — нација не само да није, у целини узев, производ деловања одређених објективних чинилаца на појединца, него је и сам, заузврат, производ и његове свести, који се зато стално изнова мора стварати; објективно и субјективно, несвесно и свесно, овде су у сталном међусобном саусловљавању. Зато ваља релативно дати за право Лазарусу када каже да појединци „нису народ, они га само непрестено стварају". (Lazarus, Was heisst national?, 1880, 13). Односно Ренану, када у нацији види „један свакодневни плебисцит".

Изнад народа у културном смислу, то јест нације, не уздиже се никаква „нација у политичком смислу", појам поникао у свеколикој западноевропској политичкој теорији, а данас видљив у изјавама и пракси представника оних држава које настоје да своје народно хетерогено становништво хомогенизују у једну нацију. То гледиште, које рецимо Леротић назива „статистичким" (Нација, 49 илд.), врло јасно и језгровито излаже Фр. Ј. Нојман (Neumann), у својој одлучној и још увек меродавној студији, на следећи начин: „Али

нација у једном другом значењу, које је у новије време, нарочито под утицајем иностране језичке употребе, стекло важност више него раније, јесте: Укупност припадника једне државе која (укупност) изгледа способном да створи једну нацију у правом смислу (тј. културном, М. П.) или једна таква која у целини или највећим делом обухвата у себи, као главни састојак, становништво те државе". (Volk und Nation, 1888, 132 ид.). Да једна нација у правом смислу може постати политички чинилац, и чак се поистоватити са једном државом, створити такозвану „једнонационалну државу“, није спорно. Но почетак Најманове дефиниције говори, међутим, о нечем сасвим другом, о *нацији у настајању*, што заправо представља срж питања о нацији у политичком смислу, које своју политичку оштрину нарочито добија у вези са настајањем нације асимилацијом припадника других етничких или националних скупова. Сам Нојман то истиче: „Али су за нас свакако нације (у политичком смислу) припадници Немачког Царства, чак и ако говоре литвански, дански или словенски, не мање припадници Француске, ако говоре баскијски, фламански или келтски, једнако припадници Италије, чак и ако је њихов језик француски или словенски итд. Јер култура, која происходи из тих државних творевина, може такође да асимилује припаднике других култура, других нација (у том смислу). Таква снага, наравно, не побеђује повуда. Али она је присутна и непрестано делотворна. Њу је Наполеон имао на уму када је изрекао касније често цитиране речи: 'Французи уопште немају националност'... И коначно је оном дефиницијом такође објашњено, због чега имамо обичај да се почињемо колебати чак спрема становништвима великих држава, као на пример Аустријског или Турског царства, у односу о коме је овде реч, и док без оклевања говоримо на пример о немачкој, италијанској или енглеској нацији, такође о мађарској или руској нацији (у том смислу), ипак смо сумњичави када треба говорити о *аустро-угарској нацији* или некој *западноаустријској* нацији, односно нацији земаља заступљених у аустријском Царском већу или чак о једној *турској* нацији, односно о једној нацији непосредних посуда Турске. (Volk und Nation, 131, 135).

Леротић „храбро“ процесу културне асимилације и његовом оправдању одриче *леgitимност*: „Намјера и пракса да се од скупине држављана чланова једне државе створи нација јест илеgitиман процес, који је добио пезоративан назив етатизам“. (Нација, 49). С тим се слажемо ако се асимилација врши кршењем права припадника једне нације, посебно основних људских, — јер нација, као таква, под *нормалним околностима*, не поседује, као што ћемо видети, никаква права у *правом смислу речи* мимо права својих припадника. Те праворушилачке асимилације врше особито тоталитарни режими, који и иначе ускраћује појединцу његова људска права. Но, културној асимилацији као таквој, поготову ненасилној, може се додуше супротстављати, практично и псеудо-теоријски (како то чини на пример Леротић), али јој се не може одрећи легитимност. Легитимност претпоставља регулацију људских понашања правилима највишег реда унутрашњег или међународног права, а главни процеси асимилације текли су и теку мимо њихових забрана.

У вези са политичким деловањем нације нарочито је значајно и питање такозваног *права нације на самоопредељење*, то јест права нације да створи сопствену државну заједницу. Та правна конструкција стара је колико и ступање нације на политичку позорницу у улози главног актера. Нарочито је у том погледу значајан допринос италијанске школе међународног права, која је, на челу са Маничинијем (Mancini: *Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti*, 1851), хтела да основ међународног права види у нацијама као *субјектима*. Нација као посебан субјект права, као *морална личност*, особито се уврежила у свест бројних француских писаца јавног права; личности нације подредила је себи и „ушла“ у себе субјективитет државе. „Држава је”, вели Каре де Малбер, „једна личност само уколико персонификује национални колективитет”. (Carré de Malberg: *Contribution à la théorie général de l'Etat*, II, 1922, 178). За истог писца, држава и нација су „два лица једне једине личности” (нав. дело, I, 1920, 15). Одатле неминован закључак: „Начело целокупне суверености почива у нацији” — како је говорила Декларација права човека. „Одавде следи”, додаје Лавис, „да нације, колективна бића састављена од људи који желе да живе под истим законима, не теба да буду *ни управљане од стране туђина, ни утеловљене у целини или делом у стране државе*... Нација тако дефинисана представља апсолутну супротност према ранијим државама, које су окупљале, без да их уједињују, нације или фрагменте различитих нација, од којих ниједна није стварала свој закон”. (Lavissee: *Vue général de l'histoire politique de l'Europe (le principe des nationalités)*, 198. В. и: Spalaikovitch: *La Bosnie et l'Herzégovine*, 1899, 106 илд.).

Гледиште о праву нације на самоопредељење ушло је и у марксистичка учења, но најпре не без значајних ограничења. Тако је Енгелс говорио о „старом демократском, радничкој класи прилагођеном схватању права *великих европских нација* на издвајање и независну егзистенцију” (Karl Marx und Fridrich Engels, *Werke*, XVI, 1962, 156, подв. М. П.). Тек большевици истичу право *сваког народа* на самоопредељење укључујући и право на отцепљење — схватање које су изградили Лењин, Стаљин и Зиновјев. (В.: Бофа (Boffa): *Повијест Совјетског Савеза*, I, 1985, 68. Та мисао постала је основ норме свих устава Совјетског Савеза по којој совјетске социјалистичке републике укључене у СССР имају право на отцепљење.

Большевичко гледиште је најпре било изражено у Декрету о миру, а потом у Декларацији права народа Русије, које је 1917. године усвојио II конгрес совјета радничких и војничких депутата. У Декрету о миру стоји да „Ако се било који народ силом задржава унутар граница неке државе, ако му се упркос његовој жељи — и то израженој на било који начин, у штампи, у народним скупштинама, у одлукама партије или у облику устанака и побуна против националне подјармљености — не призна право да сам одлучи о облику свога државног постојања без и најмање принуде, посредством слободних избора, уз потпуно повлачење трупа земље које је тај народ дао, или трупа неке јаче нације, онда је то анексија, то јест окупација и насиље”. А Декларација о правима народа Русије говори

о „једнакости и суверености“ сваког народа и, пре свега, о „праву... на слободно самоопредељење, до отцепљења и до образовања самосталне државе“.

Али большевици, односно Совјети, ниједном народу Русије, осим финском, нису дозволили да се понаша у складу са тим актима. На њиховим територијама успостављена је совјетска власт не сопственим снагама, већ спољном интервенцијом Црвене армије, која је често рушила већ успостављене државне институције. Тако је било 1919. године у Украјини, 1920. године у Азербејџану и Јерменији, 1921. године у Грузији, 1940. године у Естонији, Летонији и Литви. (В.: Медведовић: Настанак совјетске федерације, 1980, 148 илд., 162 илд.; Бофа: нав. дело, I, 144 илд., 468 илд.).

Под утицајем Декрета о миру, амерички је председник Вилсон (Wilson) истакао право националног самоопредељења у својим програмским говорима 1918. године, који су били управљени на окончање првог светског рата. Његов програм су прихватиле све зараћене стране, и у његовом остварењу су настале две нове државне творевине: Чехословачка и држава Словенаца, Хрвата и Срба, која се ујединила са Србијом 1. децембра 1918. године. Но ни Мировни уговор, закључен у Версају 28. јуна 1919. године није поштовао право на самоопредељење у целини узев: он га је скоро сасвим ускратио побеђеној Немачкој. (В.: Laun, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, I, 1930, 247 илд.).

Савремено међународно право не признаје нацији правни субјективитет. Субјекти међународног права у првом реду су државе, уз то и међународне организације. (Dahm: Völkerrecht, I, 1958, 70 илд.). Тиме се отклања основна претпоставка конструкције једног надржавног права нације, какво је право на самоопредељење, које наука и пракса међународног права данашњице једнако одбијају да виде. Мислећи на право на самоопредељење, Ванглер каже: „Према позитивном општем међународном обичајном праву, сигурно је, напротив, да ниједна држава није дужна да напусти територију или да територију цедира ако становништво то захтева, а поготову ниједна држава није дужна да преузме територију ако становништво које на њој обитава то жели. Узимање у обзир становништва приликом једностраног или уговорног утврђивања државног подручја може се сада схватити само као једна од већине држава призната правнополитичка смерница, а да притом сама њена повреда не може учинити једно територијално стање противправним“. (Wengler: Völkerrecht, II, 1964, 982 илд.).

У суштини, право нације на самоопредељење може доћи до изражаја једино приликом нестанка једне државе или престанка постојања њене власти, наступања дакле једног *правног или политичког вакуума*, изазваног у првом реду ратном катастрофом или револуцијом. Тада нација може, позивајући се на своје право на самоопредељење, покушати да успостави сопствену државу. Но ни онда то није вршење никаквог права у правом смислу речи, — Шелер на пример зато ту говори о „моралном“ праву нације на револуцију (Scheler: Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 1966, 535), — него остваривање једне могућности легитимног сти-

цања државне власти. Само, то није ни једина ни једино легитимна могућност стварања нове државне власти. Национални принцип у време политичко-правног вакуума може доћи у сукоб са другим принципима, класног, страначког, религиозног порекла, и који ће од њих однети победу није ствар права, него историјског односа снага. Тако у Русији након большевичке револуције победу није задобио национални принцип, него класно-интернационалистички, који не само да је себи подредио посебне националне принципе, већ и, особито у средњој Азији, један једнако интернационалистички, пантурски и панисламски принцип (ср.: Бофа: нав. дело, I, 146, ид.), принцип који и данас у тој области показује изузетну животност. В.: Е. К. d'Ankoss: Расколотаја империја, 1982, 283 идд., 312 идд.).

Народ, односно нација, иако неопходан, није дакле ни једини ни најјачи чинилац стварања и интеграције политичког система, нарочито државе. Заправо, из стварности би пре следио обрнут закључак: да је држава, са својим средствима моћи, сасвим у стању да из језички и антрополошки различитих народа створи један једини. Примерице, француски народ захваљује свој јединствени језик севернофранцуским краљевима, који су такозвани *langue d'oïl* подигли до државног језика и учинили да продре против развијенијег *langue d'oc*. Истим путем наста је монопол енглеског језика у Уједињеном Краљевству и у САД, као и руског језика у Русији и СССР-у, да наведемо само најупадљивије случајеве.

§ 4. Примерда као чинилац политичког система

Однос политике и привреде једно је од најсложенијих, уз то и најмање истраживаних, питања политичке науке. Крајње натуралистичке и виталистичке теорије, које у политици виде природну борбу за опстанак и моћ, или функцију те борбе, подређују или утапају и економију у политици. В. рецимо: Hobbes: *Leviathan*, II, chap. 17 идд.; Spengler: *Der Untergang des Abendlandes*, II, 1922, 549: „Васцели живот је политика, у свакој нагонској прти, до у срж.“). Али и апсолутни спиритуализам, као Хегелов, даје првенство над економијом политици, односно држави као „исходишној тачци и резултату“ (*Rechtsphilosophie*, § 258). Насупрот овим тезама стоји рани либералистички и социјалистички идеал растакања политичког у економском.

Либерализам начелно велича схватање, да је у питању само једно: да се природа, изобличена „насиљем“ и „извештаченошћу“, поново успостави у својој природности, како је то говорио већ Адам Смит (A. Smith: *The Wealth of Nations*, 1776, I 212). А велики искривитељ и уништитељ природе за тај поглед на свет је управо држава. Она није ништа боље од кваритеља једне по себи добре природе, које се надаве огрешује о природни ток ствари, којег води у погрешном правцу, штавише његово корисно кретање, што ће рећи приватну иницијативу, уопште кочи или сасвим пресеца. Делотворност државе је стога ограничена на неприродност, у смислу да се помоћу неприроде државе укида неприрода друштва, рецимо злочин. Но

прекорачи ли држава границу коју јој поставља та неприрода, онда то не може значити ништа друго до искривљивање природе. Зато начелног либерала сваки државни захват у економски живот, свака економска политика у правом смислу речи, мора довести, као нешто безумно, до крајње озлојеђености. И док А. Смит још увек расправља без узбуђења, већ се његовом последнику, Херберту Спенсеру (Spencer), приписује „доживотна манијакална мржња на државу” (Hofstadter: *Social Darwinism in American Thought*, 1959, 35). Та убеђеност либерала почива на вери у „конкуренцију”, надметање, као основну законитост заједничког живота, да, штавише, људска слобода тек у надметању може достићи највиши степен свог развоја и донети и појединцу и друштву највеће могуће благодатање. Учесник у конкурентској борби, који може веровати да угађа само свом нагону за стицањем или славохлепљу, служио би у стварности на тај начин несвесно и невољно једном вишем добру. Ко стога такве нагоне задовољава најенергичније и најуспешније, може мирне савести себи да каже, да је на најбољи начин испунио своју дужност. Цела религија америчког пуританизма, давно пре Спенсеровог „социјал-дарвинизма”, имала је ту догму као један од својих стожера. (R. V. Perry: *Puritanism and Democracy*, 1944, 297 ил.). Отуда код појединих заступника тзв. „неолиберализма” једна „јакко изражена мисионарска свест” Nawroth: *Die Sozial — und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*, 1961, 5). Насупрот томе, вековечна искуства говоре да је искључиво природно мотивисани човек пре непријатељ него унапредитељ друштва. Природном човеку, „човеку-звери”, није место ниукаквој заједници вишег реда, самим тим ни у држави. Стога је рана критика, нарочито социјалистичка и анархистичка, али и конзервативна, с правом жигосала друштво које ради по начелу конкуренције као „анархију” (Енгелс, Proudhon), као „владавину права јачег” (Stahl), као природно стање (L. Blanc), штавише као рат (Маркс). Зато је већ умеренији либерализам, поготову онај који се залаже за такозвану „државу благодатања”, осудио крајности принципа слободне конкуренције. За тај светоназор данас је пре меродавно оно што је својевремено мислио Конт (Comte); а наимае да је особеност политичке економије поседовање начина, да се анархија систематизује. (*Soziologie*, I, 1923, 200).

Што се социјалистичког приступа тиче, њему је својствено да се не задовољава свођењем неприроде државе на неприроду друштва. Социјализам, нарочито у свом технолошко-утопијском стадијуму, напротив сматра да је обе неприродности, у првом реду злочин класног израбљивања, могуће докинути. Универзално средство тога је у првом реду *индустријализација друштва*. Техничко усавршавање индустријске производње било би управо онај чинилац који преводи друштво у стање природне законитости, до откривања оне природе која владавину чини сувишном, јер би пробудила урођену разумност људи у погледу важења техничких законитости. Због тога би услед потпуне индустријализације друштва не само државе него и право, постали сувишни, „одумрли” би; техничка правила са својом „природном” санкцијом учинила би сваку другу врсту нормативнос-

ти сувишном, довела би тако на концу до стапања даног и заданог. Стога и она владајућа класа, а то је наравно грабанска, која развија производне снаге, самим тим пресеца грану на којој та власт почива.

Отуда, по Сен-Симону (Saint-Simon), начелно важи: „Једно просвећено друштво... има једино потребу да буде администрирано”. Убеђење, да се свака влада може заменити управом, постало је вјерују генерација раних социјалиста. То уверење је на најпознатији начин формулисао Енгелс, говорећи о „превођењу политичке владе над људима у управљање стварима и руковођење производним процесима” (Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft, 1957, 46). „Политика је стога”, вели Сен-Симон, „наука о производњи”, а политичар се замењује „друштвеним физичарем”. Према: М. Leroy: Le Socialisme des Producteurs; Henri de St. Simon, 1924, 68, 51). До октобарске револуције, то је мишљење делио и Лењин. У свом делу „Држава и револуција”, писаном такорећи у предвечерје большевичког преврата 1917. године, он описује изглед будуће организације друштва на следећи начин: „Цела народна привреда организована као пошта, с тим да техничари, надзорници, као и сви државни службеници примају плату која не превазилази 'радничку надницу', под надзором и руководством наоружаног пролетаријата — то је наш најближи циљ. Ето каква држава и на каквој економској основи нам је потребна”. Због такве економске основе она неизбежно и одумире. „Држава” наоружаних радника стога већ „више и није држава у првом смислу речи”. Због тога Лењин с поносом може рећи да је таква „држава” више и боља од сваке демократије, то јест државе „која признаје потчињавање мањине већини, то јест ораганизација за систематско насиље једне класе над другом, једног дела становништва над другим”, па ће у комунистичком друштву и демократија одумрети, „одумреће сама од себе”. А као дубока претпоставка тог процеса јавља се опет свестран технички развитак, што га је, по Лењину, већ достигао капитализам његовог времена. Јер државне функције су већ кроз техничку револуцију већ „толико упрошћене и могу се свести на толико једноставне операције регистровања, књиговодства, контроле, да су те функције доступне сваком аналфabetи...”

Па ипак, сâм Лењин је, након победоносне револуције, напустио замисао о одумирању државе, о њеном нестанку чак и у комунизму. На дан 21. новембра 1920. године Лењин каже: „Комунизам је Совјетска власт плус електрификација целе земље...”, те додаје: „Комунизам претпоставља Совјетску власт као политички орган који пружа могућност маси угњетених да врши све послове — без тога се комунизам не може замислити”. (Полное собрание сочинений, св. 42, 1963, 30 ид.). Но, своја схватања о држави од пре октобарске револуције Лењин је ревидирао на сасвим јасан начин још 6. марта 1920: „Представницима старог схватања постало је јасно да се питање државе не може поставити на стари начин; уместо старог књишког постављања тог питања, под утицајем револуционарног покрета појавио се нов, практичан начин његова постављања... Сада је, према томе, питање државе прешло на други колосек, старо неслагање почела је да губи смисао. Уместо старе поделе радничког по-

крета никле су нове поделе, на прво место избио је однос према Совјетској власти и диктатури пролетаријата". (Тамо, св. 40. 207). Такође, политика је за њега престала да буде ствар доступна „сваком аналфabetи“: Он сада говори о политичкој „алгебри“ и „вишој“ математици“. (Дечја болест „левичарства“ у комунизму, 1949, 88). Искуство са политичком стварношћу, с оне стране сваке догме, уверило је Лењина да техничка правила напосто не воде човека у једном једином правцу, да она не искључују слободу избора. Другим речима, каузални токови, којих су та правила апстракција, *немају циља*, а управо то је услов могућности људског постављања циљева, самим тим и *политичких циљева*, унутар тих токова. „Прости каузални детерминизам“, вели с тим у вези Николај Хартман (Nicolai Hartmann), „је савршено неутралан спрам започињања виших детерминација и слободе у позитивном смислу“. Јер он је индиферентан, без смера, безазлен, будући да је нетенденциозан“. (Teleologisches Denken, 1966, 123).

Одавде следи, као за нас битна консеквенца, *политичка неутралност техничке и техничких правила*, њихова употрељивост „и на добро и на зло“, како је добро уочио Карл Шмит када је казао: „Техника није више неутрално тло... и свака јака политика послужитиће се њоме. Стога се може само у смислу једне привремености садашње столеће у духовном значењу схватити као век технике. Коначни смисао проиходи тек онда када се покаже која је врста политике довољно јака да се домогне нове технике, и која су збиљска груписања пријатеља и непријатеља што израстају на новом тлу... Но техника не може да учини ништа доли да појача мир или рат, она је спрема за обоје на једнак начин...“ (Carl Schmitt: Der Begriff des Politischen, 1979, 94).

Отклањање могућности техничке детерминисаности идеје „одумирање државе“ не мора, при свем том, значити и одбацивање идеје као такве. Но ако се прихвати, она не може више бити схваћена као „одумирање демократије“, већ, напротив, као њено *јачање*. Комунистичко друштво у том смислу било је остварење *максимума демократије* као једне *интегралне самоуправне демократије*, чије функције не би биле, у гореописаном смислу, технификоване, него безостатно понарођене. Зато је Маркс био у право, што и Лењин у „Држави и револуцији“ наводи, када је говорио о „будућој државности комунистичког друштва“. (Marx/Engels: Ausgewählte Schriften in zwei Bänden, II, 1952, 24).

Из претходног излагања довољно следи да држава и политика нису, апсолутно узев, „слуге“ привреде. Очигледна зависност државе и политике од финансијских извора не мења утврђено стање ствари, будући да се финансирање државе и политике не одвија на основу привредне, него политичке моћи. (Heller: Gesammelte Schriften, III, 171, 322). Али, и обрнуто је истина: економија се не може свести на пуко средство политичке моћи. Но релативно узев, у одређеним историјским раздобљима, на пример у време развитка либералног капитализма, утицај привредних чинилаца може бити преовлађујући,

као што је у одређеним повесним епохама, рецимо оријенталне монархије и апсолутизма, али и социјализма, економија потчињена политици. (Ср.: Scheler: Wissensformen und die Gesellschaft, 1926, 34 ил.).

Полазећи од овога, може се поставити следећа теза: у својим међусобним односима, политика и економија узрочно делују једна на другу, и то тако, што се одређене политичке побуде и понашања јављају као производ економских или и економских чинилаца, док се опет економске побуде и понашања испољавају као дело политичких односа и политичких снага. То узајамно смењивање економије и политике као узрока и последица одвија се у складу са схемом односа економије и духовне културе, коју је изложио Зимел објашњавајући циљеве своје „Философије новца“: „У методичком погледу та се основна намера може овако изразити: историјском материјализму подградити један спрат, тако да укључивању привредног живота у узроке духовне културе буде обезбеђена његова објашњавајућа вредност, али да управо оне привредне форме саме буду сазнате као исход дубљих вредновања и струјања, психолошких, штавише метафизичких претпоставки. За праксу сазнавања то се мора развијати у бесконачној узајамности: сваком тумачењу какве идеалне творевине каквом економском мора се прикључити захтев, да се ова са своје стране појми из идеалнијих дубина, док за ове опет ваља наћи општу економску подградњу, и тако даље у бесконачно. У таквом алтернирању и преплитању појмовно супротстављених сазнајних принципа постаје јединство ствари, које нашем сазнању изгледа неухватљиво а ипак његову везу утемељује, за нас практично и живо“ (Simmel: Philosophie des Gelds, 1920, VIII).

Са питањем узрочно-последичних веза између политике и економије тесно је везано питање односа центра економске и политичке моћи и њихова понашања. Није, наима, нужно да носиоци политичке моћи увек буду политички мотивисани, односно да се носиоци економске моћи увек руководе економским разлозима. Историја учи да је богатство увек служило као подстицај за освајање политичке власти. Својина над стаком условљавала је настанак аристократије код номадских народа, нарочито Јевреја и Арапа; својина на земљи била је претпоставка различитих патримонијалних владавина, од оријенталне деспотије до феудализма; поседовање новачног богатства и различитих врста технички употребљиве „интелектуалне својине“, довело је дилем савременог света до превласти међународних корпорација и иза њих стојећих технократа и циониста. Обрнуто, политичка моћ римских принцепса, као и средњовековне цркве и краљева довела је до њиховог страховитог богађења. Само је римокатоличка Црква у Средњем веку поседовала трећину целокупног европског тла, док је њена „посестрима“, руска православна Црква, имала, до октобарске револуције, тачније до „Декрета Већа народних комесара“ из јануара 1918, у својини такође једну трећину целокупне руске земље. (О томе: Deschner: Ein Jahrhundert Haailsgeschichte, I, 1982, 18, 101, 295). Али и бољшевици и њихова држава заједно са политичком влашћу узели су у својину целокупан индустријски и финансијски капитал, потом, најпре правно а затим и фактички, и целокупну земљу. Совјетска држава, истиче се тамо, не располаже пре-

дметима своје својине „само као сопственик, него и као носилац државне власти” (Венедиктов: Государственнаја социалистическаја собственост’, 1948, 320), што указује на један политички патримонијализам без премца у историји. Но, што је на једној страни веће стапање економске и државне моћи, то је на другој страни већа немоћ и беспомоћност. Истински постулат демократије — које је исто што и правна држава — потичавање органа власти истим правним правилима која важе и за друге појединце, тиме је нарушен до темеља. Зато је у праву и Р. Марчић када у име правне државе захтева *контролу* привредне делатности државе као један нови правни и политички задатак. (Marcic: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957, 269 илд.).

CONTRIBUTION A L'ETUDE DES FACTEURS
DU SYSTEME POLITIQUE

— Résumé —

L'article comprend quatre facteurs du système politique: l'espace, le peuple dans le sens biologique, le peuple dans le sens culturel (la nation) et l'économie. L'auteur a examiné l'effet causal de ces facteurs sur la politique, ainsi que l'effet causal de la politique sur eux.

Dans la politique une grande importance appartient à l'espace d'Etat, qu'à la position géopolitique du système politique. D'ailleurs il faut se rapporter avec réserve aux affirmations unilatérales des géopoliticiens qui parlent, par exemple, de la loi de fer de influences géopolitiques et pour qui le système politique n'est que „le serf” de son territoire. Il est exact que l'espace et la politique se rapportent l'un à l'autre come „provocateur” et „provoqué” et don l'interdépendence n'exclue pas la possibilité d'un libre choix et les constats des alternatives. Quant au peuple dans le sens biologique, particulièrement de sa constitution de race, son influence politique était, surtout entre deux guerres, sujete à nombreuses recherches. Celles-ci en général, n'ont pas donné des résultats d'importance scientifiques, tandis que et par contre, elles ont ouvert la porte aux nombreux dont le but était politique. Le peuple-la nation est un facteur politique beaucoup plus important surtout dans le dernier temps, quand on reconnaît à la nation le droit à la libre disposition”.

L'article, pourtant, montre de grandes limitations du droit à la libre disposition et indique que l'Etat, comme porteur du pouvoir, réussit souvent à créer d'un substrat populaire hétérogène une nation homogène. L'économie aussi est un facteur politique très important. Dans les théories socialistes précoces on affirmait que l'économie pouvait remplacer la politique. Le texte soutient un point de vue plus nuancé qui est basé sur la connaissance de la neutralité politique des legalités techniques. Cela veut dire que dans ses rapports mutiels la politique et l'économie agissent causalement l'une sur l'autre de telle manière que certaines impulsions et comportements politiques apparaissent comme produits des facteurs économiques ou non seulement économiques, tandis que les impulsions et les comportements économiques se manifestant comme l'oeuvre des forces politiques ou non seulement politiques.

ЖРТВЕ СЕКСУАЛНИХ ДЕЛИКАТА

Уводне напомене

Виктимологија (victima — жртва (лат.) и logos — знање, наука, учење (грч.)) у ужем смислу представља науку о жртвама криминалитета, односно извршених кривичних дела. У ширем смислу под виктимологијом се подразумева укупност знања о жртвама уопште: жртвама осталих кажњивих радњи и несрећа, жртвама друштва, државе и њених представника и група. Развој виктимологије је нарочито интензиван последњих година. Одржавају се национални и међународни конгреси посвећени проблемима жртве, ОУН доноси Декларацију о правди и помоћи жртвама, у многим земљама долази до промена у законодавствима са циљем да се поправи и учврсти правни положај жртве, проблем жртве се теоријски разматра и обрађује а врше се и истраживања жртва појединих деликата. Сва ова виктимолошка изучавања имају за циљ, према професору Шепаровићу, да анализирају многостружност проблема жртве, објасне узроке страдања (виктимизације) и развоју мере за редукцију страдања људи.¹

Улога жртве у настајању злочина може бити различита. Још давно је запажено да је проблем жртве кривичног дела стар колико и проблем самог злочина и да највећи број злочина има два партнера: извршиоца и жртву. Истраживања су показала да код великог броја кривичних дела (убиства, преваре, сексуални деликти и др.) постоји мноштво психичких интеракција између извршиоца и жртве. Поделу жртва могуће је извршити на различите начине, али се најчешће њихова типологија врши према доприносу у настанку злочина. Тако према Менделсону постоје: потпуно невине жртве, незнатно криве жртве, жртве подједнако криве као извршиоци, жртве провокатори или више криве од извршиоца и искључиво криве или претежно криве жртве.

Виктимолошка изучавања имају за циљ да смање број жртва проналажењем потенцијалних жртва и указивањем на ризик којима се појединци излажу да постану жртве. У том смислу се може говорити о постојању већег или мањег ризика или вероватности страдања, што зависи од низа биолошких, психолошких, социјалних и ситуационих фактора.²

¹ Шепаровић, др Звонимир: Виктимологија — студија о жртвама, Загреб — Београд, 1987., с. 21.

² Шепаровић, др Звонимир: Виктимологија, с. 29.

Жртве сексуалних деликата увек су у центру пажње виктимо-
лога. Виктимологија је своје прве резултате у истраживању односа
учинилац — жртва постигла управо код сексуалних деликата. То је
разумљиво, јер ови деликти задиру и најинтимније међуљудске од-
носе и личне вредности од посебног значаја за друштвени живот и
односе међу људима, а по својој природи захтевају непосредан кон-
такт између учиниоца и жртве. Сем тога, сексуални деликти су по
правилу деликти насиља, агресије, па их треба посматрати као део
укупног насиља које данас постоји у свету.

У ковиру феминистичког покрета (Susan Brownmiller: *Against
Our Will*) демистификоване су извесне предрасуде о силовању и ука-
зано је на потребу пружања помоћи женама — жртвама силовања и
деци, жртвама обљубе или противприродног блуда и блудних рад-
њи, која нису у стању да пруже ефикасан отпор да би сачувале сво-
ју интимност и интегритет. Код сексуалних деликата посебно је ана-
лизиран однос између жртве и извршиоца, јер, према неким схва-
тањима, агресивност представља саставни део полних односа, па са-
ма жртва доприноси сопственој виктимизацији. Велике су дискуси-
је вођене о томе да ли „нападну“ облачење, „слободно“ понашање,
избор места кретања и друштва, олако прихватање позива непозна-
тих лица или случајних познаника, представљају провокацију и иза-
зивају криминално понашање. Резултат ових дискусија било је ства-
рање нових типологија и врста жртава сексуалних деликата. Према
проф. Шепаровићу могуће је разликовати: индиференте жртве (слу-
чајне и наведене), предестимулиране (експониране и које излазе у
сусрет) и псеудожртве (имагинарне и фингиране). Према Амиру³ те-
рмин „victim precipitated“ обухвата све случајеве кривичног дела
силовања у којима је жртва стварно или је тако делинквенту изгле-
дало, била сагласна са сексуалним односом, али га је у последњем
тренутку одбила или није реаговала довољно снажно на сугестије
делинквента. За настанак кривичног дела одлучујуће је оно значење
које понашању жртве даје делинквент, без обзира да ли је тачно
или погрешно.

Виктимолошка изучавања жртава сексуалних деликата у на-
шој земљи нису бројна. Мали број радова је посвећен искључиво
овом проблему, док се у нешто већем броју радова жртве сексуал-
них деликата посматрају у склопу осталих виктимолошких питања.
Иако последњих година сексуална делинквенција није у знатнијем
порасту, жртве ове делинквенције заслужују више пажње у викти-
молошком истраживању. Стога је циљ овога рада да се на једном уз-
орку жртава сексуалних деликата на одређеној територији и у од-
ређеном периоду времена, укаже на извесне карактеристике ове ка-
тегорије жртава и тиме скромно допринесе њиховом потпунијем
сагледавању.

³ Amir, M.: „Victim precipitated forcible rape”, *The Journal of criminal law,
criminology and police science*, 1967/4, с. 495. Цит. према Николић — Ристановић
мр Весни: Утицај жртве на појаву криминалитета, ИРО „Светозар Марковић”,
Београд, 1984., с. 92.

Одређивање појма сексуалних деликата и жртве ових деликата

Одређивање појма сексуалних деликата врши се најчешће и најправилније уз помоћ кривичноправне дефиниције. Према томе, сексуални деликти су она „кажњива понашања којима се захвата у слободу одлучивања у области сполности или патолошке појаве у људској сполности”,⁴ односно то су кривична дела против достојанства личности и морала. Објект заштите ових кривичних дела су полна слобода и полни морал, достојанство личности и морал у области полног живота, слобода у области сексуалног одлучивања.

У старијим законодавствима било је предвиђено много више кривичних дела против полног морала и слободе него данас. Развој науке и културе, ослобађање људске свести од традиционалних и конзервативних схватања у области полних односа, допринели су да друштво све више препушта регулисање ових односа моралним нормама. Тако се према новијим реформама кривичног права у многим земљама не инкриминишу нека понашања која су раније сматрана изузетно друштвено опасним: прељуба, хомосексуални однос између одраслих лица са пристанком (у нашој земљи у КЗ Хрватске, Словеније, Црне Горе, Косова и Војводине), ванбрачна заједница између пунолетних лица, ваљбена проституцијом, појам блудних радњи сужава се на акте који делују изазовно,⁵ а ради избегавања стигматизације жртве, омогућава се повећан утицај жртве на судбину кривичног поступка (кривично гоњење по предлогу)⁶ Полни живот човека и његова полна слобода најинтимнији су део човекове личности, па је нецелисходно и друштвено неоправдано претерано уплитање законских норми у ову област. Због тога су у нашем кривичном законодавству инкриминисана само она понашања која вређајући полни морал истовремено вређају и неке друге друштвене вредности, због којих повреда полног морала добија посебно друштвено опасан карактер, или која сам полни морал вређају на нарочито тежак начин или нарочито штетним средством.⁷

Кривичноправно регулисање сексуалних деликата треба да буде засновано на детаљним истраживањима ове појаве у целини и појединих случајева. Сексуална делинквенција често је повезана са другим девијантним понашањима (проституција, алкохолизам, наркоманија, скитничења), а може представљати узрок за касније девијантно понашање извршиоца или жртве. Због тога криминолошка и виктимолошка изучавања у великој мери доприносе правилном и потпуном регулисању повреда полне слободе и морала кривичноправним нормама.

⁴ Шепаровић, др Звонимир: Заштита човјека — Кривично право, посебни део, Загреб — Београд, 1987., с. 69.

⁵ Јовановић, др Љубиша: Кривично право — посебни део, „Светозар Марковић”, Београд, 1983., с. 261.

⁶ Шепаровић, др Звонимир: Заштита човјека, с. 70.

⁷ Атанацковић, др Драгољуб: Кривично право — посебни део, „Привредна штампа” ООУР „Финансијски студио”, Београд, 1979., с. 178 — 179.

У теорији кривичног права извршена је подела кривичних дела против достојанства личности и морала на две групе: кривична дела против полне слободе (силовање — чл. 103 КЗ СРС, принуда на обљубу — чл. 104 КЗ СРС, обљуба над немоћним лицем — чл. 105 КЗ СРС, обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило 14 година — чл. 106 КЗ СРС, обљуба или противприродни блуд злоупотребом службеног положаја — чл. 107 КЗ СРС, блудне радње — чл. 108 КЗ СРС, завођење — чл. 109 КЗ СРС) и кривична дела против полног морала (противприродни блуд — чл. 110 КЗ СРС, подвођење или омогућавање вршења блуда — чл. 111 КЗ СРС, посредовање у вршењу проституције — чл. 251 КЗ СФРЈ, производња и растурање порнографских списа — чл. 252 КЗ СФРЈ и задовољење похоте пред дјететом — чл. 90 КЗ СР Хрватске).

Појам жртве се различито одређује у кривичноправној теорији. Има теоретичара који сматрају да је жртва кривичног дела свако физичко или правно лице којем је, непосредно или посредно, неко право или добро кривичним делом угрожено, повређено или уништено (Р. Vouza). Друга дефиниција жртве полази од тога да је жртва кривичног дела свако физичко или правно лице којем је неко добро или право кривичним делом непосредно угрожено или повређено (Ј. Таховић, Б. Марковић, Vouin-Leauté). Према трећем схватању жртва кривичног дела је свако физичко лице којем је неко добро или право непосредно угрожено, повређено или уништено кривичним делом (Шепаровић).⁸

КЗ СФРЈ и кривични закони република и покрајина не употребљавају термин „жртва”, већ „општећени”, „убијени”, „дивилно становништво”, „дете”, „ратни заробљеници”, итд. Тако се употреба термина „жртва” везује углавном за виктимолошка и криминолошка изучавања, која под жртвом подразумевају како жртву криминалитета, тако и жртву сопственог понашања (несрећа на раду, саобраћајна несрећа), жртву природе (поплава, суша, земљотрес), жртву индустријског напретка (загађеност околине), жртву радњи државних и других органа,⁹ жртву несреће.¹⁰ Према томе, жртве сексуалних деликата су физичка лица према којима су извршена кривична дела против полне слободе или полног морала. Кривичноправне одредбе придвиђају код већине сексуалних деликата да жртве (општећени, пасивни субјекти) могу да буду искључиво женска лица, деца, малолетна лица женског и мушког пола и немоћна лица (изузев код кривичних дела блудних радњи и противприродног блуда).

⁸ Цит. према Николић — Ристановић мр Весни: Утицај жртве на појаву криминалитета, с. 11.

⁹ Mendelsohn, В.: „La victimologie, science actuelle”, *Revue de droit penal et de criminologie*, 1959., No 7.; реферат поднет на I међународном симпозијуму о виктимологији у Јерусалиму, Израел (2 — 6. 9. 1973.).

¹⁰ Шепаровић др Звонимир: Виктимологија.

Извршењем сексуалних деликата може да дође и до тежих последица по жртву (тешка телесна повреда или смрт), а нарочито околности извршења ових деликата које погађају жртву, могу да се испоље у виду извршења дела од стране више лица, извршења дела на нарочито свиреп начин и извршења дела на нарочито понижавајући начин.

*Жртве сексуалних деликата извршених на подручју
Окружног суда у Нишу у периоду 1980 — 1985.*

На подручју Окружног суда у Нишу у периоду 1980 — 1985. извршено је 135 кривичних дела против достојанства личности и морала из надлежности овог суда. Највећи број — 75 (55,5%) извршено је кривичних дела силовања (чл. 103 КЗ СРС). Број лица оптужених за ова кривична дела износио је 128 због тога што је један број учинилаца извршио већи број кривичних дела против достојанства личности и морала (табела бр. I). Од судских предмета решаваних у периоду 1980 — 1985. по принципу случајног узорка са довољним елементима репрезентативности истраживања смо обухватили 65 предмета и анализирали 75 жртава сексуалних деликата на подручју Ниша и околине (општине Ниш, Алексинац, Бела Паланка, Дољевац, Гацин Хан, Ражањ, Сокобања, Сврљиг).

Табела I

Год.	чл. 103	чл. 103 у в. чл. 9	чл. 104	чл. 106	чл. 108	чл. 110	ук. к. д.	ук. опт.
1980	20	5	—	1	—	—	26	26
1981	9	3	3	1	1	4	22	19
1982	13	6	—	—	1	5	25	22
1983	10	6	—	2	1	2	21	21
1984	7	6	—	—	—	2	15	15
1985	16	4	—	1	1	5	27	25
УКУПНО	75	30	3	5	4	18	135	128

Казнена политика Окружног суда као првостепеног за ова кривична дела, огледала се у доношењу осуђујућих пресуда у већем броју — 79 (табела бр. II). Од оптужбе је ослобођено 7 извршилаца због недостатка доказа а у 5 случајева одбијена је оптужба због одустанка Окружног јавног тужиоца од оптужбе или због одустанка општењене као тужиоца од оптужбе. У овим случајевима коначном решењу умногоме је допринела сама жртва која је мењала исказ у погледу битних елемената за постојање кривичног дела (код силовања постојање напада и отпора пружаног за све време трајања напада) или, ако се радило о ранијим брачним друговима, због тога што је дошло до њиховог помирења и настављања заједничког живота.

Табела II

Год.	Осуђ. прес.	Изреч. м. безб.	Ослоб. од опт.	Одб. опт.	Обуст. пост.	Укинуто и прен. у нар. годину	УКУПНО
1980	14	—	4	2	—	6	26
1981	10	—	—	1	—	8	19
1982	14	—	1	—	3	4	22
1983	15	—	—	—	—	6	21
1984	9	—	—	—	2	4	15
1985	17	1	2	2	3	—	25
УКУПНО	79	1	7	5	8	28	128

Жртва у том случају опрашта, а свако даље вођење кривичног поступка и доношење осуђујуће пресуде могло би да изазове нове поремећаје. Јавни тужилац је одустајао од оптужбе а суд изрицао пресуду којом се оптужба одбија и у оним случајевима када је жртва изјавила да се са извршиоцем помирила и закључила брак. Тако је унето више еластичности у поступање *ex officio*, иако, према теоријским схватањима, брак не може да буде алиби за насиље.

Приликом одмеравања врсте и висине казне извршиоцима кривичних дела против достојанства личности и морала у првостепеном поступку суд је посебно ценио друштвену опасност ових кривичних дела и понашање извршиоца према жртви. Од олакшавајућих околности које се тичу односа жртве и извршиоца, суд је имао у виду да је жртва опростила извршиоцу, да је извршилац превезао до куће после извршења дела и сл. Као отежавајуће околности суд је оценио дрско понашање извршиоца према жртви, претходно успостављен однос поверења да би се жртва привукла (нарочито код крив. дела из чл. 106 КЗ СРС када су жртве малолетна лица), вређање, омаловажавање, дефлорацију жртве и сл. Значи, суд је узимао у обзир приликом одмеравања казне однос жртве и извршиоца непосредно пре извршења дела. Због тога је извршиоцима углавном изрицана казна затвора (само у једном случају извршења кривичног дела блудне радње из чл. 108 КЗ СРС изречена је новчана казна) у временском трајању од пет месеци до десет година (временски најдужа казна затвора изречена за пет извршених кривичних дела силовања и два покушаја силовања). Условна осуда је била изречена у седам случајева због кривичног дела покушаја силовања.

Међутим, запажа се да су првостепеним пресудама изрицане казне затвора у дужем временском трајању него што је то чинио другостепени суд када је по жалбама преиначавао првостепене пресуде. При томе, првостепени и другостепени суд се нису упуштали у анализу психолошких последица које је извршење кривичних дела оставило на жртви. Преглед жртве од стране вештака неуропсихијатра и психолога извршен је у 11 случајева, али не да би се утврдиле психолошке последице извршења кривичног дела према жртви, већ да

би се констатовао степен интелектуалне развијености малолетних и интелектуално заосталих жртава, као и њихове могућности запажања и интерпретирања догађаја. Колико налази и мишљења вештака могу да буду од утицаја, види се из једног случаја ослобађања од оптужбе због недостатка доказа да је извршено кривично дело из чл. 103 КЗ СРС, јер према налазу и мишљењу вештака оштећена (глувонема и на нивоу дебила) није могла да се прецизно изјасни о самом догађају и лицу које је извршило кривично дело.

Психолошкој анализи жртве треба посветити много више пажње због тога што код ових кривичних дела жртва трпи не само због извршеног кривичног дела, већ и због лекарског прегледа, детаљног испитивања од стране суда и изношења најинтимнијих појединости. Јавност је искључена са главног претреса, али о извршеном кривичном делу ипак сазна најближа околина. То свакако оптерећује жртве, поготово оне које су удате и имају децу, јер доводи до поремећаја у брачним односима и односима са децом (једна жртва силовања је изјавила да се не придружује кривичном гоњењу због тога што је „породична жена“). Овај моменат је такође значајан у процени психичке стабилности жртве и њене могућности да више пута на истоветан начин исприча догађај.

Исказ жртве — оштећене саслушане као сведока — често се не прихвата као веродостојан због тога што постоје разлике у наводима кривичне пријаве и онога што изјављује у истрази или на главном претресу саслушана као сведок. Запажа се да су ове разлике веће уколико поступак дуже траје. Стога би психолошко вештачење могло да допринесе расветљењу разлога због којих настају ове промене и колико су околности извршења дела на то утицале. Сем тога личност жртве је изложена једној новој ситуацији доказивања и суочавања, па од њене психолошке структуре и црта личности зависи како ће све ово прихватити. Због тога се дешава да један број жртава посустаје у доказивању пруженог отпора извршиоцу или се не изјашњава о детаљима догађаја који су за њу веома непријатни.

Посебно је важно проценити отпор који је жртва пружала извршиоцу приликом извршења кривичног дела силовања, јер отпор треба да буде озбиљан и трајан. То значи да жртва мора одлучно да манифестује одбијање полног односа, чак физичким супротстављањем, а не само речима и то од момента предузимања принуде, па до момента завршеног полног односа. Међутим, жртва је најчешће физички слабија од извршиоца и заплашена, те не може прецизно да се изјасни о отпору који је пружила. Поред тога, запажа се да су теже телесне повреде задобиле оне жртве које су пружале отпор физичким супротстављањем (ударањем неким предметом, гребањем, уједањем) од жртава, које због принуде извршиоца (држање руку, везивање марама преко уста, претње жилетом или ножем и сл.) нису могле да пружају све време отпор. Суд је правилно поступио када је и у овим случајевима утврдио постојање отпора ценећи физичке способности жртве у односу на силу и претњу којима је требало сломити отпор.

Преглед расположивог материјала у судским списима показује да се о жртви веома сүмарно прикупљају и износе подаци, угла-

вном следећи: године живота, занимање, запосленост, брачно стање и однос са учиниоцем. Много више података постоји о извршиоцу, што показује да виктимологија још увек није довољно практично примењена.

* На основу расположивих података о полу жртава сексуалне делинквенције у овом периоду, може се запазити да су у највећем броју случајева (у оквиру истраживаног узорка 72) жртве женског пола, док је знатно мањи број (од 75 жртава само две) жртава мушког пола (чл. 106 КЗ СРС — обљуба или противприродни блуд са лицем које није навршило 14 година). То свакако произилази из законских одредби о пасивном субјекту код кривичних дела силовања, принуде на обљубу, обљубе над немоћним лицем, која су по заступљености најбројнији сексуални деликти. Према законском тексту пасивни субјект код ових сексуалних деликата и кривичног дела завођења може да буде пунолетно или малолетно женско лице. Код кривичних дела обљубе или противприродног блуда над лицем које није навршило 14 година, квалификованих облика обљубе или противприродног блуда злоупотребом положаја (обљуба или противприродни блуд коришћењем посебног положаја према малолетном лицу и обљуба или противприродни блуд коришћењем посебног положаја према малолетном лицу које није навршило 14 година), блудне радње, противприродни блуд, подвођење малолетног лица или омогућавање вршења блуда са малолетним лицем, пасивни субјект, односно жртва, може да буде мушко и женско лице.

Из података о животној доби жртава сексуалне делинквенције види се да су жртве млада лица, што је разумљиво с обзиром на њихову сексуалну привлачност и смањену могућност пружања отпора због младости и неискљства.¹¹ У оквиру истраживаног узорка највећи број жртава имао је 14 — 25 година у време извршења дела (табела бр. III). То показује да је животно доба значајан фактор

Табела III

Животно доба жртве							
деца	14—18	18—20	20—25	25—30	30—35	35—40	40—45
6	13	7	11	9	7	4	4

Животно доба жртве							укупно
45—50	50—55	55—60	60—65	65—70	70—80	85—90	
5	1	3	2	—	2	1	75

ризика жртве код сексуалних деликата. Велики број малолетних девојчица, средњошколци, лако склапа познанства са неколико година или више година старијим мушкарцима, прихватају њихово удва-

¹¹ Истраживање извршено на подручју СР Хрватске показало је да су извршиоци насилне обљубе у преко 45% случајева ово дело извршили над особом испод 18 година. — Макра, др Андрија, Дујмовић, мр Звонимир и Лео Цви-тановић: Виктимологија и друштвена самозаштита с посебним освртом на силовање, „Наша законитост”, 5 — 6/85, с. 594.

рање, позиве да „слушају музику”, вожњу аутомобилом, а, када одбију сексуални однос, постају жртве силовања или принуде на обљубу. Оне обично важе за „лаке” девојке које мењају младиће и самим тим се од њих не очекује да пруже било какав отпор. Њихов пристанак да са мушкарцем побу у стан или убу у аутомобил сматра се као пристанак на полни однос или провокација за извршење сексуалног деликта. Иако морални лик жртве није од значаја за постојање кривичног дела силовања или принуде на обљубу, ипак, код ових кривичних дела жртва са „лошом” прошлошћу тешко успева да докаже да је постојала сила или претња од стране извршиоца а да је она пружала озбиљан и трајан отпор. У једном случају оптужено је четири лица због кривичног дела из чл. 104 КЗ СРС — принуде на обљубу малолетне оштећене која је имала у време извршења дела 17 година. Оптужени су се бранили да су са оштећеном одржавали интимне односе и да нису примењивали силу или претњу, односно да је оштећена добровољно пристала да са њима, као и са многим другим младићима пре њих, одржава сексуалне односе. Првостепени суд је најпре донео осуђујућу пресуду, јер је поверовао исказу оштећене саслушане као сведока да су оптужени, уз примену озбиљне претње да ће открити њеним родитељима да одржава интимне односе са мушкарцима, над оштећеном извршили обљубу. Приликом оцене исказа оштећене као сведока суд је имао у виду налазе и мишљења вештака неуропсихијатра и клиничког психолога, да је оштећена душевно и психички здрава и способна да се појави пред судом као сведок. Међутим, другостепени суд је пресуду укинуо сматрајући да је оштећена била неверљива и недоследна у својим изјавама о примењеној принуди и пруженом отпору. До казивања главног претреса није дошло, јер је тужилац одустао од оптужбе а оштећена као тужилац није преузела кривично гоњење.¹²

¹² Ханс в. Хентиг („The criminal and his victim”) посебно је анализирао проблем малолетне жртве сексуалних деликата. Приметио је да су малолетнице те које заводе, провоцирају и омогућавају својим пасивним понашањем да деликт буде извршен.

Нацова (Nau, E.: Die Glaubwürdigkeitsbeurteilung kindlicher u. jugendlicher Zeugen, Jahrb. d. Jugendpsychiatrie, Bd. 3, 1962. је код 27% испитиваних девојчица сексуално злоупотребљених установила сексуално предискуство и следеће карактеристике: шармантност, контактибилност, старост између 10 и 12 година, изразита склоност полним контактима, стално у потрази за љубављу, пажњом или нежношћу која им недостаје у породици.

Рајнхардова истраживања односа између учинилаца и жртава сексуалних деликата (на основу 150 судских списа) у швајцарским кантонима, показала су да су жртве биле девојчице од 12 — 16 година, које су сам чин провоцирале или добровољно трпеле (3/4) а само мали број (1/4) пружале отпор.

Шнајдер (Schneider: Der Täter und sein Opfer-Partner im Verbrechen, Vrl. Kindler, München, 1979.) истиче да је сексуално криминално догађање резултат динамичког процеса интеракције између учиниоца и жртве у чијој основи лежи предиспозиција неког да постане жртвом. Лепман је нагласио да неке врло мале девојчице нису покушале да беже, нису показале никакав отпор, већ мешавину полусаучесничства, радозналости и страха, телесну недоирнутост и ментално изазивање.

Цит. према Поспишил — Завршки, др Карла: Досадашње виктимологијске спознаје о жртвама сексуалних кривичних дјела, Приручник за стручно образовање радника унутрашњих послова, Загреб, бр. 4/1980., с. 341.

Одбрана већине оптужених због кривичних дела силовања или принуде на обљубу жртава од 18 — 25 година заснивала се на чињеници добровољног пристајка жртве да пође у стан или уће у аутомобил. То показује да је још увек низак ниво културе у граду и околини, као и да се женина лична и полна слобода не поштује. Разлоге за ове недостатке у култури и васпитању свакако треба посматрати у склопу повећане миграције и урбанизације једне још увек патријархалне средине. У оквиру истраживаног узорка нешто већи број кривичних дела извршен је у околним селима (39) него у градовима (36), с тим што се код једног броја кривичних дела извршених ван града ради о жртвама из града које су се налазиле у аутомобилу извршиоца или викендици.

Велики број деце и малолетних жртава сексуалних деликата указује на повећану друштвену опасност кривичних дела која припадају овом типу криминалитета. Прво сексуално искуство до кога је дошло путем насиља веома је значајно за даљи психофизички развој младе личности и оставља последице код једног броја жртава овог животног доба. Те последице, најчешће констатоване у лекарским уверењима и налазима вештака, огледају се у узнемирености, заплашености, депресивности.¹³ До одређених промена долазило је и у односима родитеља и деце. Жртве су изјављивале да су се после извршеног кривичног дела односи између родитеља толико пореметили да је дошло до развода брака, да се изгубио однос поверења који је до тада постојао код родитеља према деци и сл.

На основу података добијених испитивањем пунолетних жртава, може се закључити да је код удатих жртава изнад 20. године постојало стање шока, депресивности, деперсонализације дуго после извршеног кривичног дела. О поремећајима у виду узнемирености и заплашености изјашњавале су се жртве знатно старије од извршилаца, које су у време извршења кривичног дела имале шездесет и више година, нарочито ако је до извршења кривичног дела дошло изненада, упадањем у собу или пресретањем у башти, на путу, њиви. Код ових жртава телесне повреде су биле теже природе. Интересантно је да код извршилаца кривичних дела силовања знатно старијих жртава (у једном случају жртва је имала 85 година, а извршилац 23) нису констатовани поремећаји на психосоматској основи, али је, према изјавама оптужених и жртава, постојало стање алкохолисаности код извршилаца.

У литератури се често наглашава удео алкохола код сексуалних деликата и то како код извршилаца тако и код жртве. Када се ради о извршиоцима сексуалних деликата алкохол може да повећа постојећу асоцијалност и стимулише да се испољи агресивност или да отклони интелектуалне кочице, па се врше оне радње које се иначе не би учиниле. На сексуалног делинквента алкохол делује као

¹³ Мишљења аутора о психичким оштећењима деце која су жртве сексуалних деликата се разликују. Једни сматрају да дете због културне неизграђености није у стању да схвати смисао онога што се догађа са њим због чега и не може бити психолошког оштећења. Други истичу да сексуални деликти остављају најтеже последице на децу, јер доводе до повећања сексуалне раздражљивости, тоталног повлачења, конфликтне неурозе и психосоматских смењивих субјективног карактера.

снажан стимуланс за испољавање сексуалног нагона (изузев код потпуног пијанства) појачавајући садистичку и мазохистичку компоненту.¹⁴ На жртву употреба алкохола делује у смислу опуштања, недовољног размишљања о последицама и последицама, беспомоћности, недостатка снаге да се било што предузме према извршиоцу и попуштања моралних кочница. Промене су нарочито интензивне код оних жртава које нису раније употребљавале алкохол. У оквиру истраживаног узорка извршење дела под дејством алкохола и чињеница да је жртва била у алкохолисаном стању, утврђивано је само на основу изјава извршиоца и жртве. Само у једном случају суд је на основу налаза и мишљења вештака утврдио да је код извршиоца због употребе алкохола приликом извршења кривичног дела силовања постојала битно смањена урачунљивост.

С обзиром на животно доба жртава сексуалних деликата у истраживаном узорку, већина је неудата (односно нежењена — две малолетне жртве мушког пола) — 47, мањи број — 20 жртава је удато, 5 жртава су биле удовице а 3 разведене (табела IV).

Табела IV

Брачно стање жртве				
неудате (нежењене)	удате	разведене	удовице	укупно
47	20	3	3	75

Брачно стање жртава било је од одређеног утицаја на доношење одлуке за извршење кривичног дела у оним случајевима када су се жртва и извршилац добро познавали, када се радило о суседица или случајном познанству. У овим случајевима жртве су у већини случајева биле неудате. Удате жене су у већини случајева биле жртве непознатих извршилаца, изненадних напада на улици или упадања у собу док су биле саме.

Структура жртава према занимању и запослењу (табеле V и VI) показује да је највећи број жртава незапослен, из редова ученица и студенткиња (27) и домаћица (25), што је разумљиво с обзиром на њихово животно доба.

Код сексуалних деликата посебно је наглашена не само велика већина млађих жртава, већ и већина извршилаца у млађем жи-

Табела V

домаћице	НКВ и КВ раднице	студенткиње и ученице	завршена средња или виша школа	укупно
25	15	27	8	75

¹⁴ Лончаревић, мр Дарко: Кривична дјела против достојанства личности и морала — Истраживање на Округном суду у Загребу 1966 — 1970., ЈРККП 1/1974., с. 102.

Табела VI

запослене	незапослене	укупно
19	56	75

вотном добу. Посматрањем извршилаца ових деликата у истраживаном узроку, долазимо до закључка до је већина у животном добу од 20 — 40 година, да су нижег образовања, неквалификовани или са нешто вишим квалификацијама (индустријски, занатски радници) и пољопривредници. Категорије осталих занимања нису биле заступљене у истраживаном узроку.¹⁵

За виктимолошка изучавања сексуалних деликата посебно је важно анализирати однос између жртве и извршиоца. Сагледавање овог односа, поред потпунијег објашњења овог типа криминалитета, доприноси сузбијању ризика виктимизације и смањивању броја сексуалних деликата.

На основу расположивих података може се констатовати да је у оквиру истраживаног узорка однос познанства био најризиичнији (табела VII).

Табела VII

Однос жртве и извршиоца					
сродници	познаници, суседи	пријатељи	непозната лица	ранији брач. и ван- брач. државни	укупно
5	43	2	22	3	7

Жртва је у већини случајева (43) познавала извршиоца, што показује да је социјални контакт из ове врсте односа врло често извор мотива за криминално понашање. Познанства — површница и реба, становање у близини, повремене сусрети и разговори, стварају изгледа код извршиоца одребене услове да се формира одлука за извршење сексуалног деликта. Слично је и са односом суседства, који обухвата сталне и учестале контакте због близине становања извршиоца и жртве. Професионални однос и однос пријатељства јавља се веома ретко (само два случаја), што значи да јачи емоционални контакт смањује опасност од виктимизације. Приликом оцене ризика виктимизације међусобних односа жртве и извршиоца сексуалних деликата свакако да не треба заборавити утицај предрасуда и

¹⁵ Слично је констатовано и у другим истраживањима ових деликата (Лончаревић, мр Дарко: Кривична дјела против достојанства личности и морала, с. 106.; Пихлер, мр Станко: Кривична дела против достојанства личности и морала на подручју уже Србије, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1976., с. 58).

застарелих, примитивних схватања о жени као предмету поседовања, о њеном трпљењу, пасивности, постојању подвесне жеље да буде силована, да сама својим одевањем и понашањем изазива, провоцира извршење дела и да притом ужива. Због тога извршилац однос познанства често искористи за манифестовање своје „мушкости“.

Однос сродства није заступљен у знатној мери у оквиру истраживаног узорка, али то не значи да је мање значајан за процес виктимизације. Извршиоцу однос сродства са жртвом омогућава потпуни увид у услове живота жртве и лак приступ жртви. Углавном се радило о даљем сродству између извршиоца и жртве, а само у једном случају извршилац — очух полно је злоупотребио тринаесто-годишњу ментално заосталу пасторку искористивши њено поверење.

Ранији брачни или ванбрачни другови појављивали су се као жртве када је брачна односно ванбрачна заједница била правно или фактички прекинута извесно време пре извршења кривичног дела. Прекид брачне заједнице постављао се као услов за постојање кривичног дела силовања, с обзиром на то да према југословенском кривичном законодавству пасивни субјект кривичних дела силовања и принуде на обљубу може да буде само женско лице са којим се не живи у брачној заједници.¹⁶ Односи између ранијих брачних односно ванбрачних другова били су поремећени и после прекида њиховог заједничког живота, па је мотив за извршење сексуалног деликта у неким случајевима била освета. У тим случајевима, као и у случајевима још увек постојеће љубоморе, запажено је вербално вређање, физичко злостављање и понижавања жртве.

У истраживаном узорку постојало је неколико (три) ментално заосталих жртава на нивоу дебилитета.¹⁷ Извршилац је лако стварао однос поверења према њима (давањем новца, бомбона и сл.), а затим је долазило до полне злоупотребе. Притом је увек била наглашена претња да се о догађају никоме ништа не исприча, јер ће се жртви нешто непријатно догодити. Тако је попуштање жртве настало услед ниског интелектуалног нивоа и заосталности, који су довели до несхватања природе и значаја извршеног кривичног дела и односа потчињености према извршиоцу.

Посматрање пределинквентног односа жртве и извршиоца нужно намеће питање да ли је жртва према извршиоцу имала провокативно понашање и тиме допринела извршењу дела. Анализа понашања 75 жртава сексуалних деликата пре извршеног кривичног дела не показује постојање провокативног, дрског или изазовног понашања жртве, иако се одбрана оптужених заснивала углавном на истцању оваквог понашања жртве и на непостојању принуде. Свакако да је у једном броју случајева жртва била лакомислена, није правилно проценила ситуацију и ризик упуштања у одређену везу или познанство, што се може назвати „недостатком полног самопоштова-

¹⁶ Изузетак од овог правила постоји само у КЗ СР Словеније, који полази од тога да насиље у области полних односа не може бити дозвољено ни у браку, те да постојање брака не искључује противправност.

¹⁷ Међутим, ова кривична дела нису квалификована као обљуба над немобним лицем — чл. 105 КЗ СРС, јер душевна заосталност није процењена од стране тужиоца и суда као стање немоћи.

ња” (Поспишил — Завршки др Карла). На ово је потребно указати и у том смислу превентивно деловати нарочито на потенцијалне жртве женског пола, млађег животног доба, неударне, које без довољног размишљања или из авантуризма са великим поверењем прихватају случајна познанства или позиве. Када се ради о деци жртвама сексуалних деликата свакако би смањивању ризика да постану жртве умногоме помогло претходно упознавање са односима међу половима уз наглашавање поштовања своје и туђе полности.

Закључна излагања

Виктимолошка изучавања сексуалних деликата заслужују посебну пажњу у данашњем свету насиља и агресивности. Велики број жртава млађег узраста — деце и малолетника, трпе изузетно тешке последице психичке природе због извршења ових кривичних дела. Сем тога, код ове групе кривичних дела наглашена је секундарна виктимизација. Жртве сексуалних деликата доживљавају осуду своје породице, пријатеља, за њихов најинтимнији живот сазнаје широк круг познатих и непознатих људи, који не показују никакво саосећање за невоље које је претрпела или трпи. Још увек постоје такви друштвени ставови и уверења да је жена — жртва силовања „слабог морала”, да је она то „заслужила”, у њен исказ се сумња, у одбрану од нападача не верује. Током целог кривичног поступка, почев од подношења кривичне пријаве па до доношења коначне судске одлуке, жртва је изложена низу непријатности. Приморана је да стално понавља своју причу и све поново преживљава. Њену ситуацију отежава постојање једног броја лажних жртава и пријава, па се тражи детаљно изјашњавање о делу и учиниоцу. Све то може да утиче да жртва мења исказ, да изјављује да се не сећа детаља, да је мучи осећај кривице и да на крају преузме одговорност на себе.

Због постојања оваквих ситуација, жртва сексуалних деликата и току кривичног поступка требало би да буде медико-психо-социјално посматрана уз пуно уважавање њене личности. Овакво изучавање уз коришћење виктимолошких сазнања, свакако би допринело смањивању ризика виктимизације и изградњи ефикасних система заштите оних лица која су нарочито изложена ризику да постану жртве сексуалних деликата. На основу виктимолошких изучавања могуће је упозорити потенцијалне жртве сексуалних деликата (нарочито децу, малолетна лица и лица женског пола) на одређене ситуације посебно опасне, што би допринело отклањању или смањивању могућности да сексуални деликти буду извршени.

Dr SLOBODANKA KONSTANTINOVIC — VILIC,
professeur adjoint à la Faculté de Droit à Niš

VICTIMES DES DELICTS SEXUELES

— Résumé —

Les actes criminels contre la dignité de la personne et de la morale ou les délits sexuels méritent une attention particulière dans les études victimologiques chez les délits sexuels, par rapport à leur nature et leurs marques, aux victimes et leur qualités (biologiques, psychologiques et sociales) ainsi qu'à leur rapport avec le délinquant (les rapports sociaux prédélictueux) ont un rôle important pour la survenance du délit.

Les recherches victimologiques des qualités des victimes des délits sexuels (particulièrement des enfants, des mineurs, des retardés et des invalides) et des situations qui favorisent l'exécution des ces actes criminels, peuvent aussi contribuer à la réduction des risques de la victimisation.



ОСИГУРАЊЕ ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ

§1. Кратак преглед осигурања за случај незапослености у свету

Од најстаријих времена незапосленим радницима пружана је помоћ у најразличитијим облицима. Та помоћ није била стална, јер није била организована на неким нарочитим принципима, или, ако је имала какав-такав карактер сталности, ипак се није заснивала на социјално-правним принципима. Дакле, о таквој врсти помоћи може се говорити као о обичној милостињи, при чему је јавна власт, по правилу, предузимала само оне мере које су биле нужне да би сачувале ред и поредак¹.

Крајем XIX века незапосленост је у многим земљама представљала озбиљан друштвени проблем, нарочито у Енглеској и Немачкој. Са развојем индустрије незапосленост се повећава тако да се неорганизована борба против показала потпуно недовољном. Суочена са том чињеницом држава почиње да интервенише у област социјалног осигурања. Француска 1905. а Норвешка 1906. и Данска 1907. године донеле су прве националне законе о осигурању за случај незапослености уз одговарајуће државне субвенције касама за добровољно осигурање незапосленима. Законом из 1911. године Енглеска је прва увела обавезно осигурање за случај незапослености. Значај овог закона је огроман, не само што је по први пут у историји заштите незапослених увео обавезно осигурање, већ и због тога што је формулисао два изузетно важна начела: признање одговорности за несвојеволјну незапосленост и актјарско начело по коме се давања за случај незапослености прерачунавају у односу на уплаћене премије. Поучене примером енглеске већина земаља у свету увеле су, по правилу, систем обавезног, а само мали број систем факултативног осигурања за случај незапослености. Изван ова два наглашена система остао је само мали број држава. То су СССР и друге социјалистичке земље, пошто је у њима, према сопственим наводима, остварена пуна запо-

¹ Подробније о овоме види: Bureau International du Travail (BIT): L'assurance-chômage. — Etude de législation comparée. — Genève, 1925. La problème du chômage — Quelques aspects internationaux 1920—1928. — Rapport présenté a la douzième session de la Conférence internationale du Travail (mai—juin 1929). — Genève, 1929. BIT: Problèmes du chômage en 1931. — Etudes préparées par le Bureau International du Travail avec la collaboration de MM. Anssiaux, Cole, Hahn et Hersch. — Etudes et Documents, Série C № 16, Genève, 1931; BIT: Revue International du Travail, Volume VI, № 1. juillet 1922.

сленост². Иначе, пуна запосленост се различито дефинише код совјетских аутора који се баве проблемом запошљавања. „Као економска појава”, — каже П. П. Литвјаков — „пуна запосленост одражава оно што је битно, суштинско. Као такав одређујући моменат истула објективна нужност и могућност пуне запослености, тј. обезбеђење склада између потребе људи за радом у друштвеној привреди и њеног задовољавања. То уједно значи пуну запосленост целокупног радно способног становништва, пошто задовољавање потребе људи за радом у друштвеној привреди претпоставља да становништво запослено у домаћинству и на окућници, као и оно које се образује, нема потребе да се запосли: оно обавља разне друштвено корисне функције (вођење домаћинства, васпитање деце, итд.”³.

§2. Улога међународне организације рада и организације уједињених нација у области осигурања за случај незапослености

Развој социјалног осигурања, у ширем смислу, а тиме и осигурања за случај незапослености, имао је, историјски гледано, готово истовремену двоструку еволуцију, коју можемо пратити и данас — с једне стране на националном, а с друге стране на међународном плану. Наиме, све интензивнија миграциона кретања нужно су наметала потребу регулисања права из осигурања за случај незапослености на међународном подручју, а предуслов за такво регулисање било је постојање националног законодавства о истом предмету. Управо недостатак тих прописа резултирао је појавом међународних аката, а затим се као опште правило, јер би без тога међународно регулисање постало сувишно, поставило и стално прилагођавање интерног државног законодавства оном међународном, наравно уз нужну претпоставку, да је то зависило и зависи, о вољи сваке поједине државе.

У области запошљавања и осигурања за случај незапослености значајну улогу је одиграла Међународна организација рада (МОР), а нарочито су у тој области значајне конвенције бр. 2 о незапослености, бр. 88 о организацији службе запошљавања и бр. 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења, које је наша држава ратификовала⁴. Док конвенције бр. 2 и 88 уређују, пре свега, питања у вези са запошљавањем — политику запошљавања, спровођење те политике и организацију службе запошљавања, Конвенција бр. 102, поред оста-

² У изложеном смислу види Ј. И. Гандин: Как совјетскаја власт боретеја с безработницеј, Москва, 1927; К. И. Суворов: Великое завоевание совјетково народа в области труда — о ликвидацији безработници в СССР, Москва, 1965, стр. 31; М. Ј. Сонин: Актуалние проблеми использованија рабочеј сили в СССР, Москва, 1965.

³ П. П. Литвјаков: Научние основи использованиа трудових ресурсов, Москва, 1969, стр. 22.

⁴ Конвенције бр. 2 и 88 приказане су према текстовима објављеним у публикацији Међународног бироа рада „Convention et recommandations” 1919 — 1949, Genève, 1949. год., а Конвенција бр. 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења према тексту објављеном у публикацији МБР „Convention concerning minimum standards of social security”, Authentic text, Genève, 1952, стр. 11 и сл.

лих грана социјалног осигурања обухвата и грану осигурања за случај незапослености (Део IV: чл. 19—24), која је укључена у општи систем „социјалног обезбеђења”. Значај ове конвенције је огроман, и поред чињенице што су њоме постављене, као што и сам назив казује, само минималне норме које треба да представљају платформу за даљу изградњу социјалног осигурања, односно социјалног обезбеђења.

На међународном плану развоја социјалног осигурања, између осталог и за случај незапослености, треба поменути чл. 55. Повеле Организације Уједињених Нација која овој организацији налаже бригу о развоју економског и социјалног обезбеђења и чл. 22 Универзалне декларације о правима човека из 1948. који, поред осталог одређује, да сваки члан државе има право на социјално осигурање. Осигурање за случај незапослености детаљније је регулисано чл. 23, а нарочито чл. 25. где стоји: „Сваки човек има право на обезбеђење у случају незапослености... и другим случајевима губитка својих средстава за издржавање из узрока независних од његове воље”. На крају би поменули и Пакт о економским, социјалним и културним правима⁵ који у чл. 9. изричито одређује да државе потписнице тога пакта имају свим људима признати право на социјално обезбеђење које укључује и социјално осигурање и тиме, наравно, и осигурање за случај незапослености.

§3. Развој осигурања за случај незапослености у Југославији

У периоду до Уједињења старање о незапосленима, у земљама у којима је организовано, у почетку се јавља као делатност полиције, а почетком XX века и синдиката. У Краљевини СХС осигурање за случај незапослености уведено је Уредбом о збрињавању незапослених радника од 25. новембра 1937. године⁶. Од тада се о незапосленима почела старати посебна јавна самоуправна служба за посредовање рада која је заменила некадашње неуспеле државне берзе рада⁷.

После Другог светског рата, права и обавезе установе за посредовање рада преузели су синдикати. Године 1952. донете су две уредбе и то: Уредба о организацији службе посредовања рада⁸ и Уредба о материјалном обезбеђењу и другим правима радника и службеника који су привремено ван радног односа⁹, која представља крупан догађај у правном стваралаштву нове Југославије. Њоме је по први пут заведен систем материјалног обезбеђења радника за време привремене незапослености.

⁵ Закон о ратификацији Пакта као и сам Пакт види у „Сл. листу СФРЈ”, бр. 7/1971.

⁶ „Службене новине”, бр. 302—LXXII од 28. XII 1937.

⁷ За тај период нарочито види Илија П. Перић: Југословенско социјално законодавство, Београд, 1931. и од истог писца: Законодавство о збрињавању незапослених у Југославији, Хронолошки преглед с кратким садржајем, Београд, 1933; др Војислав Петровић: Незапосленост и старање о незапосленима у Југославији до 1941. год., Београд, 1957; Димитрије Туцовић: Законско осигурање радника у болести, инвалидности и старости, несрећним случајевима и беспослици, Београд, 1907, и др.

⁸ Уредба је објављена у „Сл. листу ФНРЈ”, бр. 20/52.

⁹ „Сл. лист ФНРЈ”, бр. 16/52.

Устав из 1946. године још није декларисао право на рад. Искуство земље у периоду обнове и изградње практично је тражио више реализацију начела обавезе рада него начело права на рад. Резултати нашег економског и привредног развоја, који су се испољили већ после 1950. године при прелазу на систем самоуправљања омогућили су да у Уставном закону из 1953. (чл. 5) буде први пут у нашој земљи формулисано право на рад. Устав СФРЈ из 1963. осим што је зајамчио право на рад и слободу рада (чл. 36), налаже друштвеној заједници да оствари што повољније услове за остваривање права на рад, а ако друштво не може то право гарантовати, онда мора у условима које предвиђа закон јемчити право на новчану накнаду за време привремене незапослености. Ни Устав као ни касније Основни закон о радним односима из 1965. године не говоре да ли накнаду за време незапослености треба сматрати формом осигурања или као облик социјалне помоћи. По Основном закону о организацији и финансирању запошљавања из 1965. године материјално обезбеђење за случај незапослености постаје предмет социјалне помоћи, односно социјалне заштите, а не социјалног осигурања.

§4. Данашње правно уређење осигурања за случај незапослености

Осигурање за случај привремене незапослености, Уставом СФРЈ из 1974. године уведено је, по први пут, на принципима обавезног социјалног осигурања. Према Уставу (чл. 163) обезбеђује се, у складу са законом, право радника на обавезно социјално осигурање и за случај незапослености, у самоуправним интересним заједницама, на начелима узајамности, солидарности и минулог рада. Са становишта правног уређења запошљавања и осигурања за случај привремене незапослености ова материја је предмет регулисања републичког и покрајинског законодавства. Законима република и покрајина¹⁰ са подручја запошљавања и осигурања за случај незапослености утврђене су, у складу са Уставом СФРЈ, републичким и покрајинским уставима, Законом о удруженом раду и другим системским законима из ове области, само норме које су од суштинског значаја за утврђивање и остваривање социјалне сигурности радника за случај незапо-

¹⁰ Закон о запошљавању СР БиХ (Сл. лист, бр. 30/85); Закон о запошљавању СР Црне Горе (Сл. лист, бр. 24/85); Закон о запошљавању СР Хрватске (Народне новине, бр. 46/82; 31/86); Закон за вработување и осигуравање во случај невработеност СР Македоније (Сл. весник, бр. 13/78); Закон о запословању ин заваровању за пример брезпослености (Урадни лист, бр. 8/78 са изменама и допунама 27/82); Закон о запошљавању СР Србије (Сл. гласник, бр. 26/85; 52/85; 46/86); Закон о изменама и допунама о самоуправним интересним заједницама за запошљавање и правима радника за време привремене незапослености САП Војводине (Сл. лист, бр. 14/78); Закон о запошљавању САП Косово (Сл. лист, бр. 25/84; 29/85; 30/86).

Споменемо да се називи горе поменутих закона у већини случајева међусобно разликују. Сматрамо да је назив „закон о запошљавању“ непотпун, јер „запошљавање“ не обухвата материјално осигурање незапослених. У питању су два различита садржаја у теоријском и позитивно-правном погледу. С тога, по нашем мишљењу, би назив овог закона требало да гласи: Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

слености. Конкретизовање, пак, права и обавеза предмет је и самоуправног уређивања у самоуправним интересним заједницама путем самоуправних општих аката, а на ширем подручју — путем самоуправних споразума и друштвених договора¹¹. Наведени нормативни акти, као и они из области социјалног осигурања и дечје заштите, представљају целовит и конзистентан систем осигурања за случај незапослености.

§5. Дефинисање појмова

Осигурање за случај незапослености, у најширем смислу, подразумева важећим правом установљени систем материјалног обезбеђења и других права осигураних лица за случај нескривљене и несвојеволне незапослености, а на начин, у обиму и под условима предвиђеним важећом регулативом из ове области. Циљ је ове гране социјалног осигурања да незапосленим радницима обезбеди минималну материјалну и социјалну сигурност за време трајања незапослености, као и шансу да се стручним оспособљавањем и преквалификацијом брже запосле. Као осигурани случај у систему осигурања за случај незапослености сматра се наступање „конкретне незапослености”, односно ризик незапослености. Ризик незапослености је стање незапослености у коме се налази лице које је вољно, способно и расположиво за рад, а које је лишено плате (зараде) у нас личног дохотка због непостојања објективне прилике да се запосли¹². Право као еманација државе не штити сва него само нека лица од ризика незапослености. У систему осигурања за случај незапослености осигурано лице је оно које је способно, вољно и спремно прихватити запослење, које одговара његовој стручној спреми или радној способности стеченој радом, које је без своје кривице незапослено и које се, у циљу запошљавања, пријави заједници запошљавања¹³ (у даљем тексту: радник).

§6. Права радника за случај незапослености

По сада важећем праву, осигурање за случај незапослености подразумева: право на новчану накнаду и здравствено осигурање по начелима обавезног социјалног осигурања; одговарајућу стручну и материјалну помоћ за време незапослености и при поновном запошљавању; стручно оспособљавање и преквалификацију ради запошљавања; додатак на децу; накнаду трошкова превоза и селидбе и друга права предвиђена важећом регулативом.

¹¹ Посебно је значајан у овој области Друштвени договор о основама заједничке политике запошљавања и њиховом остваривању у СФРЈ, „Сл. лист СФРЈ”, бр. 11/85.

¹² Тако и др Анђун Равнић: Ризик незапослености, Наше теме, Загреб, бр. 2—3/76, стр. 241.

¹³ Слично и по Закону о запословању... СР Словеније — чл. 21.

1. Право на новчану накнаду

а) Услови за стицање новчане накнаде

Новчана накнада је најмаркантније право, које, под одређеним условима, може стећи незапослени радник. Основни смисао прописивања ових услова, састоји се у томе да се радницима, који су против своје воље остали незапослени, омогући примање новчане накнаде из овог осигурања. Јер, губитком запослења, радник губи и свој једини, или бар основни, извор прихода.

Претходни радни стаж је први услов за стицање права на новчану накнаду. Наиме, право на новчану накнаду може остварити привремено незапослени радник који је био у радном односу најмање 9 месеци непрекидно или 12 месеци са прекидима у последњих 18 месеци (у даљем тексту: радни стаж). У Хрватској овај услов је нешто строжији — 12 месеци непрекидно или 18 месеци са прекидима у последњих 24 месеца. У радни стаж за остваривање права на новчану накнаду рачуна се време проведено на раду са пуним радним временом односно са најмање половином пуног радног времена, као и време привремене незапослености за које је радник примао новчану накнаду.

Да би радник остварио право на новчану накнаду дужан је да се, у прописаном року, по престанку радног односа *пријави заједници* запошљавања. Пријављивање заједници је доказ да незапослени тражи запослење, а даље периодично јављање доказ његове спремности да се запосли. Овај рок је различито регулисан и креће се од 30 дана у Словенији и Хрватској; 42 дана у Србији, Македонији, Црној Гори, Косову и Војводини и 60 дана у Босни и Херцеговини.

Несвојеволјна незапосленост је трећи услов и у вези је са престанком ранијег радног односа. Наиме, право на новчану накнаду може остварити само онај радник коме радни однос није престао на основу његове кривице или његове воље, осим ако је до тога дошло због премештаја брачног друга или из здравствених разлога радника и чланова његове уже породице.

Подаци о броју корисника новчане накнаде указују нам да су услови за стицање овог права доста строги, па мали број незапослених користе ово право. Тако, на пример, од укупног броја лица која су у децембру месецу 1986. године (1.084.518) у Југославији била пријављена заједници запошљавања као лица која траже запослење, новчану накнаду користило је само 32.928¹⁴, или свега 3,29%. Оваква обухватност незапослених радника овим обликом материјалне заштите је несумњиво уска. С друге стране, тенденција смањења броја корисника овог права присутна је већ неколико година.

Има више узрока који доводе до оваквог стања, али се пре свега истиче: претходни радни стаж и његова дужина.

Треба приметити, да је наше раније законодавство¹⁵ садржавало могућност по којој су, и без радног стажа, свршени ученици у при-

¹⁴ Извдр: „Индекс”, бр. 4/1987, стр. 49.

¹⁵ Уп.: чл. 2. Уредбе о материјалном обезбеђењу... из 1952; чл. 91. Закона о радним односима из 1957. год.

вреди и других нижих школа, ученици средњих стручних школа и студенти виших школа и факултета могли стећи право на новчану накнаду, уколико се нису могли по завршеном школовању одмах запослити. Сада важеће право не само да не садржи овакву могућност, већ је, у то смо сигурни, пренагласило претходни радни стаж и његову дужину и на тај начин правило о стицању права на новчану накнаду свело на изузетак, а изузетак претворило у правило, о чему сведочи изузетно мали број корисника овог права. Нема сумње да би обухватност незапослених радника системом материјалног обезбеђења била већа када би радни стаж био краћи, односно кад би њиме биле обухваћене бар неке категорије лица која први пут траже запослење.

б) Висина и дужина примања новчане накнаде

Висина новчане накнаде утврђује се законом и самоуправним споразумом заједнице запошљавања, с тим што не може бити мања од 50% од аконтације просечног личног дохотка радника оствареног за последња три месеца пре престанка радног односа, односно 60% од просечног личног дохотка у последњој години пре престанка радног односа — у Словенији, а најмање 75% зајемченог личног дохотка (Црна Гора); 80% (Србија и Босна и Херцеговина), односно не мање од зајемченог личног дохотка (Словенија).

Дужина примања новчане накнаде је у зависности од дужине претходног радног стажа. Најкраће време износи 3 месеца за 9 месеци непрекидног радног стажа или 12 месеци са прекидима у последњих 18 месеци. Горња граница различито је регулисана и креће се од 9 месеци у Македонији; 12 месеци за раднике са преко 10 година стажа у Словенији; 36 месеци ако радник има 15—20 година радног стажа у Црној Гори, односно 20—25 година у Србији. И по истеку времена за њено примање, исплата новчане накнаде наставља се: раднику који има више од 25 година радног стажа у Србији; односно 30 година (мушкарац) 25 година (жена) у Босни и Херцеговини и 20 година стажа у Црној Гори, до запослења, или до наступања неког од основа за губитак овог права; радници за време трудноће и за време за које жена има право на скраћено радно време после порођаја (у свим републикама и покрајинама); раднику кога заједница упути на стручно оспособљавање, односно преквалификацију (само у Словенији); у случају неспособности за рад по прописима о здравственом осигурању (сем у Словенији); раднику који је изгубио својство инвалида рада све време док се не запосли (само у Црној Гори).

Раднику који прима новчану накнаду у трајању дужем од 12 месеци — у Србији, односно дуже од 6 месеци — у Црној Гори, заједница запошљавања је, чим ово време истекне, дужна да износ новчане накнаде ревалоризује за проценат пораста личних доходака у периоду који утврди заједница самоуправним општим актом.

Ревалоризација новчане накнаде у складу са порастом трошкова живота предвиђена је у Србији као могућност и за раднике који

је примају мање од 12 месеци, ако пораст трошкова живота оправдава ово изузетно усклађивање.

Према званичним подацима¹⁶ висина просечне новчане накнаде по незапосленом раднику у Југославији у 1985. години износила је 9.710 динара и коришћена је у просеку 24 дана у години.

в) Губитак права на новчану накнаду

Право на новчану накнаду, према важећем праву, спада у категорију краткорочних права. Другим речима, ово право се, у одређеним законом прописаним случајевима, губи, без обзира на то што осигурани случај (незапосленост), евентуално, и даље траје. Тако, по Закону о запошљавању СР Србије (чл. 66), а са незнатним разликама и у осталим републикама и покрајинама, до губитка права на новчану накнаду долази у следећим случајевима:

- ако се радник запосли,
- истеком времена примања новчане накнаде,
- ако радник оствари право на пензију,
- ако радник постане потпуно неспособан за рад,
- ако радник оде на одслужење или дослужење војног рока,
- ако радник ступи на издржавање казне затвора дуже од 6 месеци, и
- ако се радник неоправдано не јави заједници у два узастопна рока или се два пута узастопно не одазове њеном позиву.

Наведеним случајевима додали бисмо и онај из чл. 16. поменутог Закона а по коме: „Лице које одбије понуђено запослење које одговара његовој стручној спреми, радним и здравственим способностима и породичним приликама, губи права која по овом закону имају незапослена лица”. Према томе и право на новчану накнаду. Да укратко објаснимо ове случајеве.

Пре свега, радник губи право на новчану накнаду запослењем. Разлог сасвим разумљив и једноставан. Новчана накнада је изгубила *raison d'être* („одиграла своју улогу”).

Други случај губитка права на новчану накнаду наступа истеком времена њеног примања. Наиме, наш систем осигурања за случај незапослености, примање новчане накнаде ограничава за извесно, дуже или краће, време. Са истеком тог времена престаје и ово право, без обзира на чињеницу, како смо то напред истакли, што незапосленост траје и преко исцрпљења тог права.

Трећи случај је сасвим логичан и сличан оном првом. Пензионер не може у исто време примати и новчану накнаду и пензију.

И у случају неспособности за рад и то потпуне и трајне губи се право на новчану накнаду. Незапослени радник, између осталог, мора бити способан за рад, а тога у овом случају нема.

Код ступања на издржавање казне затвора преко 6 месеци разлог за губитак права на новчану накнаду лежи у чињеници што рад-

¹⁶ Извор: Статистички годишњак Југославије, 1986. год., стр. 145.

ник не може да прихвати понуђено запослење. као и то да нико не може бити кажњен затвором, а да за учињено дело није оглашен кривим.

Надаље, право на новчану накнаду губи радник када оде на одслужење или дослужење војног рока, и овај разлог сматрамо престојим. Мишљења смо да је то разлог за обустављање а не за губитак овог права, како је то, уосталом предвиђено законима осталих република и покрајина.

Право на новчану накнаду радник губи и онда ако се неоправдано не јави заједници запошљавања у два узастопна рока или се два пута узастопно не одазове њеном позиву. Губитак новчане накнаде у овом случају темељи се на претпоставци да незапослени није вољан да се запосли. Помоћу те претпоставке несвојевољна незапосленост претвара се у својевољну — у питању је искривљено понашање.

И на крају, незапослени који одбије одговарајуће запослење губи право на новчану накнаду не само у нашем него и у међународном праву¹⁷.

2. Новчана помоћ

У систему осигурања за случај незапослености — новчана помоћ је комплементарни вид заштите незапослених. Ово право могу остварити не само радници којима је право на новчану накнаду престало, већ и они који не испуњавају услове за стицање тога права, под условом да приходи радника и чланова његове уже породице односно домаћинства не прелазе износ утврђен самоуправним општим актом заједнице. Истим актом утврђује се износ, висина, трајање и губитак права на новчану помоћ — у Србији, Босни и Херцеговини и Црној Гори. У Словенији новчану помоћ може остварити радник кога заједница запошљавања није могла запослити, ако нема 15 година радног стажа, а испуњава услове у погледу имовинског цензуса. Ова помоћ се може одредити и члановима породице, ако немају своје приходе. Висина новчане помоћи је једнака најмањем личном доходу одређеном самоуправним споразумом за подручје где корисник има пребивалиште; а ако овај износ није одређен онда у висини зајемченог личног дохотка.

3. Остала права

Поред наведених, систем осигурања за случај незапослености, познаје и друге врсте накнада и помоћи, чија је сврха да олакшају стручно оспособљавање и преквалификацију и омогуће што већу професионалну и географску мобилност радника. С тим у вези су и следећа права:

— бесплатна стручна помоћ и друга помоћ у вези са запошљавањем и избором занимања — посредовање при запошљавању,

¹⁷ За међународно право види: чл. 20. Конвенције бр. 102 и чл. 1. Конвенције бр. 44 о незапослености из 1934. год.

— право на стручно оспособљавање и преквалификацију ради запошљавања,

— новчана помоћ за време запошљавања, а на начин одређен од стране заједнице запошљавања,

— накнада трошкова превоза и селидбених трошкова за радника и чланова његове уже породице, ако се запосли у другом месту, и због тога промени пребивалиште,

— друге накнаде и помоћи које одреде самоуправне интересне заједнице запошљавања.

Права која незапослени радник има по основу других грана социјалног осигурања, нарочито здравственог, инвалидског и децје заштите, регулишу се прописима тих грана осигурања.

§ 8. Самоуправно организовање и финансирање

Права из осигурања за случај незапослености остварују се по захтеву радника. Захтев за остваривање права на новчану накнаду радник подноси заједници код које је уплаћивао допринос за запошљавање, а за остала права заједници запошљавања код које је пријављен. При решавању о правима радника примењују се одредбе Закона о општем управном поступку. То значи да су заједнице дужне да обезбеде двостепеност у поступку при решавању о правима радника. Против одлуке другостепеног органа, која има карактер управног акта, радник може водити управни спор. У Словенији радник незадовољан коначном одлуком може у року од 30 дана своја права остварити код посебног самоуправног суда.

§ 8. Самоуправно организовање и финансирање

Самоуправне интересне заједнице за запошљавање установљавају се на територијалном принципу самоуправним споразумом о оснивању заједница, као и самоуправним споразумом о удруживању основних у регионалне и републичке заједнице, односно у савез заједница Југославије. Послови ових заједница сматрају се пословима од посебног друштвеног интереса и њима управљају осигурана лица преко скупштина и других органа.

Средства за финансирање права из осигурања за случај незапослености обезбеђују се доприносима из: дохотка организација и других обвезника на уплату доприноса, личног дохотка радника, зарада радника запослених у иностранству и из других извора у складу са законом и не могу бити предмет принудног извршења.

Закључак

Држава јемчи право на рад и настоји да омогући његову реализацију. Међутим, и код реализације овог права не може се ићи изван реално постојећих економско-материјалних могућности. Зато

гарантовано право на рад претпоставља као своју допуну право на социјално осигурање за случај незапослености. Сврха је ове гране социјалног осигурања да незапосленим радницима обезбеди минималну материјалну и социјалну сигурност за време трајања незапослености, као и шансу да се стручним оспособљавањем и преквалификацијом брже запосле.

Сада важећи систем осигурања за случај незапослености поставља врло строге услове за стицање права из тога осигурања, што све скупа јако сужава број њихових корисника. Тако, од 1.084.518 незапослених лица у Југославији пријављених у децембру месецу 1986. год. заједници запошљавања, новчану накнаду користило је само 32.928 или свега 3.29%. Једнако тако ствари стоје и када је у питању висина и дужина примања новчане накнаде. Наиме, висина просечне новчане накнаде у 1985. години износила је само 9.710 динара по незапосленом раднику и коришћена је у просеку само 24 дана у години.

С обзиром на чињеницу да се привремена незапосленост у нашој земљи за велики број незапослених лица, пре свега младих и школованих, претворила у релативно трајно животно стање, а не у неку краткотрајну животну епизоду, осигурање за случај незапослености морало би доживети значајне промене и развити се тако да незапосленима гарантује бар минимум материјалне и социјалне сигурности за време трајања незапослености.

Mr ALEKSANDAR PETROVIC
assistant à la Faculté de Droit à Niš

ASSURANCE EN CAS DE CHÔMAGE

Résumé

L'Etat garantit le droit au travail et tend à rendre possible sa réalisation. Pourtant, lors de la réalisation de ce droit on ne peut pas aller hors des possibilités économique-matérielles déjà existantes. C'est pourquoi le droit au travail garanti suppose, comme son complément, le droit à l'assurance sociale en cas de chômage. Le but de cette branche de l'assurance sociale est d'assurer aux ouvriers, sous les conditions déterminées, une sûreté sociale et minimale durant le chômage, ainsi que la chance de pouvoir, par la formation personnelle et par la préqualification, s'employer plus vite.

Le présent et valable système d'assurance en cas de chômage, pose des conditions trop rigoureuses pour l'acquisition du droit à cette assurance, ce que réduit le nombre des personnes assurées. Ainsi de 1.084.518 chômeurs en Yougoslavie, présentés au mois de décembre 1986 à la Communauté d'assurance, ce n'est que 32.928 ou 3,29 pour cent en total, qui utilisaient l'indemnité précuriaire. C'est la même chose quand il s'agit du montant ou de la durée de l'utilisation de l'indemnité précuriaire. A savoir en 1985 le montant de l'indemnité précuriaire moyenne, faisait en somme 9.710 dinars par chômeurs et elle n'était utilisée, en moyenne, que 24 jours dans une année.

Par rapport au fait que, dans notre pays, le chômage temporaire, pour un grand nombre de chômeurs, et surtout pour les jeunes et les qualifiés, s'est transformé en état vital durable, cette assurance en cas de chômage devrait subir des changements significatifs et se développer ainsi de pouvoir garantir aux chômeurs du moins un minimum de la sûreté matérielle et sociale durant le chômage.

ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕЛАТНОСТИ ТУРИСТИЧКИХ АГЕНЦИЈА

1. Опште напомене

Налазећи се у међупростору понуде и тражње на туристичком тржишту, туристичке агенције имају незаменљиву улогу у туристичком промету.

Туристичке агенције су привредне организације са посебним положајем у односу на остале учеснике туристичког привређивања. Њихова првобитна улога се је сводила искључиво на посредовању у прибављању појединачних услуга, а посебно услуга превоза. Сагласно томе, и сам привредни значај ових организационих облика је био од периферног значаја за укупан туристички промет. Међутим, полако, помало и неприметно тој, данас, другоразредној делатности додата је прворазредна — организовање путовања и боравка¹. Од обичног посредника израсле су туристичке агенције модерног типа, које постају прави предузетници туризма и покретачи „туристичке индустрије“.

У туризму савременог периода учествује велики број привредних организација са различитих подручја делатности, које су носиоци бројних услуга из програма туристичке понуде. Туристичке агенције, својом делатношћу, доприносе складнијем односу туристичке потражње, с једне, и понуде са друге стране. Захваљујући масовној потражњи и све богатијем асортиману услуга, делатност туристичких агенција постаје незаменљива. Агенције су у савременом туризму субјект који суверено управља токовима знатног дела туристичког промета. Од уласка агенције у програм организованог путовања често зависи откривање и лансирање неког хотела, туристичког места, превозног средства, краја или крајева једне државе².

У свету данас послује око тридесет хиљада туристичких агенција. Међу њима постоје бројне разлике по врсти и типу, као и обављању делатности. У туризмолошкој науци се дошло од одређених резултата о организацији, појму, врстама и другим аспектима изучавања туристичких агенција.

¹ Wanderperen Willem, Study for a Draft International Convention on the Travel Agencies, in Travel Agents Travellers, »European Transport Law, Ontwerpen, 1968; W. Willem, Образложење нацрта међународне конвенције о уговору о путовању (ЦЦВ), „Туризам“ бр. 11/1968, стр. 21.

² Шмид др Вјекослав, Уговор о организирању путовања по новом типском уговору Западноњемачког удружења путничких агенција, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1/1977, стр. 50.

Непосредни корисник туристичких услуга настоји да задовољи одређене потребе за одмором и разонодом условљене начином живота у вези са радом и изван рада. Њему стоје на располагању две правне могућности:

- а) директан контакт са сваким од давалаца појединих услуга и
- б) уговорни однос са туристичком агенцијом, која услуге трећих привредника, а које су услуге потребне за путовање и боравак, посредује туристима, или те услуге у посебним комбинацијама нуди као нове сопствене услуге³.

Примарно место у делатности туристичких агенција заузима организација појединачних или групних туристичких путовања и боравка, као и припрема путовања унапред. У вези са тим, туристичке агенције се јављају као двоструки посредници, а истовремено и привредне организације које послују у своје име и за свој рачун са лукративним циљем.

У теорији и стручној литератури вршене су различите класификације делатности туристичких агенција⁴. Међутим, чини се да је за сада сасвим прихватљива трихотомна подела, која умногоме доприноси увиду у целокупну делатност и диференцијацији уговорних односа агенција са другим субјектима⁵. Према тој подели туристичке агенције могу да пружају услуге у својству:

- а) посредника између туриста и бројних давалаца услуга;
- б) организатора путовања и боравка и
- в) вршиоца других услуга у туристичком промету.

2. Туристичке агенције као посредници

Корисници одређених туристичких аранжмана врло ретко директно обезбеђују и резервишу услуге у непосредном контакту са њиховим даваоцима. Да би дошло до реализације конкретног туристичког путовања и боравка потребно је остваривање читавог процеса, који иде преко прикупљања информација и доношења одлуке о путовању, до реализације саме те одлуке. У вези са тим, туристичке агенције пружају већи број услуга различите врсте:

- а) услуге које се односе на путовања о којима агенције дају информације и савете о условима превоза, снабдевање туриста потребним превозним исправама, превоз са места приспећа (станица, аеродром, пристаниште) до објекта смештаја и обрнуто;
- б) услуге везане за боравак туриста у одређеном месту (место дестинације), састоје се у давању информација о могућностима и усло-

³ Klatt Heinz und Ficher Jurgен, Die Gesellschaftsreise, Carl Heimans, Verlag KG, Köln — Berlin — München — Bon, 1961, стр. 32.

⁴ Видети: Шмид Вјекослав, „Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга”, дисертација, д-р. Београд, 1976, стр. 31. и даље; Драгашевић Момир, Правни односи између хотелијера, госта и путничке агенције, Београд, 1973, стр. 60; Марковић Србан и Марковић Зора, Основе туризма, Загреб, 1970, стр. 164.

⁵ Шмид Вјекослав, оп. цит. стр. 29.

вима смештаја и исхране, туристичким обележјима места, а затим и у резервацији смештаја, обезбеђњу забаве, излета и посета културним, спортским и другим манифестацијама;

в) посредовањем код реализације путовања и боравка организованог од стране других туристичких агенција. При томе долази до вишеструког посредништва, јер се између корисника услуга и извршиоца јавља већи број агенција (малопродајна агенција — *tour operator* — домаћа агенција);

г) друге услуге посредовања, које су везане за промену места боравка, а могу се тицати прибављања пасоша и виза, осигурања лица и имовине и др.

3. Делатност туристичких агенција као организатора путовања и боравка

Туристичке агенције се, код организовања путовања и боравка, не јављају само као посредници, већ имају посебну, креативну, улогу. Њихова делатност усмерена је у циљу изналажења складних комбинација сопствених услуга са услугама других давалаца. Тиме агенције врше обликовање новог „туристичког производа“, који обухвата читав низ појединачних услуга, али који се продају као јединствена целина (*voyage à forfait*) за једну укупну или паушалну цену (*prix à forfait*).

Само организовано путовање може бити резултат посебних жеља корисника услуга или плод програма туристичке агенције о унапред припремљеним путовањима. Ако се организовано путовање обавља према посебним жељама корисника, иницијативу о томе даје сам корисник. При томе се путовање може обавити за једну или више особа, тј. може бити индивидуално или групно.

Путовања према програму туристичких агенција, по правилу, укључују већи број корисника, који се утврђују унапред, на подлози претходне анализе путовања. Овакви програми захтевају од агенција да уложе посебне напоре везане за истраживање тржишта, пропагандно-информативну активност⁶, сарадњу са другим даваоцима услуга, а посебно око регулисања односа са потенцијалним и стварним корисницима њихових услуга.

4. Пружање осталих услуга у туристичком промету

У ову групу послова туристичких агенција сврставају се тзв. акцесорне услуге, карактеристичне за свако туристичко путовање и боравак. Међутим, без обзира на такву њихову природу, ове услуге

⁶ *Tour operator TUI Hanover* је свој програм путовања за 1976. годину објавио у 21 милион примерака, што у тежини износи 7700 тона. Податак узет од: *TUI, Falten und Zahlen, Hanover, 1976*. Цитирано према: Решетар Мијо, Туристичке агенције и туристичка привреда (I део), „Туризам“. бр. 4/1980, стр. 15.

могу да буду од великог значаја за коначан успех туристичког аранжмана. То су услуге везане за размену новца, издавање и исплату путних чекова, кредитних писама, продају сувенира, књига, возних редова, филмског прибора, обезбеђење услуга ауто-сервиса, продају улазница за разне културне и спортске манифестације итд.

5. Специфичности правног регулисања пословних односа туристичких агенција са другим субјектима који учествују у пружању туристичких услуга

Туристичке агенције, обављајући сопствену делатност, ступају у бројне пословне односе са организацијама различитог делокруга пословања: угоститељским, саобраћајним, трговинским, банкарским, организацијама осигурања имовине и лица, организацијама из области нуке, уметности и културе, спортским организацијама, организацијама ПТТ службе и др. Неки од пословних односа агенција са другим субјектима, су од већег, а други од мањег значаја. Ипак, сви заједно доприносе остварењу туристичког „производа” и успешном пружању бројних облика туристичких услуга. Делатност туристичких агенција не би могла да се замисли без њихове пословне сарадње са угоститељским и саобраћајним организацијама, с обзјром да туризам нема без смештајних капацитета и превоза људи ван места њиховог сталног боравка. Специфичности правног регулисања конкретних облика пословне сарадње туристичких агенција са другим субјектима углавном се исцрпљују кроз општу правну регулативу, која важи и за већину других области. Не постоје правни прописи који би на посебан начин регулисали питање односа туристичких агенција са, на пример, трговинским, саобраћајним и другим организацијама. Изузетак у том смислу јесу пословни односи између туристичких агенција и угоститељских организација. Задржавајући се на правним аспектима регулисања тих односа, посебно ћемо се и укратко само на њима и задржати.

5.1. Правно регулисање пословних односа туристичких агенција са угоститељским организацијама

Савремени туризам се не може замислити без постојања развијеног и добро организованог угоститељства. Туристичке агенције не би могле да обављају своју делатност без успостављања пословне сарадње са организацијама угоститељске делатности. Због тога се посебан значај придаје односима између туристичких агенција и угоститељских организација. О тим односима не брину само пословни субјекти тих делатности, већ су ти односи брига и специјализованих националних и међународних организација.

5.1.1. Извори права

Сложеност непосредних пословних односа између туристичких агенција и хотелских организација, као дела туристичког угоститељства, наметнула је потребу за кодификацијом правила за њихово регулисање.

Посебан значај за кодификацију правила на међународном плану има делатност Међународне хотелске организације (Association internationale de l'hotellerie — АИН) и Међународног савеза путничких агенција (Federation Internationale des Agences de voyages — FIAV), касније Светске федерације удружења путничких агенција. Поменуте организације су 1963. године, после низа припремних радњи, одлучиле да кодификују већ прихваћена правила понашања (обичајно право) у конвенцију, која би регулисала међусобне пословне односе хотела и туристичких агенција. Развој односа у светском туризму условио је редакцију Конвенције из 1963. године. Године 1970. донета је Хотелска конвенција, позната по скраћеном називу Ц. Хот. 70. Конвенција се односи на регулисање уговорних односа између хотела и туристичких агенција и то:

а) између хотела и туристичких агенција које су се изричито изјасниле за приступање Конвенцији, или оних који су јој прећутно приступили прихватајући њене одредбе у пракси;

б) између хотела и туристичких агенција које припадају националним савезима једне исте земље, под условом да су ти савези изричито прихватили Конвенцију;

в) између било ког хотела, чије је седиште у различитој земљи у односу на седиште туристичке агенције, и саме те агенције;

г) између хотела и туристичких агенција исте националности, под условом да не постоји неки национални уговор којим се регулишу ти односи;

д) између хотела и туристичких агенција чији су односи регулисани посебним уговором у погледу питања која нису уређена тим уговором.

Конвенција служи и као упутство судовима при решавању спорова између хотела и туристичких агенција⁷.

Најновије измене Конвенције Ц. Хот. 70, у погледу обавеза уговорних страна, уследиле су 1979. године доношењем нове Хотелске конвенције АИХ/ФУААВ/, која представља уопштени зборник међународних обичаја насталих у односима између туристичких агенција и хотела у току закључења и извршења уговора о хотелским услугама⁸.

Питање пословне сарадње туристичких агенција са угоститељским организацијама, у националним правним системима, регулисано је на различите начине. Најчешће су ти односи уређени на основу правних прописа у области привређивања уопште. Изузетак у том смислу и скроман почетак законског регулисања узајамних односа туристичких агенција и угоститељских организација, учинио је законодавац Шпаније доношењем Reglamento que regula ejercicio de las

⁷ Видети члан 3—7. Конвенције Ц. Хот. 70.

⁸ Ближе о томе: Шмид Вјекослав, Хотелска конвенција АИХ-ФУААВ/79. „Привреда и право”, бр. 6/1980. год., стр. 3. и даље.

actividades propias de las Agencias de vicijes, од 26. 2. 1963. године, који парцијално регулише односе између уговорних страна. Reglamento садржи одредбе које омогућују класификацију уговора, а у члану 68. упућује на допунска правила за регулисање уговорних односа угоститељских организација и туристичких агенција, која се налазе у Конвенцији АИХ/ФУААВ.

Вредно је истаћи да је Decreto сличан шпанском Reglamento, донела Аргентина 1970. године.

За правно регулисање односа туристичких агенција са угоститељским организацијама у Југославији, велики значај имају Посебне узансе у угоститељству⁹, Закон о обавезном удруживању рада и средстава организација удруженог рада које се баве прометом робе и услуга са производним организацијама¹⁰ и посебно Закон о облигационим односима којим се, по први пут, законски уређују пословни односи између поменутих субјеката.

Доношење Закона о облигационим односима и уређивање материје туристичког уговорног права¹¹, утицаће да се избегну проблеми у односима са иностраним привредницима у погледу примене надлежност права. Наиме, до доношења Закона о облигационим односима инострани партнери су, због неизвесности о томе какво право код нас важи за регулисање пословних односа облигационог карактера, одбијали да уговарају надлежност југословенског права. Наше туристичке агенције и угоститељске организације удруженог рада биле су принуђене да као меродавно признају страном право и онда када би, према конкретним околностима, била логична примена домаћег права.

Са друге стране, законско регулисање уговора туристичког карактера, који су до доношења Закона о облигационим односима имали статус неименованих уговора нашег права, може представљати извесну сметњу развоју и обogaћивању садржаја конкретних облика сарадње између партнера различитих националности. Таква бојазан заснована је на чињеници што Закон, углавном, преузима решења из досадашње пословне праксе дајући им трајан законски оквир, који не може на одговарајући начин да прати нове садржаје у тој области. Међутим, евентуалне сметње стране уговорнице ће моћи да отклоне уговарањем одговарајућих одредби у уговору, а што ће им диспозитивни карактер Закона то допуштати.

5.1.2. Врсте уговора туристичких агенција са угоститељским организацијама

Предмет међусобне пословне сарадње агенција и угоститељских организација јесу угоститељске услуге које пружају угоститељске

⁹ Посебне узансе у угоститељству донела је Савезна привредна комора уз сагласност Врховног привредног суда. Објављене су у: „Сл. лист СФРЈ”, бр. 28/1963. и бр. 30/1963. год.

¹⁰ „Сл. лист СФРЈ”.

¹¹ Закон о облигационим односима регулише: уговор о организовању путовања (чл. 5—89); посреднички уговор о путовању (чл. 880—884) и уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману — чл. 885—896. Закона), „Сл. лист СФРЈ”, бр. 2/1978.

организације и пласман тих услуга уз помоћ туристичких агенција. Угоститељске услуге, које агенција пласира, превасходно се односе на смештај и исхрану гостију. Те услуге непосредно пружају објекти ресторатерства и хотелијерства различитих категорија, као и други угоститељски објекти.

Агенције пласирају угоститељске услуге на различите начине, а најчешће посредничком продајом непосредним потрошачима, или као саставни део сопственог туристичког производа — аранжмана.

Угоститељске организације имају посебан интерес за сарадњу са туристичким агенцијама у време када немају потпуно искоришћене капацитете. То значи да угоститељске организације, у време главне туристичке сезоне, имају смањен интерес да продају своје капацитете посредством туристичких агенција. Насупрот томе, агенције су увек заинтересоване за сезонски закуп или посредничку продају капацитета. У том смислу међусобна пословна сарадња туристичких агенција и угоститељских организација мора да буде заснована на принципима међусобног разумевања и поверења, како би се што успешније остваривали укупни привредни резултати у туризму.

У пословној пракси националног и међународног туристичког промета настао је већи број уговора којима се регулишу међусобна права и обавезе агенција, с једне, и угоститеља, са друге стране. Потреба за рационализацијом правног промета и разлози правне сигурности субјеката туристичког промета, условљавају уједначавање форме и садржаја појединих уговорних целина и доводе до појаве карактеристичних типова уговора. Ми ћемо истаћи најзначајније, од до сада у пракси и теорији најчешће прихваћене, поделе уговора на:

- а) уговор на основу затражене и потврђене резервације;
- б) уговор о закупу угоститељских капацитета (уговор о алотману);
- в) уговор о закупу целог објекта.

а) *Уговор на основу затражене и потврђене резервације* настаје у случају када туристичка агенција затражи резервацију смештаја и исхране, за једног госта или већи број гостију, а угоститељска организација потврди резервацију. Дакле, уговор настаје у моменту потврде резервације од стране угоститеља (хотела), па нема ризика ни за агенцију, нити за угоститељску организацију. Овај тип уговора могућ је и између туристичких агенција са транспортним или другим организацијама, с тим што се одликује специфичним предметом уговарања.

б) *Уговор о алотману (allotment)* је специфичан уговор, који се јавља само у пословним односима између агенција и угоститељских организација. Њиме се угоститељ обавезује да, у току одређеног времена, стави на располагање туристичкој агенцији одређени број лежајева у одређеном објекту, пружи угоститељске услуге лицима које упути агенција и плати јој одређену провизију, а ова се обавезује да настоји да их попуни односно да обавести у утврђеним роковима да то није у могућности, као и да плати цену пружених услуга уколико је користила ангажоване капацитете.

Користећи се наведеном законском дефиницијом уговора о алотману (чл. 885. ст. 1. Закона о облигацијама), види се да почетној обавези угоститеља да стави на располагање одређени број лежајева у уговорено време, одговара обавеза агенције да настоји да попуни уговорене капацитете, или да на време пружи обавештење да она то не може учинити. Обавеза угоститеља да пружи смештај и друге услуге има смисла тек за случај да је туристичка агенција обезбедила попуњу бар једног дела уговорених капацитета. По основу испуњења својих обавеза, угоститељ стиче право наплате уговорене цене за пружене услуге, а агенција наплату уговорене или уобичајене провизије. Међутим, да ли ће и у којој мери туристичка агенција попунити уговорене капацитете, у првом реду ће зависити од броја потенцијалних гостију, који ће од ње затражити угоститељске услуге. Таква околност је, у моменту закључења уговора, неизвесна и будућа за обе уговорне стране. Руководећи се превасходно економским разлозима и захтевима праксе у туризму, наш Закон о облигационим односима је, код уговора о алотману, допустио могућност неједнаког обавезивања уговорних страна. Угоститељ се обавезује да ће за одређени временски период безусловно испунити уговором преузете обавезе, док агенција преузима само „обавезу настојања” у вези са попуном капацитетом. Та обавеза се, у крајњој линији, своди на дужност обавештавања о могућности испуњења примарне обавезе, без икаквих правних санкција и штетних последица.

Полазећи од основног значења начела „*pacta sunt servanda*”, треба подвући да оно подразумева „чврсту уговорну дисциплину”, које код уговора о алотману очигледно нема. Чини се да је уговор о алотману настао као резултат страха угоститеља од непродатог кревета¹². Приговора те врсте свакако не би било да је у појмовно обележје алотмана унет модалитет овог уговора из члана 896. Закона о облигационим односима. Према облику уговора из тога члана, агенција преузима безусловну обавезу о попуни уговорног броја лежајева. Било би исправније да су, при одређивању законског појма уговора о алотману, предвиђене чвршће обавезе за туристичку агенцију као уговорну страну. Еластичност односа на туристичком тржишту могла је да буде удовољена остављањем законске могућности о изричитом уговарању модалитета, којим би могле да се користе уговорне стране.

На подлози реченог произлази закључак да уговор о алотману не пружа сазнање хоће ли једна страна дати другој оно на шта се обавезала, с обзиром да испуњење појединих обавеза из уговора зависи од наступања или ненаступања извесних будућих околности. Имајући то у виду, чини се да се у једном делу правне теорије с правом истиче елемент алеаторности код уговора о закупу угоститељских капацитета, који иде у прилог туристичким агенцијама¹³.

¹² Решетар Мијо, Туристичка агенција као канал продаје хотелских капацитета, Зборник радова Факултета за туризам и вањску трговину, књига II, Дубровник, стр. 18.

¹³ Вјекослав Шмид, Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга, дисертација, дакт. Београд, 1976, стр. 229.

в) *Уговор о закупу целог објекта* познат је и под називом *уговор о фиксном закупу*. Закључује се између туристичке агенције и угоститељске организације. Њима се туристичка агенција обавезује да ће закупити одређене капацитете, које је угоститељ обавезан да стави на располагање, а закупнину је дужна да плати без обзира на то да ли је уговорене капацитете попунила или у томе није успела. Плаћање се врши по принципу „пuno за празно“, па је због тога комплетан ризик од „непродатог кревета“ на страни агенције. Агенција види свој интерес, код закључивања ове врсте уговора, у знатно нижим ценама закупа угоститељских објеката на овај начин. Такви послови одговарају агенцијама које имају велики обим пословања и велики број клијената, што им омогућава сигурност при закључивању овакве врсте послова. Због своје природе, уговор о закупу целог објекта се, по правилу закључује само за период главне сезоне.

6. Правна природа положаја туристичких агенција у обављању делатности

Разматрајући проблематику о природи правног положаја туристичких агенција у обављању појединих послова из делокруга њиховог рада, нужно је указати на сву сложеност једног таквог питања. Та проблематика није била толико комплексна у време појаве првих путничких агената, када се њихова почетна делатност састојала само у пружању посредничких услуга у вези са путовањем. Међутим, како је већ истакнуто, тој данас, другоразредној делатности додата је прворазредна — организовање путовања и боравка. Самим обogaћивањем садржаја рада, нужно је морало да дође и до промене правног положаја агенције на туристичком тржишту. Од чистог посредника, чији је задатак био да доведе потенцијалне кориснике туристичких услуга у узајамну везу са појединим даваоцима тих услуга, да им помогне при закључењу уговора уз одговарајућу накнаду, туристичке агенције су израсле у предузетника целокупне туристичке делатности. Свакако да не постоји дилема о томе да туристичке агенције иступају у правном промету као посредници, па и као комисионари (када се обавезују да ће у своје име, а за рачун комитента закључити један или већи број правних послова, уз наплату одговарајуће провизије). И према дефиницији Међународне уније за унификацију привредног права, „путнички агент је предузетник који у туристичкој привреди врши комплексно професију путничког посредника, а која обухвата пружање интелектуалних и техничких услуга у властитој режији или као пуномоћник¹⁴.

Сложеност проблематике о правном положају агенција посебно се испољава када се оне јављају у улози организатора путовања и великих тоур-оператора. У том случају туристичке агенције морају да располажу системом сакупљеног знања и искуства и да уложе посебне напоре у циљу истраживања тржишта, пласмана „туристичког

¹⁴ Видети: Енсмингер др Славко, Проблеми путничких агенција и могућа решења, „Туризам“, бр. 3—4/1970. год. стр. 5.

производа” и решавању бројних других проблема у вези са организовањем путовања. Све то упућује на мишљење да је туристичка агенција *самостални субјект*, који ступа у правном промету у своје име и за свој рачун. Такав положај подразумева комплетну опремљеност туристичких агенција. У том смислу агенције располажу сопственим хотелским и другим угоститељским објектима, превозним средствима, стручним кадровима и системом знања и умења у организовању сложених туристичких путовања. Мислимо да такав систем знања, који је неопходан туристичкој агенцији код организовања туристичких путовања, представља својеврсни вид know-how¹⁵.

Са друге стране, туристичка агенција може, по налогу других агенција или на захтев корисника туристичких услуга, да прибавља појединачне туристичке услуге крајњим потрошачима — туристима. Намеће се питање какав правни положај агенција има према корисницима, с једне, и према даваоцима појединих услуга, са друге стране. Агенција се обавезује да ће у име и за рачун корисника туристичке услуге закључити правни посао о пружању одребене услуге. Агенција може бити у сличној ситуацији и према појединим даваоцима туристичких услуга или према другим агенцијама (тоур-операторима, на пример), када поступа по њиховим налозима. У том случају може се говорити о правном положају туристичке агенције као заступника једне или друге стране или истовременог двоструког посредника, уколико заинтересоване стране само доводи у узајамну везу.

Сва разматрања о правном положају туристичких агенција условљена су природом и карактером самих послова које оне обављају у конкретном случају. Сматрамо да није потребно, по сваку цену, изнаходити монистички став о правном положају туристичких агенција. У расветљавању правног положаја треба поћи од околности конкретног односа. Зависно од тога, агенција може имати положај посредника, комисионара, заступника или самосталног привредног субјекта, који послује у своје име и за свој рачун.

¹⁵ Наслањајући се на мишљење да се под know-how подразумева стечено знање и искуство, не само за практичну примену технике, већ и за индустријско, трговачко, административно и финансијско пословање, сматрамо да је и знање и искуство у области организовања туристичког путовања својеврстан облик овог института. (Видети: Mathely Paul, *Le know-how*, Rapport de synthèse, AIPPI 1972/II, Congrès de Mexico, page 16—22.

CARACTÉRISTIQUES JURIDIQUES DE L'ACTIVITÉ DES AGENCES TOURISTIQUES

Résumé

Les agences touristiques selon leurs activités et leurs domaines de travail rendent des services en qualité

- a) d'intermédiaire entre les touristes et les nombreux prestataires de services,
- b) d'organisateur des voyages et des séjours.
- c) de fournisseur d'autres services dans le trafic touristique.

Il est singulièrement importante pour la position juridique des agences la manière de la régulation de leurs rapports d'affaires avec les autres sujets participant dans la prestation des services touristiques. L'activité des agences touristiques ne peut pas être réalisée sans une collaboration d'affaires avec les organisations hôtelières et les organisations de transport vu qu'il n'y a pas de tourisme sans capacité d'hébergement et sans transport des hommes hors de leur domicile. Il n'existe pas une réglementation juridique qui réglerait d'une manière singulière les rapports des agences touristiques avec les organisations de commerce de transports et autres. Ce n'est le rapport avec les organisations hôtelières qui fait l'exception.

Chez nous cette question est réglée par la Loi les rapports d'obligations et sur le plan international, pour la plus grande partie, par la convention hôtelière C. hot 70, avec les modifications de 1979.

Quand il s'agit de la nature juridique de la position des agences touristiques au temps de l'exécution de leur activité, nous sommes d'avis que, pour éclaircir cette question, il faut commencer par les circonstances concrètes et par la sorte de l'activité de l'agence. En fonction de cela, l'agence peut avoir droits, obligations et responsabilité d'un intermédiaire, commissionnaire, représentant ou sujet économique, autonome qui traité des affaires en son nom et pour son propre compte.

S'appuyant à la plus définition de l'institut know-how, sous lequel on connaissance acquise et l'expérience, non seulement pour l'application pratique de la technique, mais pour la gestion industrielle, commerciale, administrative et financière, nous sommes d'avis que la connaissance et l'expérience des agences touristiques (tur-opérateurs) dans l'organisation des voyages touristiques et des séjours est un aspect spécial de know-how.



СИСТЕМ И ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА У УСТАВНОМ ПОРЕТКУ АУСТРИЈЕ

Каталог основних права у уставном поретку Аустрије не образује јединствен и у себе затворени систем. Разлог лежи у стању позитивних извора уставних права. Област основних права регулисана је читавим низом правних аката унутардржавног или међународног порекла који поседују ранг уставног права. Поред либерализмом искованих норми из периода конституционалне монархије постоје и регулисања основних права републиканског законодавца, а, такође, поред норми унутардржавног порекла неки интернационални документи о правима човека поседују ранг аустријских уставних извора основних права. Стога је важећи каталог „уставом гарантованих права“¹ несистематичан, хетероген. Језгро каталога основних права образују Државни закон о општим правима грађана и Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода.² Сам устав од 1920. год. у редакцији од 1929. год. садржи свега неколико одредби о основним правима.³

На основу стања извора основних права јединственост важећег каталога вишеструко је разорена. Питање је да ли је она икада и постојала. Прво, од почетка су различита нормирања израз и различитих мисаоних основних позиција у погледу места појединца у друштву и држави; друго, она се увек налазе у контексту различитих одредби о државној структури и треће, она по себи не одговарају јединственом систему, већ стоје једна према другима у односу делимичног

¹ Уставно право Аустрије не користи појам „основа права“ као технички појам, већ употребљава термин „Уставом гарантована права“ (нпр. чл. 144 савезног устава).

² Das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl. Nr. 142. (у даљем тексту скраћено StGG). На основу чл. 149 савезног устава овај закон је добио ранг савезног уставног права.

Европску конвенцију о заштити права човека и основних слобода Аустрија је ратификовала 1958. године (BGBl. 210/1958). Ранг формалног уставног права Конвенција је добила 1964. године (BGBl. 59/1964). Аустрија је, такође, ратификовала све Додатне протоколе уз Конвенцију. Последњи, осми Протокол ратификован је 17. априла 1986. године. Допунски протоколи материјално-правног садржаја поседују ранг савезног уставног права. То су: Допунски протокол бр. 1 (BGBl. 210/1958), Допунски протокол бр. 4 (BGBl. 434/1969) и Допунски протокол бр. 6 (BGBl. 138/1985).

³ Чл. 7, 26, 60, 83, 95. и 117 савезног устава (Bundesverfassung — у даљем тексту: B-VG).

слагања, делимичног допуњавања, делимичног преобликовања, али и делимичне противуречности⁴.

Други кључни момент који треба имати у виду када се посматра аустријски каталог основних права је одсуство социјално-економских основних права. У формалном уставном праву она не постоје ни као субјективна права, ни као програмски циљеви државне политике или уставни налози упућени законодавцу. Систем основних права садржи искључиво „либерални букет основних права“⁵. Садржајни правни континуитет у основи је остао очуван и рецепцијом међународно-правних норми о људским правима. Пажљивом селекцијом међународноправних докумената о правима човека очуван је традиционални, либерални концепт основних права⁶.

Расцепканост правних извора и недостатак социјално-економских основних права најважније су слабости каталога основних права и повод многобројних захтева за његовом реформом⁷. Дуго најављивана кодификација основних права, међутим, никако се не спроводи. Неслагање постоји првенствено о мери и начину уграђивања социјално-економских основних права. С једне стране, постоји бојазан да би уграђивањем основних права социјалне природе био разорен либерални концепт основних права, у чему свакако има истине, а, с друге стране, истиче се аргумент да је немогуће уградити социјална права на начин који би њима обезбедио правни ефективитет сличан либералним основним правима, што је, свакако, претерано⁸.

I. СИСТЕМ ОСНОВНИХ ПРАВА

Уобичајена класификација основних права на лична, политичка, социјално-економска и културна права није применљива за аустријски правни систем. Она је искључена садржајем правних извора основних права. Низ аустријских представника правне теорије одуштаје од систематизације и категоризације основних права и подручје уставом гарантованих права обрађује чисто адитивно. Сажимају се садржајно блиска регулисана основних права из различитих правних

⁴ K. Korinek/B. Gutknecht, *Der Grundrechtsschutz*, in: Schambeck (Hrsg.), *Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung*, 1980, S. 322.

⁵ R. Walter, *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*, in Österreich in Vogel (Hrsg.), *Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle*, 1979, S. 10.

⁶ Аустрија је 1973. године ратификовала УН Пакт о економским, социјалним и културним правима, а Европску социјалну карту 1969. године (BGBl. 390/1973 и BGBl. 460/1969). Међутим, овим документима није признат карактер савезног уставног права тј. ранг непосредно применљивог права. Њихово дејство тиме је редуцирано на међународноправну обавезу о којој законодавац треба да води рачуна. Да се не би правила разлика Пакт о грађанским и политичким правима није добио ранг савезног уставног права и поред готово једнодушног мишљења да је у потпуности сагласан са уставним правом Аустрије.

⁷ Детаљније о потреби и правцима будуће реформе код: K. Korinek/B. Gutknecht, *op. cit.*, стр. 322 ил.

⁸ Упор. L. Adamovich/B. Ch. Funk, *Allgemeine Verfassungslehren*, 1985, S. 369. Супротног, мањинског гледишта је нпр. H. Floretta. Упор. Th. Öhlinger/H. Floretta, *Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen — Ein Beitrag zum Stand der Grundrechte in Österreich, insbesondere zu den sozialen Grundrechten*, 1978, S. 21.

извора⁹. Th. Öhlinger је један од ретких који покушава да изгради одређени систем основних права. Постојећи „конгломерат“ уставних извора он Рапчлањује према „стварним областима“, односно „заштитеним подручјима“. Служећи се овим критеријумом Th. Öhlinger даје следећу систематику основних права: 1) Слобода (право на живот; признање правног субјективитета; слобода кретања; заштита приватне сфере, брачног и породичног живота); 2) Сигурност (право на поступак пред законитим судом; забрана мучења; заштита личне слободе; заштита кућног права, тајне писма и телефона; процесне гаранције Европске конвенције); 3) Основна права привреде (својина; слобода промета непокретности; слобода стицања; слобода професије); 4) Основна права заједничког живота (бирачко право; право на оснивање политичких партија; слобода удруживања и окупљања; слобода мисли; слобода штампе; слобода науке; слобода наставе; слобода вере и убеђења; права мањина); 5) Начело једнакости¹⁰. Полазећи од истог принципа у основи једнаку систематизацију дају и K. Korinek и B. Gutknecht¹¹.

Пре сажетог приказа садржаја система основних права у Аустрији треба поменути да се у погледу персоналног важења основних права и даље прави општра разлика између права човека (Menschenrechte) и права грађана (Bürgerrechte). У аустријском уставном праву основна права су добрим делом зајемчена сваком, али у не малом броју случајева она се резервишу само држављанима¹². Најважнији извор основних права унутардржавног порекла, Државни закон о општим правима грађана од 1867. године, резервише за држављане следећа основна права: право на једнакост; право на једнаки приступ јавним службама; слободу промета непокретности; слободу боравка; слободу предузетничке делатности; слободу наставе и слободу удруживања и окупљања. Обележја права човека имају од почетка право на својину, слобода кретања, лична слобода, право неповредивости стана, заштита тајне писма, право петиције, слобода мисли и слобода савести и убеђења. Наравно и у Аустрији је тенденција правног развика ишла у корист ширења права човека. Пактови Уједињених нација познају само људска права, а не права држављана. Исто важи и за Европску конвенцију о људским правима. Захваљујући чињеници да она у Аустрији поседује ранг савезног уставног права, протекнута је нпр. слобода удруживања и окупљања на све људе. У начелу и овде се може узети да су лична основна права зајемчена свима, а да се код извесних политичких права захтева држављанство.

Наредни приказ система основних права биће учињен уз ослањање на систематизацију коју даје Th. Öhlinger.

⁹ Тако нпр. L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 378 ид.; R. Walter, Bundesverfassungsrecht, 1985, S. 399 ид.

¹⁰ Упор. Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 234—238.

¹¹ Упор. K. Korinek/B. Gutknecht, оп. цит., стр. 305—314.

¹² Упор. L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 366—367; R. Walter, оп. цит. стр. 394; Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 233.

1. Слобода

Либерално разумевање основних права у први план поставља слободу појединца према државној власти. Идеја слободе од државе и данас је везивна мисао свих одредаби о основним правима. Међутим, аустријско уставно право не познаје опште одређивање слободе које би било упоредиво са чл. 2 Устава СР Немачке. Уставно право претпоставља општу идеју слободе и штити је у одређеним, конкретним ситуацијама, тако да постоји „мноштво конкретних слобода”¹³. Општа идеја слободе долази до изражаја у следећим одредбама каталога основних права:

а) Право на живот

Државни закон о општим правима грађана (StGG) не садржи изричиту норму којом би било гарантовано право на живот. У теорији се ипак сматра да је ово право прећутно претпостављено¹⁴. Право на живот је, међутим, гарантовано у чл. 2 Европске конвенције. Гаранција права на живот не сматра се повређеном ако лишење живота „проиилази употребом силе која је апсолутно нужна у случају: одбране неког лица од незаконитог насиља; извршења законитог хапшења или спречавања бекства лица законито лишеног слободе и у случају законито предузете акције у циљу угушења побуне или устанка”. Европска конвенција дозвољава и могућност лишења живота при извршењу пресуде суда којом је лице проглашено кривим за злочин за који је законом предвиђена смртна казна. На основу чл. 85 В-VG, као и Допунског протокола бр. 6 уз Европску конвенцију, смртна казна је укинута.

б) Признање човека за субјекта права

StGG, као и Европска конвенција, претпоставља правну личност свих људи. У чл. 4 Европске конвенције изричито се забрањује ropство или положај сличан ropству, као и принудан или обавезан рад. Према чл. 7 StGG укинута су свака потчињеност и кметски односи.

в) Слобода кретања

На основу чл. 4 StGG слобода кретања лица и имовине унутар државне територије не подлеже никаквим ограничењима. Законска резерва за ово право изричито није утврђена, али је Уставни суд систематским тумачењем допушта¹⁵. Према чл. 6 StGG сваки грађанин може да узме боравиште и пребивалиште на сваком месту државне области, али могућност ограничења слободе настањивања (одређива-

¹³ Th. Ohlinger, оп. цит., стр. 234.

¹⁴ Упор. нпр. L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 385.

¹⁵ Ibid, стр. 393.

ње места или области принудног боравка или протеривање из одређеног места или области) допушта §5 Закона о заштити личне слободе. Овај закон као и Закон о заштити кућног права, оба донета 1862. године, поседује ранг савезног уставног права на основу члана 149 B-VG.

Чл. 2 Допунског протокола бр. 4 уз Европску конвенцију про-теже слободу кретања и избора пребивалишта на сваког. Одредбама истог члана свакоме је зајемчено право да слободно напусти било коју земљу, укључујући и сопствену. Ова права су одобрена уз материјалну законску резерву.¹⁶

Према чл. 3 Допунског протокола бр. 4 свако има право да пу-тује у своју домовину, као и да из ове не буде пропхан индивидуал-ним или колективним мерама. Сходно чл. 4 овог Протокола није до-пуштено колективно протеривање странаца. Закључивањем а *contra*rio допуштено је индивидуално протеривање странаца. За права из чл. 3 и 4 Допунског протокола бр. 4 није предвиђена законска резерва, али је Аустрија при ратификацији Допунског протокола бр. 4 ставила ре-зерву на чл. 3 у погледу даљег важења законодавства које се односи на династију Habsburg¹⁷.

Изручивање аустријских држављана забрањују одредбе §§ 12 и 24 Закона о екстрадицији и правној помоћи од 1979. године¹⁸. Ове одредбе су добиле ранг савезног уставног права. Право азила, међу-тим, нема карактер „уставом гарантованог права“.

г) Права приватности

Заштита приватне својине, брачног и породичног живота, уве-дена је у аустријско уставно право Европском конвенцијом (чл. 8 и 12). На основу чл. 8 ст. 2 Европске конвенције права приватности су гарантована уз материјалну законску резерву.

Према одредби § 1 Закона о заштити података од 1978. године¹⁹ свако има право да се држе у тајности подаци који се односе на његову личност, уколико на то има интерес достојан заштите, нарочито у погледу поштовања приватног и породичног живота. Право на заш-титу података делује и према трећим лицима.

2. Сигурност

Друга кључна и изворна компонента људских права је сигур-ност појединца у односу на државну власт, нарочито према полициј-ским и кривичним властима. У Аустрији се вредносни значај ове ми-

¹⁶ В. чл. 2 ст. 3 и 4 Додатног протоока бр. 4. Текст Протокола у: Југо-словенска ревија за међународно право, Београд 1972, бр. 2—3, стр. 425—426. У истој ревији објављен је и текст Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода заједно са Протоколима бр. 1—5.

¹⁷ Текст аустријске резерве на Допунски протокол бр. 1 и 4 код: В. Klec-asky, Österreichische Bundesverfassungsgesetze, 6. Auf., (Stand 1. januar 1976), 1977, S. 169.

¹⁸ BGBl. 529/1979.

¹⁹ BGBl. 565/1978. Поменућа одредба има ранг савезног уставног права.

сли показује у томе што StGG изједначава појам личне слободе са слободом од самовољног притварања²⁰. Идеја сигурности садржана је и у низу посебних основних права и гаранција.

а) Право на поступак пред законитим судом

Право на поступак пред законитим судом једно је од ретких основних права које је непосредно утврђено уставом (чл. 83 ст. 2 В-VG). На идентичан начин било је формулисано и у § 1 Закона о заштити личне слободе од 1862. године. Историјски посматрано изворни смисао овог права био је усмерен против тзв. „кабинетске јустисије“ монархије. У јудикатори оно је сада широко интерпретирано тако да Уставни суд под „законитим судом“ разуме сваку државну власт²¹. Право на законити суд Уставни суд види повређеним онда када власт захтева надлежност која јој по закону не припада или је неосновано одбија или не одлучује у законитом саставу²².

б) Забрана мучења

Према чл. 3 Европске конвенције нико не сме да се подвргне мучењу или нечовечном, односно понижавајућем поступку или кажњавању.

в) Заштита личне слободе

Чл. 8 StGG гарантује сваком, а то значи и странцима, слободу личности. Државним уговором у Сен-Жермену (чл. 63) Аустрија је обавезна да свим становницима без обзира на порекло, држављанство, језик, расу или религију гарантује потпуну заштиту живота и слободе²³. У питању је заштита физичке слободе личности од самовољног хапшења или других мера одузимања и угрожавања слободе. Закон о заштити личне слободе, који је и даље саставни део савезног уставног права, одређује (§ 2) да притварање једног лица сме да следи само на основу судске наредбе. Наредба се мора истовремена или најкасније у року од 24 часа уручити притвореном лицу (§ 2 ст. 2). У случајевима регулисаних посебним законом полицијске власти могу да притворе неко лице и без судског налога, али у року од 48 часова морају или да га ослободе или да га предају надлежним властима (§ 4). Под „надлежним властима“ разумеју се оне власти којима, сходно случају, припада даљи поступак са притвореним лицем (§ 4 ст. 2).

²⁰ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 235.

²¹ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 398.

²² Ibid, стр. 398; Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 235.

²³ Текст Државног уговора из Сен-Жермена од 1919. године: В. Klecatsky, Österreichische..., стр. 151 ид. У овој збирци се налазе сви правни извори основних права у Аустрији донети до 1. јануара 1976. године.

г) Европска конвенција и гаранције слободе личности

Напред изложене гаранције слободе личности у значајној мери допуњава нормирање Европске конвенције. У чл. 5 ст. 1 Конвенције најпре су одређени случајеви (материјална законска резерва) у којима законодавац сме да предвиди одузимање слободе, а затим се утврђују права ухапшеног или притвореног лица (ст. 2 до 5). При ратификацији Конвенције Аустрија је на ове одредбе ставила резерву према којој се дејство Конвенције не простире на мере одузимања слободе изречене у управном поступку²⁴. Тиме је и даље задржано управно казнено право, тј. у овој земљи традиционална надлежност управних власти да у законом одређеним случајевима и у поступку сличном судском могу да изричу и казне лишења слободе. Ова резерва је интерпретативно протегнута и на чл. 6 Европске конвенције. Став први овог члана предвиђа право свакога да се његов случај конкретно, јавно и у разумном року расправи пред независним и непристрасним судом, било у погледу његових грађанских права и обавеза, било у погледу ма које кривичне оптужбе. На тај начин кривичноправна страна чл. 6 Европске конвенције обухвата у Аустрији само судски кривични поступак²⁵.

д) Заштита неповредивости стана, тајне писма и телефона

Чл. 9 StGG зајемчује неповредивост стана. Ближе регулисање садржи Закон о заштити кућног права који је саставни део савезног уставног права. Према овом закону (§ 1) претрес стана може да се спроведе само на основу судске наредбе која се дотичном лицу мора уручити одмах или најкасније у року од 24 часа. Изузеци су предвиђени у § 2 овог Закона, а специјална овлашћења у циљу полицијског или финансијског надзора могу се, сходно одредби § 3, предвидети посебним законом. Ова формална законска резерва садржајно је допуњена резервом из чл. 8 Европске конвенције. Овом резервом се захтева постојање „оправданих интереса нужних за демократско друштво” који би дозвољавали мешање јавне власти приликом вршења овог права.

Према чл. 10 StGG писма смеју да се узапте, осим при законитом притварању или кућном претресу, само у случају рата или на основу судске наредбе у складу са постојећим законима. И овде је применљива резерва из чл. 8 Европске конвенције. Новелом Државног закона о општим правима грађана од 1974. године (чл. 10а StGG) дозвољава се надзор над „далинским саобраћајем” само на основу судске наредбе у случајевима предвиђеним посебним законом.

²⁴ В. напомену бр. 17.

²⁵ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 236.

3. Основна права у области привредног живота

Најважнија права у домену привредног живота, према стању позитивних извора уставног права, јесу: слобода професије, својина, слобода промета непокретности и слобода предузетничке делатности. Садржајно посматрано и ова група основних права не доноси ништа новог.

а) Својина

Централну позицију међу основним правима са привредним обележјима и даље заузима право својине. Чл. 5 StGG гарантује неповредивост својине, али је истовремено ставља под законску резерву. Национализација је могућа само на начин и под условом који су предвиђени законом. Захват у својину је допуштен само ако постоји „општи интерес”. Као и код других основних права и овде законско регулисање не сме да повреди језгро, супстанцу основног права тј. својине. Према критеријумима Уставног суда национализација је допуштена само ако постоји конкретна потреба у општем интересу, која се никако другачије не може задовољити и ако је објект национализације непосредно подобан за задовољење ове потребе²⁶. У основи ови критеријуми се поклапају са садржајем Допунског протокола бр 1 (чл. 1) уз Европску конвенцију. Преко тога у Допунском протоколу се захтева и поштовање услова предвиђених „општим начелима међународног права”.

Иначе, под својином аустријско право разуме не само својину у ужем, цивилноправном смислу, него свако приватно право које се може изразити као имовински вредносно. Међутим, заштитом својине нису покривени захтеви који имају основ у јавноправним регулисањима, као што су нпр. концесије за вршење одређених делатности или захтеви из социјалног осигурања²⁷.

б) Слобода промета непокретности

Поред опште гаранције својине StGG посебно гарантује (чл. 6) право сваког грађанина, не и странаца, на слободно стицање и располагање својином на земљишту на сваком месту државне области.

в) Слобода предузетничке делатности

Према чл. 6 StGG сваки држављанин може, под условима предвиђеним законом, да врши сваку предузетничку делатност. Као и већина основних права и слобода стицања је одобрена са законском резервом. Стога је законодавац овлашћен да обликовањем овог права утврди извесне услове под којима је вршење одређених професија дозвољено или забрањено. За стране држављане из чл. 6 StGG не може да се изведе „уставом гарантовано право”.

²⁶ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 421.

²⁷ Ibid, стр. 421.

г) Слобода професије

Сходно чл. 18 StGG свако је слободан да изабере своју професију и да се образује за њено вршење, када и где жели. Мада је слобода избора професије и професионалног образовања одобрена без законске резерве, Уставни суд је и на ово право протегнуо резерву под којом је одобрена слобода предузетничке делатности. Стога, према његовом мишљењу не постоји повреда овог права ако се законом утврде услови у погледу стручности за вршење одређене професије²⁸.

4. Основна права заједничког живота

У ову групу основних права Th. Öhlinger убраја политичка права у ужем смислу, али и друга основна права која се, по правилу, остварују у заједници са другим људима. Тврди се да је њихова основна функција диференцирање државног и друштвеног подручја, чиме се далекосежно обликује „плуралистички карактер“ западног друштвеног поретка²⁹.

а) Бирачко право и право гласања на референдуму

Бирачко право и право гласања на референдуму непосредно гарантује савезни устав. На основу чл. 26 ст. 1 B-VG, Национално веће се бира на основу једнаког, непосредног, тајног и личног бирачког права мушкараца и жена који су на дан избора навршили 19 година живота, а према начелима сразмерним избора. Пасивно бирачко право стиче се навршењем 21 године живота за избор представничких тела (чл. 26 ст. 4 B-VG), а са 35 година живота за избор председника Републике (чл. 60 ст. 3)³⁰. Одузимање бирачког права може да следи само на основу судске одлуке (чл. 26 ст. 5 B-VG). Аналогне одредбе, за избор земаљских и општинских представничких тела, садржане су у чл. 05 и 117 савезног устава. У овим одредбама садржан је и тзв. принцип хомогенитета тј. начело да услови за вршење активног и пасивног бирачког права, при избору представничких тела ових заједница, не могу бити оштрији од услова утврђених за избор савезног парламента.

Са бирачким правом тесно је повезано право гласања на референдуму. Сходно чл. 46 ст. 2 B-VG сваки грађанин, овлашћен да бира и да буде изабран за члана Националног већа, има право гласа на референдумима или народним иницијативама које предвиђа савезни устав. Уставом су предвиђени следећи облици народног изјашњавања: обавезни уставни референдум у случају целовите промене савезног устава (чл. 44 ст. 2 B-VG); факултативни уставни референдум на предлог трећине чланова Националног већа или савезне владе (чл. 44 ст. 2 B-VG); факултативни законски референдум на предлог већине чланова

²⁸ Ibid, стр. 419.

²⁹ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 237.

³⁰ За бирачко право упор. и чл. 8 Бечког државног уговора од 1955. године и чл. 3 Дотунског протокола бр. 1 на Европску конвенцију.

Националног већа (чл. 43 B-VG); референдум о разрешењу савезног председника на предлог савезног парламента (чл. 60 ст. 6 B-VG); референдум о постављењу савезног председника у случају номинације једног кандидата (чл. 60 ст. 1 B-VG); право иницијативе (чл. 41 ст. 2 B — VG).

Уставном суду дата је надлежност не само да штити ова политичка права, него и да контролише уставност и законитост изборног поступка у целини³¹.

б) Право на оснивање политичких партија

Како се аустријско изборно право темељи на начелима сразмерних избора и овде у изборима за представничка тела пресудну улогу имају политичке партије. Зато пасивно бирачко право фактички не припада појединцу него политичкој партији³².

Уставном одредбом чл. 1 Закона о партијама од 1975. године³³ уставно је санкционисано постојање политичких партија које су проглашене „суштинским делом” демократске Републике. Тиме је институционално гарантовано њихово суделовање у политичком образовању воље³⁴. Оснивање политичких партија је слободно, уколико савезним уставним законом није ништа друкчије одређено (слобода оснивања). Делатност партије, такође, не сме да се подвргне ограничењима од стране прописа који имају слабији ранг од савезног уставног права (слобода деловања). Политичке партије имају обавезу да донесу своја правила која се морају објавити у периодичним публикацијама и депоновати код надлежног државног органа. Правилима нарочито треба да се регулише организација партије, овлашћења за заступање и права и дужности чланова. Депоновањем правила партија стиче својство правног лица³⁵.

в) Право петиције

Према чл. 11 StGG право петиције припада свакоме. Под петицијама се разумеју предлози опште врсте који се упућују органима законодавства или извршења и у којима се захтева доношење одређених генералних мера или обустављање одређених правних стања³⁶. За појединца значај овог права је минималан. Јавна власт је, наравно, само обавезна да прими петицију.

г) Слобода удруживања и окупљања

Чл. 12 StGG одређује да аустријски држављани имају право да се окупљају и да образују удружења. Вршење овог права регулише се посебним законом (тзв. резерва обликовања основног права). Европском конвенцијом ово право је проширено на све и укључује још и

³¹ В. чл. 141 B-VG.

³² M. Nowak, Das Wahl- und Stimmrecht als Grundrecht in Österreich, EuGRZ 1938, S. 102.

³³ BGBl. 404/1975.

³⁴ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 405.

³⁵ Ibid, стр. 405.

³⁶ Ibid, стр. 407; Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 237.

право на оснивање и приступање синдикатима (чл. 11 ст. 1 Европске конвенције). Према чл. 11 ст. 2 Европске конвенције законом се могу предвидети ограничења ових права која су „неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне сигурности, ради спречавања нереда или злочина, ради заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других” (тзв. материјална законска резерва). У овом контексту од посебног значаја су одредбе чл. 7 ст. 5 Државног уговора од 1955. године. Ове одредбе изричито забрањују делатност организација које су усмерене на то да хрватском или словеначком становништву одузму њихова својства и права као мањина. Чл. 9 Државног уговора исцрпно утврђује обавезе Аустрије у погледу забране и одстрањивања било каквих нацистичких организација или делатности.

д) Слобода мисли и слобода штампе

Свако има право да путем речи, отиска или сликовитом представом слободно испољи своје мишљење, унутар законских граница. Штампа не сме да се стави под цензуру или да се ограничи системом концесија (чл. 13 StGG). Најважнији садржај овог регулисања види се у апсолутној забрани цензуре. Без обзира на мотиве искључена је било каква превентивна контрола штампе или њено ограничење³⁷.

И ова права су одобрена са законском резервом. У чл. 10 Европске конвенције садржајно се лимитира интервенција законодавца у овој области.

ђ) Слобода науке и уметности

Наука и њено учење је слободно (чл. 17 StGG). Ова одредба се разуме као одобравање субјективног права свакоме да спроводи научна истраживања и објављује своје резултате, уз забрану да се било ко прогони због постављања научног става као таквог, било судски било преко других власти³⁸. Слобода науке превазилази општу слободу мишљења, јер није одобрена са законском резервом. У теорији се, осим тога, у овој одредби о слободи науке види посебна гаранција аутономије универзитета. Ово, међутим, јудикатура Уставног суда одбацује³⁹.

Савезним уставним законом од 12. маја 1982. године⁴⁰ допуњен је StGG новим чланом (чл. 17а) којим се посебно утврђује слобода уметничког стварања. Као и за слободу науке и за ово основно право важе систематске и иманентне границе одобравања⁴¹.

е) Слобода наставе и право на образовање

Сваки држављанин који је на законит начин доказао своју подобност овлашћен је да оснива наставне и васпитне установе и да

³⁷ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 237.

³⁸ Ibid, стр. 237.

³⁹ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 417.

⁴⁰ BGBl. 262/1982.

⁴¹ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 417.

на њима изводи наставу (чл. 17 ст. 2 StGG). Кућна настава не подлеже законском ограничењу тј. сме да се изводи и без доказа о оспособљености (чл. 17 ст. 3 StGG). Приватним школама, уколико испуњавају законске претпоставке, припада право на јавну потпору (чл. 14 ст. 7 B-VG). Врховно управљање и надзор у погледу читаве наставне и образовне делатности припада држави (чл. 17 ст. 5 StGG). У чл. 2 Допунског протокола бр. 1 право на образовање допуњено је нормирањем да се оно никоме не може ускратити, као и обавезом државе да поштује право родитеља и осигура васпитање и наставу у складу са њиховим религиозним и назорним уверењима.

ж) Слобода вере и савести; право на цивилну службу

Чл. 14 StGG, допуњен одредбама чл. 63 ст. 2 Државног уговора из Сен-Жермена и одредбама чл. 9 Европске конвенције, гарантује индивидуално право свакога на слободан избор вере, исповедања или назора и њихово јавно или приватно вршење, било самостално било у заједници са другима. Нико не сме да се принуди на учешће у црквеним обредима (чл. 14 ст. 3 StGG)⁴². Уживање грађанских и политичких права независно је од религиозног уверења и обрнуто: нико не може позивањем на религиозна уверења да се ослободи правних дужности (чл. 14 ст. 2 StGG).

Према уставној одредби § 2 ст. 1 Закона о цивилној служби од 1974. године⁴³ лица која због религиозних назора одбијају употребу оружја против других људи имају право на ослобођење од војне службе и уместо ње право на обављање цивилне службе, у складу са одредбама поменутог закона. Оправданост разлога оцењује посебна комисија што значи да ово субјективно право није одобрено безусловно тј. за стицање овог права није довољна обична изјава воље.

з) Права мањина

За права мањина нису више меродавне одредбе Државног закона о општим правима грађана (чл. 19 ст. 1—3), мада формално нису укинуте, него одредбе Државних уговора из 1919. и 1955. године. Одељак V дела III Државног уговора из Сен-Жермена и чл. 7 ст. 2—4 и чл. 9 Бечког државног уговора имају ранг савезног уставног права. Одговарајуће одредбе ових уговора односе се на словеначку и хрватску мањину у Карантанији, Штајерској и Бургенланду.

Одредбама Државних уговора о заштити мањина гарантује се, с једне стране, једнаки положај припадника мањине у односу на остале држављане⁴⁴, а, с друге стране, мањинама се признају и посебна права.⁴⁵ Мањинама се, пре свега, гарантују следећа права: право

⁴² Право црквених и религиозних заједница на самостално управљање унутрашњим пословима и разликовање „законом признатих“ од „законом непризнатих“ в. у чл. 15 и 16 StGG.

⁴³ BGVl. 187/1974.

⁴⁴ и ⁴⁵ За прву ситуацију меродавна су следећа репулисања: чл. 66 ст. 1 Државног уговора из Сен-Жермена, чл. 67 Државног уговора из Сен-Жермена; чл. 7 B-VG; чл. 7 т. 1 Бечког Државног уговора; чл. 14 Европске конвенције и

на елементарну наставу на словеначком или хрватском језику и на сразмерни број сопствених средњих школа; право да се словеначки или хрватски језик признају, допунски са немачким језиком, за службени језик у управним и судским окрузима Карантиније, Бургенланда и Штајерске са словеначким, хрватским или мешовитим стандардизацијом; право да се у поменутих областима ознаке и натписи топографске природе пишу и на словеначком или хрватском језику двојезичност топографских натписа); право словеначке и хрватске мањине да учествују у културним, управним и правосудним установама ових области, на основу једнаких услова као и остали аустријски држављани; право на сопствене организације, скупове и штампу на сопственом језику⁴⁶.

Супротно одредбама Државног уговора из 1955. године аустријско законодавство ограничава ова права мањина и прикривено спроводи политику денационализације и асимилације мањина⁴⁷.

5. Начело једнакости

Слобода и једнакост су два пола која заокружују мисао основних права од самог почетка њиховог уставног декларисања. Ако се одредбе о основним правима схвате као историјски конкретне (либерално) формирање мисли слободе, онда начело једнакости чини, у извесној мери, супротан пол⁴⁸. Идеја једнакости, међутим, захтева да слобода буде једнака за све, што подразумева њено ограничење „на

Савезни уставни закон за спровођење Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације (BGBl. 390/1973). Сва ова регулација имају карактер савезног уставног права. Посебна права мањина утврђују: чл. 66 ст. 3 и 4 и чл. 68 Државног уговора из Сен-Жермена; чл. 8 В-ВГ и чл. 7 т. 2—4 Бечког Државног уговора.

⁴⁶ В. чл. 7 т. 1—5 Бечког Државног уговора.

⁴⁷ В. тзв. Volksgruppengesetz BGBl. 1976/396) и Volkszählungsgesetz (BGBl. 1980/199) Закон о народносним групама и Закон о пребројавању народа. Проблематичност неких регулација ових закона и директну супротност према Бечком Државном уговору истиче и сама аустријска правна теорија. Упор. нпр. R. Walter, Bundesverfassungsrecht, стр. 436 ил. F. Ennacoza признаје (Österreichische Verfassungslehre — Verfassungsentwicklung seit 1970, Wien 1980, S. 84, да & 2 ст. 1 т. 2 Закона о пребројавању народа, који постављање топографских натписа чини зависним од постојања једне четвртине припадника „народне групе“ у одређеним административним јединицама, противречи члану 7 ст. 3 Бечког Државног уговора. Према његовом мишљењу упућивање на „четвртину“ може да се оправда само политичким разлозима којима се руководи аустријска унутрашња политика, али се не може ослањати на уставно право. M. Nowak (Erfüllt Österreich seine Verpflichtungen nach dem UN — Pakt über bürgerliche und politische Rechte, EuGPZ 1981, S. 520) упућује примедбу аустријском извештају Комитету за права човека од 10. априла 1981. године, између осталог, зато што у погледу права мањина не указује, сходно члану 40 ст. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, на „теškoће које утичу на спровођење у живот одредаба овог Пакта“, као и на околност да се извештај не упушта у садржајни приказ одговарајућих законских регулација права мањина, посебно у регулацијама Закона о народносним групама.

⁴⁸ Th. Öhlinger, Die Grundrechte in Österreich — Ein systematischer Überblick, EuGRZ 1982, S. 238. О антиномији слободе и једнакости: H. E. Tödt, Die Antinomie von Freiheit und Gleichheit, in: Menschenrechte, Volksgruppen, Regionalismus, Festgabe für.

меру која њено вршење чини социјално снопљивим. Слобода основних права није социјално неограничена и неодговорна, већ је преко начела једнакости уграђена у социјални поредак⁴⁹. У том погледу начело једнакости може се узети за прво социјално основно право. Међутим, у Аустрији, као уосталом у већини устава грађанске демократије, начело једнакости још увек је задржано на минималном, формалном захтеву једнакости пред законом.⁵⁰

Начело једнакости утврђено је у чл. 2 StGG као једнакост пред законом. На исти начин то је поновљено у чл. 7 B-VG, уз изричиту забрану дискриминације на основу рођења, пола, имовног стања, класе и вероисповести. Начело једнакости утврђено је и у чл. 66 ст. 1 и чл. 67 Државног уговора из Сен-Жермена, као и у чл. 6 т. 2 Бечког Државног уговора. Дискриминацију на основу пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, припадности некој националној мањини, имовине, рођења или сличних околности забрањује чл. 14 Европске конвенције. Квалитативно значајну допуну начело једнакости добило је рецепцијом Међународне конвенције о одстрањивању свих облика расне дискриминације. По први пут овде је начело једнакости протетнуто и на лица без аустријског држављанства.⁵¹

Начело једнакости везује и законодавца и извршење, а у интерпретацији Уставног суда оно заузима централну позицију⁵². „На примеран начин ово се показује у томе да Уставни суд суштински садржај основних права у који законодавац не сме да захвати ни код законске резерве покушава увек да открије у тесној вези са начелом једнакости”⁵³. Уставни суд тиме настоји да начело једнакости уздигне у неку врсту надређеног основног права.

а) Равноправност полова

Гарантовању овог права служи Конвенција о политичким правима жена и Конвенција УН о одстрањивању свих облика дискриминације жена⁵⁴. Одредбе друге конвенције (чл. 1—4) поседују ранг савезног уставног права. Читава Конвенција, иначе, стоји под „резервом извршења”, сходно чл. 50 ст. 2 B-VG. Међутим, посебан закон за њено спровођење није донет. Сматра се да је садржај Конвенције у целини покривен позитивним уставним регулисањем⁵⁵.

⁴⁹ Th. Veiter, 1982, S. 149 ff.

⁵⁰ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 238.

⁵¹ Детаљно о начелу једнакости: R. Rack/N. Wimmer, Das Gleichheitsrecht in Österreich, EuGRZ 1983, S. 603 ff.

⁵² Упор. L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 379. О везаности законодавца и извршних органа за начело једнакости и богатој пракси Уставног суда детаљно код: R. Rack/N. Wimmer, оп. цит., стр. 603 ид.; L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 380 ид.; R. Walter, Bundes..., стр. 401 ид.; K. Korinek/B. Gutknecht, оп. цит., стр. 301 ид.; Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 225 ид.

⁵³ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 380.

⁵⁴ BGBl. 1969/256 i BGBl. 1982/443.

⁵⁵ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 380.

б) Право на једнаки приступ јавним службама

У тесној вези са начелом једнакости свих грађана стоји одредба чл. 3 StGG о праву на једнаку доступност свих јавних служби. Одговарајуће регулисање овог права, изведеног из начела једнакости, садржи чл. 66 ст. 2 Државног уговора из Сен-Жермена.

II. ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА

У Аустрији се увек наглашава тесна веза која постоји између разумевања основних права и њиховог тумачења, с једне стране, и специфичног система правне заштите, с друге стране⁵⁶. „Садржај каталога основних права не може се схватити изоловано од поступака установљених за заштиту ових права”⁵⁷. У целини заштита основних права поверена је Уставном суду. Покушаји да се у систем правне заштите укључе нове институције, на пример омбудсман, нису успели, али су зато имали за последицу ширење и комплетирање уставно-судске заштите основних права⁵⁸.

1. Уставносудска заштита основних права

У систему заштите основних права централну позицију заузима уставно судство. Док се у погледу садржаја основних права не може уочити нека посебна оригиналност, Аустрија је у том погледу иза већине западноевропских држава, систем правне заштите у великој мери је утицао на низ европских држава и њихове системе заштите основних права и принципа уставности уопште. За садашње разумевање основних права или према аустријској терминологији „уставом гарантованих права”, као и за њихов практични домет, две компетенце уставног судства су од пресудног значаја: контрола уставности закона и нормативних аката уопште, као језгро уставносудске контроле, и заштита уставом гарантованих права од повреда учињених појединачним актима суверене управе.

а) Оцена уставности закона

Уставном новелом од 1975. године оцена уставности закона добија карактер директног правног механизма заштите уставом гарантованих права. На правну ситуацију појединца дотада су ефекти контроле уставности закона деловали само индиректно.

Оцена уставности закона првобитно била је замишљена само као правни механизам очувања уставне поделе компетенција између савеза и федералних јединица тј. као механизам заштите принципа савезне државе. Ово је очигледно из чињенице да је уставна лепити-

⁵⁶ Сажета скица историјског развоја разумевања основних права и њихове правне заштите у Аустрији код: R. Walter, Grundrechtverständnis und... стр. 1—23.

⁵⁷ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 238.

⁵⁸ Упор. F. Ermacora, оп. цит., стр. 90.

мација за оспоравање уставности закона првобитно припадала само савезној влади у погледу побијања уставности земаљских закона и земаљским владама у побијању уставности савезних закона⁵⁹. Заштита уставом гарантованих права није, дакле, била непосредан повод институционализације уставног судства, односно судске контроле уставности закона.

Извесни ефекти за заштиту субјективних права произишавали су из овлашћења Уставног суда да, по службеној дужности, испитује уставност закона који би требало да примени при решавању компетенционих спорова. Иницијатива за ово могла је да потекне и од појединца који је у жалби против управног акта, за који тврди да вређа његово уставом гарантовано право, могао да истакне приговор неуставности примењеног закона и тиме евентуално да испровоцира судско испитивање уставности закона по службеној дужности (чл. 144 B-VG). У овоме се може видети један елемент контроле уставности закона који је од почетка, додуше незнатно, служио индивидуалној правној заштити, а који је касније, у оквиру опште контроле уставности закона, довео до формирања самосталног поступка заштите уставом гарантованих права од повреда учињених генералном правном нормом.

Право на оспоравање уставности закона пред Уставним судом било је проширено 1929. године и на Врховни и Управни суд, а то значи и индиректна могућност појединца да иницира оцену уставности закона. Правним средством упућеном Врховном или Управном суду могло је да се укаже на неуставност примењених закона и тиме да се евентуално провоцира покретање поступка пред Уставним судом. Разуме се ова могућност није подразумевала постојање захтева на такву делатност Врховног или Управног суда који су право на покретање поступка пред Уставним судом користили крајње рестриktivно.

Уставном новелом од 1975. године овлашћење на оспоравање уставности закона проширено је на све судове који одлучују у другој инстанци⁶⁰. Судовима ово влашћење није дато генерално, него у склопу тзв. инцидентног поступка тј. ако је испитивање уставности закона претпоставка судске одлуке у конкретном случају⁶¹. Ово је нарочито значајно за случајеве у којима правно средство Врховном суду није допуштено. Како су, међутим, правна средства против првостепених судских одлука готово увек дозвољена, новелом је ипак отворен широк простор за испитивање уставности закона које судови примењују.

Новела од 1975. године увела је и право индивидуалне жалбе на уставност закона и тиме формирала самостални институт уставно-судске заштите основних права. Пред Уставним судом појединац може директно да оспори уставност закона тврдњом да је њиме непосредно повређен у својим уставом гарантованим правима, уколико је законом додирнута његова уставом заштићена сфера и без доношења конкретне судске одлуке или појединачног акта суверене управе. Про-

⁵⁹ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 243.

⁶⁰ BGBl. 1975/302.

⁶¹ В. чл. 140(1) и чл. 89(2) B-VG.

цесне претпоставке индивидуалног предлога на оспоравање уставности закона, *mutatis mutandis* оне морају постојати и при оспоравању уредбе или државног уговора, су следеће:

аа) жалилац мора поставити тврдњу да је непосредно повређен у својим правима, што би требало да значи не само у уставом гарантованим правима него и у осталим субјективним правима;

бб) у односу на жалиоца закон мора да производи непосредно дејство и без доношења судске одлуке или управног акта. Наведене процесне претпоставке одузимају индивидуалном предлогу на нормативну контролу карактер тзв. популарне тужбе. Јер, само оно лице може са успехом да постави тврдњу да је законом непосредно повређено у својим правима ако докаже да је закон за њега постао делотворан и без доношења аката за његову примену — уредби, решења или пресуда⁶². У сваком случају услов је да се ради о важећем и ваљано објављеном закону који производи непосредно дејство и без аката уобичајених за његово спровођење и примену. У теорији такви закони се означавају као „законске мере“⁶³.

Индивидуални предлог на нормативну контролу тј. право појединца да пред Уставним судом оспорава уставност нормативних аката (закона, уредби и државних уговора који се непосредно примењују) има узор у одговарајућем институту — уставна жалба — немачког уставног права. Правна теорија је, међутим, доста критички расположена према уставној обради овог института у Аустрији. Тврди се да је овај институт дошао „као спонтани поклоп уставотворца“⁶⁴. Потреба и вредност института нису оспорени, али се критикује непрецизност уставног регулисања које је низ питања везаних за овај институт свесно оставило отвореним, препуштајући њихово решавање правној теорији и јудикатури Уставног суда. Штавише, уставна обрада индивидуалног предлога на нормативну контролу узима се за још један „дарадни пример нешпанских уставних промена које разорно делују на аустријско уставно право“⁶⁵. Процесне претпоставке употребе овог института само на изглед делују неспорно. Да се помену само нека спорна питања: да ли индивидуални акт не сме да постоји само у односу на жалиоца или се он правно уопште не предвиђа за деловорност дотичне генералне норме; да ли се може указивати само на повреду уставом гарантованих права, чиме се заштита сужава, или субјективних права уопште; да ли извршење индивидуалним актима интерпретативно треба протегнути и на вршење непосредне наредбодавне и принудне управне власти итд.⁶⁶

У сваком случају индивидуалним предлогом на нормативну контролу у правни систем заштите уведена је директна заштита и

⁶² Упор. F. Ermacora, *Österreichische Verfassungslehre*. . . стр. 92.

⁶³ *Ibid*, стр. 92. Као типичан пример оваквих закона F. Ermacora наводи први аустријски Закон о подржављењу (BGBl. 169/1949) којим су, без посредовања управног акта, подржављена предузећа, банке и акционарска друштва.

⁶⁴ R. Walter, *Grundrechtsverständnis*. . . стр. 21.

⁶⁵ B. Ch. Funk, *Der Individualantrag auf Normenkontrolle — Eine Zwischenbilanz anhand bisheriger Rechtsprechung*, in: *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit*, Festschrift für H. R. Klecatsky, 1980, S. 289.

⁶⁶ Детаљно о свим спорним питањима која се јављају код индивидуалног предлога на нормативну контролу: B. Ch. Funk, *оп. cit.*, стр. 290 итд.

према законодавцу. Индивидуалном жалбом уставносудска контрола потпуно се ставља у службу правне заштите основних права, отварајући, практично без празнина, приступ појединцу на иницирање контроле уставности закона. Јер, у случају да закон нема непосредно дејство у правну сферу појединца његово испитивање се може захтевати преко судова друге инстанце, а ако је закон примењен управним актом и преко државно-правне жалбе из чл. 144 В-VG. У последњем случају контрола уставности закона иницира се по службеној дужности⁶⁷.

б) Практични значај испитивања уставности закона

Уобичајено је да се уставним судовима пребацује да своја кључна овлашћења веома уздржљиво користе у односу на законодавца. И аустријско уставно судство није поштебено приговора те врсте, мада оцена уставности закона, статистички изражено, показује на први поглед изненађујући резултат. У периоду од 1945—1979. године Уставни суд је чак у 453 случаја поништио законска регулација као противуставна, а од тог броја 113 случаја отпада на поништавање закона због повреде основних права⁶⁸.

У поступку испитивања уставности закона приоритетан значај добило је начело једнакости. Правила у интерпретацији овог начела Уставни суд покушава да протегне и на тумачење осталих основних права настојећи да од њега начини надређено основно право. Међутим, новија, динамична интерпретација начела једнакости још увек не значи и одступање од традиционалног, либералног разумевања основних права. Сprovedено консеквентно сигурно би ово начело водило разарању постојећег концепта основних права, који се баш и заснива на извесном односу напетости између једнакости и либералне слободе. Али, тиме би се од уставног судства захтевало много више од онога што оно као „негативни законодавац” може да учини. Одлуке уставног суда које практично воде изузетном одливању новчаних средстава из државног буџета у корист одређених категорија становништва представљају или реткост или, када се донесу, наилазе на жестоку опозицију јер, наводно, угрожавају традиционални концепт слободе. Стога је тешко очекивати да интерпретације начела једнакости може да компензира одсуство социјално-економских права из система уставом гарантованих права. И овде је уставно судство замишљено као чувар постојећег или би, барем претежно, то требало да буде његов задатак. Политичка динамика резервисана је за законодавца што уставно судство поштује развијањем доктрине „judicial restraint”. Чак и у оним одлукама које су се тицале политичких питања од изузетне важности, а у којима је Уставни суд имао чврсто правно упориште, Суд је будно мотрио да не повреди неки од принципа судског самоограничења. Његове одлуке су се односиле само на „ексцесног” законодавца што је, разуме се, обезбеђивало спокојну позицију Суда у политичком систему.

⁶⁷ В. чл. 140(1) В-VG.

⁶⁸ Подаци наведени према: Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 244. Овај стварно импозантни број поништених закона релативизира околност да се велики број одлука односи на „техничка” или „формална”, политички безначајна питања.

в) Државноправна жалба

Државноправна жалба, институт преузет из Швајцарског система правне заштите, представља друго значајно правно средство појединца у поступку уставносудске контроле акта јавне власти.

На основу чл. 144(1) В-VG Уставни суд одлучује о жалбама против одлука органа управе ако жалилац тврди да је таквом одлуком повређено његово уставом гарантовано право. Под истом претпоставком дозвољена је и жалба против вршења непосредне управно наредбодавне и принудне власти. Са овом надлежношћу уставно судство се јавља као специјално управно судство, као изузетак од опште надлежности Управног суда на испитивање појединачних аката и фактичких службених радњи органа управе⁶⁹. Критеријум на основу кога се дели надлежност између ова два суда јавног права је мерило по коме се испитује правоваљаност управних аката. Уставни суд оцењује њихову сагласност са уставом гарантованим правима тј. уставним правом, а Управни суд њихову конформност законском праву⁷⁰.

Историјски посматрано ова компетенца Уставног суда развијена је из надлежности монархијског Државног суда који је, између осталог, одлучивао о жалбама на повреде политичких права, али одлуком која није имала касаторно дејство⁷¹.

Предмет уставносудског испитивања поводом државноправне жалбе јесу одлуке управне власти. У старијој јуриспруденцији појам „одлучивање управне власти” био је ограничен на управне акте који испуњавају извесне формалне захтеве. Мора да се ради о сувереним решењима управне власти којима се у појединачним управним стварима према индивидуално одређеним лицима одлучује, на формалан и за правну снагу подобан начин, о правним односима материјалне или процесноправне природе, било да се постојећи правни односи утврђују, било да се стварају нови⁷². Каснија пракса Уставног суда проширила је овај појам преко формалних управних аката и на фактичке службене радње”, што је прихватио и уставотворац уставном новелом од 1975. године⁷³.

Државноправном жалбом могу се оспоравати само појединачни акти управе за разлику од немачке уставне жалбе која се, због повреде основних права зајемчених уставом, начелно може подићи против свих суверених аката јавне власти, укључујући и одлуке редовних судова. У Аустрији државноправна жалба се не односи на одлуке редовних судова. Након исцрпљивања инстанционог пута њих је могуће оспоравати само пред инстанцама које предвиђа Европска конвенција. Ограничење државноправне жалбе на акте управе само је одраз традиционалног разумевања основних права. Основна права су искључиво одбрамбена права према сувереној држави са којом је идентификована управна делатност. Увођењем индивидуалног пред-

⁶⁹ Упор. Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 240.

⁷⁰ В. чл. 144(1) и чл. 131(1) В-VG.

⁷¹ В. Закон о установљењу Државног суда од 1867. године (RGBl. 143).

⁷² Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 240.

⁷³ В. чл. 144(1) В-VG.

лога за испитивање уставности закона ово схватање је само проширено и на законодавца, али је суштински и даље задржано.

Друго ограничење у коришћењу државноправне жалбе тиче се саме управне делатности. Уставносудској контроли подлежу управни акти и фактичке службене радње, али не и акти преко којих управа не иступа као суверена власт. Ту се ради о неформалним радњама управе или радњама управе које су предузете у форми приватног права (тзв. приватно-привредна управа). Неформалне одлуке управе често се доносе на подручју планирања, а приватно-привредна управа обухвата сваку делатност управе у форми приватног права којом се испуњавају „јавни задаци”. Према томе, пред Уставним судом могу се побијати само суверени акти управе. Државноправна жалба није могућа ни у случају тзв. „ћутања администрације”⁷⁴.

По правилу, управни акти и непосредна службена наредбодавна и принудна власт⁷⁵ могу да се оспоравају како пред Уставним тако и пред Управним судом⁷⁶. Надлежност се одређује према тврдњи жалιοца да је повређен или у уставом гарантованом праву или у другом субјективном праву. Могуће је да се управни акт и истовремено сузбија код оба висока суда јавног права. Рок за жалбу код оба суда износи шест недеља почев од дана достављања коначног управног акта. Редовни инстанциони пут мора бити исцрпљен⁷⁷. У поступку пред Управним судом може да се учини предлог, најкасније до закључења усмене расправе, да Суд уступи жалбу Управном суду уколико нађе да управним актом није повређено уставом гарантовано право, под условом да се не ради о случајевима у којима је надлежност Управног суда искључена⁷⁸. Обрнути поступак није могућ: не оспори ли се управни акт пред Управним судом у року од шест недеља наступа недопустивост жалбе. На овај начин странка се очигледно каналише на оспоравање управног акта пред Уставним судом. Ако ту не успе и даље остаје могућност да се управни акт сузбија пред Управним судом. Зато и не зачуђује да је Управни суд значајно оптерећен оваквим жалбама⁷⁹.

Већ је речено да се у испитивању правоваљаности управних аката као критеријум разграничења надлежности између Уставног и Управног суда појављује мерило испитивања. Уставни суд испитује сагласност управних аката са уставом гарантованим правима, а Управни суд њихову конформност према закону уопште. Овај критеријум се, међутим, показује проблематичним. Уставом гарантована права најчешће су одобрена са законском резервом тако да њихова повреда превасходно значи повреду обичног закона. Тако, на пример, повреда

⁷⁴ В. чл. 132 В-VG који утврђује искључиву надлежност Управног суда на одлучивање о тзв. „ћутању администрације”.

⁷⁵ Појам „непосредна примена управно-наредбодавне и принудне власти” покрива фактичке службене радње као што су: претрес стана, лишење слободе, употреба оружја итд.

⁷⁶ В. чл. 144 и чл. 131а В-VG.

⁷⁷ В. чл. 144(1) и чл. 131(1) В-VG.

⁷⁸ В. чл. 144(2) В-VG.

⁷⁹ Према извештају Уставног суда за 1983. годину пренето је крајем те године укупно 1198 жалби из претходних година. Нав. према: К. Berchold, Die Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Recht in Österreich, EuGRZ 1984, S. 385.

закона којим се ограничава право својине отвара питање о истовременој повреди уставне гаранције права својине. У још оштријој мери овај проблем се јавља код основних права одобрених са резервом обликовања. Тако нпр. код права на удруживање и окупљање свака незаконитост истовремено је и неуставност, а то практично значи да за надлежност Управног суда више нема места⁸⁰. Управни акт вређа начело једнакости када се јавља последицом самовоље која је, слично незакону или привидној примени закона, случај квалификоване противуставности⁸¹. У јудикатури се као самовоља разумеју нарочито тешке повреде поступка, а у домену дискреционе оцене самовоља би постојала ако доносилац акта одступи од дотада уобичајене праксе, која је сматрана правном праксом, а за то не наведе разлоге односно ако су наведени разлози „очигледно“ недовољни⁸². Управа би даље вређала начело једнакости ако би закону давала погрешан садржај који би њега, да стварно постоји, чинио противним начелу једнакости. Противправност није, дакле, у самој норми већ у њеном тумачењу⁸³.

3. Везивање судова

Поменуто је да у аустријском праву не постоји могућност да се пред Уставним судом оспоравају одлуке редовних судова евентуалном жалбом на повреду уставом гарантованих права. Осим контроле закона, уредби и државних уговора уставно судство је надлежно само за испитивање управних аката и фактичких службених радњи суверене управе. У редовном судству, међутим, не постоји посебна инстанца чији би искључиви задатак било гарантовање важења основних права и устава уопште. За везивање судова за устав и преко њега за основна права стара се само судство, а у крајњој инстанци Врховни суд. Наравно одлуке судова појединац може оспоравати пред Европским судом за права човека у погледу њихове сагласности са Европском конвенцијом.

Известан подстрек за јачање свести о основним правима у судству учињен је проширењем легитимације за оспоравање уставности закона на све судове који одлучују у другој инстанци. Сада и нижи судови могу иницирати поступак контроле уставности закона. Ово овлашћење раније је припадало само Врховном суду⁸⁴.

4. Дејство основних права на приватно-правне односе

Према изворној либералној функцији основних права заштићена је слободна сфера појединца од уплитања државе. Као либерални „градивни закон“ устава основна права везују све државне органе и

⁸⁰ Улор. J. W. Aichleiter, Zur Abgrenzung von Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl., 1980, S. 409.

⁸¹ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 230.

⁸² Ibid, стр. 230; W. Rosenzweig, оп. цит., стр. 469.

⁸³ Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 230; W. Rosenzweig, оп. цит., стр. 470.

⁸⁴ В. чл. 140 B-VG.

њихова одлучивања у форми суверених аката и службених радњи. У Аустрији се као хоризонтално или дејство према трећим лицима основних права означава њихово важење у подручју приватно-правних односа. Уколико се при том ради о односима између појединца и државе у којима држава не дејствује преко суверених аката и радњи говори се о дејству према трећем у форми тзв. фискалног важења основних права⁸⁵.

У теорији је спорно питање дејства основних права у домену приватног права. У основи оно је од већине одбачено са образложењем да би примена основних права значила ограничење слободе у подручју приватно-правних односа⁸⁶. Не искључује се, међутим, могућност посредног дејства према трећим лицима нпр. увлачењем начела једнакости и појединих основних права у конкретизацију појма „добри обичаји“ у приватном праву⁸⁷. Изричито дејство према трећим лицима уставом је нормирано само за право на заштиту података⁸⁸.

Закључак

На основу изложеног може се утврдити да се у Аустрији и даље чврсто стоји на либералном разумевању основних права. Постојећи правни извори основних права не дају готово никакву могућност другачијег посматрања и вредновања природе и дејства основних права. Изворно либерално схватање је, додуше, нешто модификовано. Дејство основних права протегнуто је и на законодавца, а не само на суверену управу. У погледу њиховог дејства на приватно-правне односе постоји очигледна уздржљивост да се промени важећа основно-правна позиција. Евентуална кодификација и допуна каталога основних права, пре свега прихватањем социјалних права, сигурно ће значити дефинитивно напуштање либералне основноправне позиције која се тврдоглаво заступа. Мора се признати да је образложење ове концепције правно-догматски изузетно успешно. Остаје, међутим, основни утисак да се заступа основноправна позиција која је давно превазиђена.

⁸⁵ L. Adamovich/B. Ch. Funk, оп. цит., стр. 374; Th. Öhlinger, оп. цит., стр. 231.

⁸⁶ Детаљно: M. Nowak, Zur Drittwirkung der Grundrechte — Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S. 133 ff.

⁸⁷ R. Walter, Grundrechtsverständnis ... стр. 19.

⁸⁸ § 1 Закона о заштити података (BGBl. 565/1978).

Mr DRAGAN STOJANOVIC
assistant à la Faculté de Droit à Niš

SYSTÈME ET PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL EN AUTRICHE

Résumé

Le catalogue des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel de l'Autriche ne forme un système unique et fermé en soi-même. La raison se trouve dans l'origine positive des droits constitutionnels. Le domaine des droits fondamentaux est réglé par une suite des actes juridiques dont l'origine est public international et qui possèdent le rang du droit constitutionnel fédéral. Le noyau du catalogue des droits fondamentaux forment la Loi d'Etat sur les droits universaux des citoyens de 1867 et la Convention européenne sur la protection des droits de l'homme et des libertés élémentaires qui est ratifiée par l'Autriche en 1958.

En Autriche on tient ferme à la compréhension libérale des droits fondamentaux. Les droits garantis par la Constitution sont d'abord les droits défensifs protégeant la sphère libre de l'individu contre les exigences de l'Etat. Les existantes sources juridiques des droits fondamentaux ne donnent presque aucune possibilité pour une autre considération et évaluation de la nature et de l'effet des droits fondamentaux. La conception libérale authentique est pourtant quelque peu modifiée. L'effet des droits fondamentaux comprend non seulement la direction souveraine, mais le législateur lui-même aussi. Quant à leurs effets sur les rapports juridique-privés il existe une continence évidente pour la modification de l'élémentaire position juridique valable.

La protection des droits fondamentaux en totalité est confiée au Tribunal constitutionnel. Les essais d'inclure les nouvelles institutions au système de la protection juridique, par exemple l'institution autédoise *ombudsman*, non pas réussi mais ils ont eu come conséquence le complément de la protection constitutionno-juridique des droits fondamentaux. La nouveauté la plus importante dans la protection constitutionno-juridique c'est l'introduction d'une proposition individuelle pour l'évaluation de la constitutionnalité des lois. Comme secode forme de la protection constitutionno-juridique reste la prétendu plainte juridique d'Etat c'est-à-dire l'évaluation de la constitutionnalité et de la légalité des actes particuliers et des activités réelles et officielles de la direction souveraine. Par les modifications les plus nouvelles dans la phisionomie de cet institut les conditions, sous lesquelles on peut contester les actes de la direction souveraine devant le Tribunal constitutionnel, sont essentiellement aggravées.

О ВРСТАМА УГОВОРА МЕЂУНАРОДНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА ПРЕМА БРОЈУ СТРАНА УГОВОРНИЦА

У теорији не постоји нека строга утврђена подела међународних уговора. Још почетком овог века Rapisardi-Mirabelli је са пуним правом писао да има онолико класификација уговора колико и аутора који их врше.¹ Међународноправна литература посвећена уговорима међународних организација није у том погледу изузетак. У делима из ове области налазимо различите поделе почевши од оних за које се може рећи да су већ традиционалне, па све до покушаја да се уговори организација разврстају на основу специфичних обележја.²

Ипак, једна од најшире прихваћених је подела уговора према броју уговорних страна. У светлу примене овог критеријума уговори међународних организација, као уосталом и међудржавни уговори, деле се на билатералне и мултилатералне. Двострани уговори могу се према својству саговорача затим поделити на оне склопљене између две организације и уговоре између организације и државе.³ Мултилатерални уговори имају бар три или више уговорница. И овде се може извршити даља класификација у зависности од тога који се субјекти појављују наспрам организације. Прву групу чинили би уговори закључени између једне организације и две или више држава.⁴

¹ A. Rapisardi-Mirabelli, La classification des traités internationaux, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1923, p. 655.

² K. Karunatilleke, *Essai d'une classification des accords conclus par les Organisations internationales*, *Revue générale de droit international public*, 1971, № 1, pp. 12—91. Видети и привремени извештај који је у Институту за међународно право поднео R. J. Dupuy, *L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus par les Organisations internationales*, Genève 1972 (даље Rapport), pp. 15—30.

³ Типичан пример прве врсте јесу споразуми о повезивању сваке од специјализованих агенција са ОУН. Поближе о њима: О. Рачић, *Однос између Уједињених нација и специјализованих установа*, Београд 1966, стр. 71—102. Међу другима посебно су бројни споразуми о седишту које међународне организације закључују са државама домаћинима. За даљу анализу: Ph. Cahier, *Etude des accords de siège entre les Organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan 1959; L. Bota, *The Capacity of International Organizations to Conclude Headquarter Agreements and Some Features of These Agreements*, in *Agreements of International Organizations and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (edited by K. Zemanek — даље наводимо као Zemanek), Wien-New York 1971, pp. 57—104.

⁴ Такав је, на пример, споразум о заједничким истраживањима у области реакторске физике који је Међународна агенција за атомску енергију (ИАЕА) склопила са Норвешком, Пољском и Југославијом; Сл. лист СФРЈ, Додатак: Међународни уговори и други споразуми, бр. 2/1965.

У другој би се нашли уговори између већег броја организација. Они су у пракси веома ретки и обично се појављују у облику трипартитних споразума.⁵ За трећу групу уговора карактеристично је да их закључују две или више организација са већим бројем држава.⁶

Изложена подела може се доследно спровести само ако останемо у оквирима строго нумеричких показатеља. Међутим, дихотомија билатерални-мултилатерални има релативну вредност када у обзир узмемо садржину и карактер односа који се уговором успостављају. Постоје, наиме, уговори који имају више уговорница, али су оне тако распоређене да се основни уговорни односи стварају само између две групе субјеката. Најбољи пример јесу основни споразуми о техничкој помоћи, који се закључују између већег броја организација учесница у Програму Уједињених нација за развој (United Nations Development Programme-UNDP) и државе којој се помоћ даје.⁷ Ако се држило аритметичког мерила они су свакако мултилатерални уговори, пошто имају више од две уговорнице. Али, суштински посматрано, овде постоје само две стране, јер организације иступају заједнички и солидарно, а не појединачно. Слични су и споразуми о техничкој помоћи које једна организација закључује са већим бројем држава. Наводимо, *exempli causa*, споразум потписан 1960. године у Карачију (Indus Basin Development Fund Agreement) између Међународне банке за обнову и развој, с једне, и Аустралије, Канаде, СР Немачке, Новог Зеланда и САД, с друге стране.⁸ Овај споразум може се оквалификовати и као билатерални и као мултилатерални, већ према томе да ли се предност даје квантитативном или квалитативном критеријуму.

Због свега овога потребно је да, као што неки писци чине⁹, проширимо традиционалну поделу увођењем једне нове врсте уговора који су резултат комбиновања билатералне и мултилатералне технике.

⁵ Као изузетан пример можемо да наведемо споразум између ОУН, Друштва народа и Агенције УН за помоћ и обнову (UNRRA) у вези са одржавањем V заседања Савета UNRRA у Палати нација у Женеви; U.N. Treaty Series, Vol. 1, p. 97.

⁶ Мултилатерални уговор те врсте била би Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција (1947) ако прихватимо да су њене уговорнице поред држава и саме агенције, што неки писци оспоравају. Видети: C. Parry, Treaty Making Power of the United Nations, British Yearbook of International Law, 1949, pp. 129—145; J. W. Schneider, Treaty-Making Power of International Organizations, Genève 1959, p. 39; В. Шуршалов, Международные правоотношения, Москва 1971, стр. 72—73.

⁷ Ближе о томе: J. M. Wouw, Formal Aspects of Technical Assistance Agreements Concluded by the UN Family of Organizations, in Zemanek, Wien-New York 1971, pp. 105—126.

⁸ U.N. Treaty Series, Vol. 525, p. 17.

⁹ Тако, Rousseau говори о полукoлективним уговорима (*traités mi-collectifs*) као прелазној техници између билатералне и мултилатералне процедуре за закључење уговора (*Droit international public*, Paris 1970, Tome I, p. 112). McNair је мишљења да за уговоре који имају три стране само формално, али не и суштински, треба користити назив „мултипартитни“ уговори (*The Law of Treaties*, Oxford 1961, p. 30). У нашој теорији Andrassy сматра да поред вишестраних и многостраних има доста уговора у којима је с једне стране једна странка а с друге више њих (Међународно право, Загреб 1978, стр. 320). Посто-

За сврхе овог чланка све уговоре међународних организација поделићемо на билатералне, квази-мултилатералне и праве мултилатералне. Као билатералне сматрамо оне уговоре који су закључени и производе дејство између две уговорнице. Квази-мултилатерални били би уговори који имају три или више уговорница, али су оне тако груписане да се правни однос успоставља само између две стране. Прави мултилатерални уговори, пак, имају више од две уговорнице које се појављују на већем броју страна, при чему се уговорни односи стварају између сваке од ових страна, као и унутар њих.

1. Билатерални уговори

Билатерална техника била је дуго времена искључиви начин путем кога су државе ступале у уговорне односе. Постојећи историјски извори недвосмислено потврђују да су први међудржавни уговори били двостраног карактера. Тек касније ова техника почиње да губи ексклузивност. Појављују се, најпре, полукoлективни уговори, да би потом настали прави мултилатерални уговори, који данас представљају редован начин регулисања односа у међународној заједници.¹⁰

Слични развојни ток имали су уговорни односи међународних организација. Први уговори са њиховим учешћем закључени су у билатералној форми. Такав је био не само споразум склопљен 1875. године између Међународног бироа за тегове и мере и Француске, већ и *modus vivendi* од 1926. године, којим је регулисан положај Друштва народа у Швајцарској, као и остали уговори које су ова организација и међународни организми под њеним окриљем закључили.¹¹ Ситуација се неће значајније изменити ни након другог светског рата. Премда је вишеструко проширен круг организација које иступају као носиоци *jus tractatum*-а, а укупан број њихових уговора порастао на

јање ових уговора признају и писци који се држе класичне двојне класификације, мада их неки сврставају у билатералне, а други у мултилатералне. Талалаев, на пример, разликује двостране уговоре у традиционалном смислу, који имају по једног уговорника на свакој страни, и билатералне уговоре који на једној страни имају неколико уговорника, а на другој само једног или више њих (Право међународних договора, Москва 1980, стр. 172—173). Бартош, напротив, налази да ове уговоре треба убројити у вишестране, јер се у суштини ради о вишестраним односима, мада у већини случајева једнаких по садржини (Међународно јавно право, III, Београд 1958, стр. 172—173). У делима која су искључиво посвећена уговорима међународних организација обично се уместо двојне врши тројна класификација уговора према броју страна уговорница. Дируу, на пример, споразуме међународних организација дели на билатералне, мултилатералне и мултипартидне (Rapport, pp. 27—30). Сличног мишљења је Karunatilleke (op. cit., pp. 77—81). Osakwe, међутим, предлаже четворну класификацију у оквиру које билатералне уговоре супротставља бипартитним, а мултилатералне мултипартитним (The Concept and Form of Treaties Concluded by International Organizations, in Zemanek, Wien-New York 1971, pp. 188—190).

¹⁰ Ch. Rousseau, op. cit. p. 112.

¹¹ J. Huber, Le droit de conclure des traités internationaux, Lausanne 1951, pp. 116—122; J. Carroz, Y. Probst, Personalité juridique et capacité de conclure des traités de l'ONU et des institutions spécialisées, Paris 1953, pp. 63—65; H. Chiu, The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded, The Hague 1966, pp. 6 and seq.

неколико хиљада, билатерализам остаје и даље главна карактеристика спољних односа међународних организација. Њихови уговорни односи, да се послужимо сликовитим поређењем Дирцу-а¹², налазе се са становишта правне технике на оном ступњу који је био карактеристичан за прву, билатералну фазу развоја међудржавне уговорне праксе. Стога, тврђење да су билатерални уговори правило а више-страни изузетак, које код држава има само историјски значај, задржава пуну вредност у односу на међународне организације.

Немогуће је дати једну исцрпну листу случајева закључења билатералних уговора. Указаћемо само на основна питања која су предмет двостраних уговора и разлоге због којих су регулисана на овај начин. На првом месту налази се сарадња између међународних организација. У пракси нема ниједног кооперативног споразума који је закључен изван билатералне форме.¹³ Добрим делом то је последица настојања организација да, прихватајући сарадњу, изразе своју индивидуалност и задрже самосталност у вршењу функција за које су основане. Билатерална техника је најпогоднија, јер омогућава да се приликом дефинисања односа води рачуна о специфичном карактеру сваке организације и предвиде они облици сарадње који су обострано прихватљиви.

У догледној будућности не треба очекивати веће промене у овој области. Услед политичке и идеолошке разједињености држава, која није без утицаја на стварање и рад међународних организација, једна мултилатерална конвенција која би обухватила све универзалне и регионалне организације свела би се највероватније на програмски документ без чврстих правних обавеза. Није немогуће да се закључи вишестрани уговор између ужег круга сродних организација које су спремне да прихвате тешњу сарадњу. Међутим, досадашња пракса показује да каткад препреку представљају и нормативна решења која заговарају билатерализам. Нека нам као најбоља илустрација послуже споразуми о односима између ОУН и специјализованих агенција. Пошто је садржина неких од њих готово идентична, постојала је могућност да се уместо 15 билатералних закључи мањи број мултилатералних уговора уз могућност да им касније приступе нове специјализоване агенције.¹⁴ Повеља, међутим, то не дозвољава: чл. 63 изричито тражи да се споразуми ове врсте склопе посебно са сваком агенцијом.

И међу уговорима које су организације склопиле са државама највећи је број двостраних. Билатерална техника је коришћена, без изузетка, приликом закључења споразума војног карактера. Правни положај оружаних снага Уједињене нације су уредиле на двостраној основи са сваком државом на чијој су територији предузимане операције за одржавање мира. Билатерални уговори су, исто тако, склопљени са сваком државом која је ОУН ставила на располагање

¹² R. J. Dupuy, Rapport, p. 27.

¹³ Ближе о тим споразумима: McRae, Co-operation Agreements and the Law Relating to Agreements Concluded by International Organizations, in Zemanek, Wien-New York 1971, pp. 1—55.

¹⁴ K. Karunatilleke, op. cit. pp. 77—78.

своје војне одреде. Треба приметити да је њихова садржина идентична¹⁵, али су у формалном смислу то потпуно одвојени и самостални уговори..

Билатералног су карактера сви уговори о зајмовима и гаранцијама Међународне банке за обнову и развој. Уколико, пак, држава чланица није непосредни корисник кредита, Банка склапа два двострана уговора: један са зајмопримцем, а други са државом као гарантом.¹⁶

Билатерална форма је затим правило приликом придруживања трећих држава међународним организацијама. У том облику закључени су како споразуми који нечланица дају право учешћа у раду главних и помоћних органа, тако и споразуми који предвиђају стварање нових заједничких органа изван постојеће структуре организације.¹⁷ Европска економска заједница је једина организација која поред двостраних има неколико квази-мултилатералних уговора о придруживању (на пример, Јаунде и Ломе конвенције).

Посебну пажњу заслужују уговори о правном положају, привилегијама и имунитетима међународних организација. Познато је да је статус ОУН и специјализованих агенција регулисан двема општим конвенцијама мултилатералног карактера¹⁸ чије су уговорнице првенствено државе, али, према мишљењу великог броја писаца¹⁹, и поменуте међународне организације. У мултилатералној форми склопљен је и споразум о привилегијама и имунитетима Међународне агенције за атомску енергију, који чак, *expressis verbis*, помиње Агенцију као уговорну страну²⁰. Значи ли то да је на подручју уређења правног положаја међународних организација пробијен принцип билатерализма? У светлу постојеће праксе одговор је, ипак, негативан. Мултилатералне конвенције имају само начелни карактер и разрађене су кроз серију двостраних уговора. Све поменуте организације

¹⁵ Видети споразуме које је у вези са Суецком кризом закључио Генерални секретар са Канадом, Индијом, Норвешком, Данском, Финском, Шведском, Бразилом и Југославијом; U. N. Treaty Series, Vol. 274, pp. 47 and seq. За даљу анализу: D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, London 1975, pp. 205—259.

¹⁶ A. Broches, *International Legal Aspects of the Operations of the World Bank*, *Recueil des cours*, 1959 (t. 98), pp. 385—386. Видети и *General Conditions Applicable to Loan and Guarantee Agreements*, Washington 1980, October 27.

¹⁷ Као типичан пример прве врсте можемо да наведемо споразум закључен између Југославије и СЕВ-а (1964) који даје представницима наше земље право да учествују у раду сталних комисија и других органа Савета када се разматрају питања од заједничког интереса (Сл. лист СФРЈ, Додатак: Међународни уговори и други споразуми, бр. 6/1965). С друге стране, СЕВ је закључио споразуме са Финском (1973), Ираком и Мексиком (1975) али се сарадња са овим државама, за разлику од односа СЕВ-СФРЈ, не остварује учешћем у раду главних и помоћних органа, него преко посебне мешовите комисије створене тим споразумима. Поближе о томе: Н. В. Миронов, *Отношенија СЕВ с другим странама, СЕВ-основне правове вопросы*, Москва 1975, стр. 269—281.

¹⁸ То су Општа конвенција о привилегијама и имунитетима Уједињених нација од 1946. и Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција од 1947. године.

¹⁹ Видети ауторе које наводи Б. Вукас, *Релативно дјеловање међународних уговора*, Загреб 1975, стр. 155, белешке бр. 19. и 21.

²⁰ U. N. Treaty Series, Vol. 276, p. 3.

закључиле су са државама домаћинима споразуме о главном седишту, који преузимају опште одредбе, али иду много даље у њиховој конкретизацији. Исто тако, организације су склапале двостране уговоре и када је било потребно уредити положај регионалних бироа и комисија или одржати скупове под њиховим покровитељством изван главног седишта.²¹ Опредељење за билатералну технику у овим случајевима је сасвим разумљиво. У бризи да потврде своје место на међународном плану организације су у њој нашле најефикасније средство да буду признате од стране сваке територијалне државе као аутономне јединке у вршењу својих функција.

Постоји само једно подручје односа у коме је билатерални начин уговорног регулисања изгубио доминантну улогу. Реч је о техничкој помоћи коју организације пружају државама. Споразуми ове врсте из оквира Програма УН за развој (UNDP), а њихов број је свакако највећи, склапају се увек између више организација, с једне, и државе којој се помоћ даје, с друге стране. Више од два уговорника имају не само основни споразуми о техничкој помоћи, већ и планови операција закључени у циљу њихове разраде. Но, то не значи да у овој области нема билатералних уговора. Довољно је подсетити да су сви споразуми о техничкој помоћи UNICEF-а и OPEX-а (помоћни органи Уједињених нација) двострани²². Исти карактер имају споразуми специјализованих агенција склопљени изван Програма УН за развој, као и неки планови операција из оквира тог програма²³.

II. Квази-мултилатерални уговори

Квази-мултилатерални, односно према традиционалној терминологији полукoлективни уговори, појавили су се у пракси држава као правно-техничка реакција на крајњу неприкладност билатералне процедуре у случајевима када је било потребно да се једно исто питање регулише између већег броја држава²⁴. Већ средином прошлот

²¹ Тако су Уједињене нације закључиле споразуме о седишту својих регионалних комисија са Чилеом (U. N. Treaty Series, Vol. 314, p. 49), Тајландом (Ibid, Vol. 266, p. 36), Етиопијом (Vol. 317, p. 102) и Швајцарском. Сличне споразуме у вези са својим регионалним бироима и представништвима имају: Светска здравствена организација (са Египтом, Индијом и Данском), Међународна организација за цивилно ваздухопловство (са Француском, Египтом и Перуом) и Међународна организација рада (са Мексиком, Турском, Перуом и Нигеријом). С друге стране, ОУН је закључила са Аустријом већи број споразума у циљу организовања кодификационих конференција у Бечу. Неколико споразума ове врсте склопила је и Југославија са ОУН, Међународном агенцијом за атомску енергију и Међународном банком за обнову и развој (видети, на пример, Сл. лист СФРЈ, Доцдатак: Међународни уговори и други споразуми, бр. 2 и 9/1965).

²² Ближе о овим споразумима: Н. Chiu, *op. cit.*, pp. 173—177.

²³ На пример, споразум UNESCO — Авганистан о упућивању мисије стручњака-саветника у области образовања (U. N. Treaty Series, Vol. 46, p. 3) или „master agreement” који је Међународна агенција за атомску енергију склопила са САД у вези са одређеним активностима на пољу истраживања (Ibid, Vol. 374, p. 134). За друге примере: J. M. Wouw, *op. cit.*, pp. 108—109.

²⁴ Rousseau примећује да је за закључење уговора између пет држава (А, В, С, D и E) теоријски потребно склопити десет уговора идентичне садр-

века уместо серије билатералних уговора практиковало се закључење само једног у коме се држава потписница са посебним интересом појављује као засебна страна наспрам других држава које иступају као јединствена групација. Такви су били неки споразуми о сукцесији и међународноправном положају мореуза²⁵. Са појавом првих мултилатералних уговора ова техника се све ређе користи и данас служи као резидуални начин за закључење посебних врста уговора. Типични примери су Версајски уговор закључен 1919 између главних савезничких и удружених сила, с једне, и Немачке, с друге стране, и мировни уговори склопљени у Паризу између Уједињених нација чланица антихитлеровске коалиције и сваке бивше непријатељске државе²⁶.

Уговори овог типа нису непознати у пракси међународних организација. Појавили су се као резултат одлуке ОУН и неколико специјализованих агенција да заједнички наступе у области техничке помоћи недовољно развијеним земљама. Основни принципи односа између организација и државе-корисника помоћи, који су постављени резолуцијама Генералне скупштине и Економског и социјалног савета, као и пракса закључења стандардних споразума јасно нам показују да су они, упркос већем броју уговорница, само привидно мултилатерални. Споразуми се увек склапају између свих организација учесница, с једне, и владе заинтересоване државе, с друге стране. У име организација потписује их шеф Бироа за техничку помоћ (доцније шеф Међуагенцијског консултативног одбора — ИАСВ) или администратор Програма УН за развој, односно представник — резидент ИАСВ, а у име државе одговарајући представник владе²⁷. Том приликом права и обавезе стварају се на релацији све организације — држава. Између организација понаособ и државе се не успостављају уговорни односи, што се изричито наглашава у самом тексту кроз формулацију да организације иступају „заједнички и колективно“²⁸. Предмет регулисања стандардног споразума нису ни међусобни односи организација учесница; они су претходно уређени посебним споразумима о сарадњи и радним аранжманима у оквиру Програма УН за развој. Напокон, отказ само једне или свих организација, као и државе, доводи до престанка читавог споразума у року од 60 дана од датума достављања писменог обавештења другој (другим) странама²⁹.

жине (AB, AC, AD, AE, BC, BD, BE, CD, CE, DE) да би се правно изразила сагласност изјављених воља. Giraud додаје како само један мултилатерални уговор који обухвати 30 држава ствара између њих толики број правних односа за чије би успостављање било потребно 435 билатералних уговора; Ch. Rousseau, *op. cit.* p. 112.

²⁵ Као типични примери наводе се Конвенција о сукцесији Данске од 1852, и Конвенција о мореузима у Црном мору од 1856. године.

²⁶ M. Lachs, *Le développement et les fonctions des traités multilatéraux*, Recueil des cours, 1957 (t. 92), pp. 258—234.

²⁷ K. Zemanek, *Agreements Concluded by International Organizations and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, The University of Toledo Law Review, 1971, № 1—2, pp. 64—65.

²⁸ Видети на пример, чл. 2, споразума о давању техничке помоћи између ОУН, ИЛО, FAO, UNESCO, ICAO, WHO, UPU, ITU, WMO и IAEA с једне и Египта, с друге стране; U. N. Treaty Series, Vol. 480, p. 103.

²⁹ Видети чл. 9 Стандардног споразума о техничкој помоћи између ФНРЈ и ОУН; Међународни уговори ФНРЈ, 1958, свеска бр. 2, стр. 9.

Једно време споразуми о техничкој помоћи били су предмет бројних доктринарних контраверзи. Писци су долазили до потпуно супротних закључака о њиховом правном карактеру. Једна група, држећи се стриктно дефиниције да је мултилатерални онај уговор који има више од две уговорнице, сврставала их је међу вишестране уговоре³⁰. Други су били мишљења да ова дефиниција вреди само као принцип, пошто број уговорника не мора увек да има апсолутни утицај на правну природу уговора. По њима, споразуми о техничкој помоћи нису ништа друго до билатерални уговори, с тим што се на једној страни појављује већи број организација³¹.

Став већине савремених аутора је еклектички, мада неки дају предност билатералним, а други мултилатералним карактеристикама. То је видљиво из самог назива који користе за означавање споразума ове врсте. Тако, Шибаева говори о двостраним уговорима по форми а мултилатералним у пракси, Zemanek их квалификује као мултипартитно билатералне уговоре, док Дируу користи само термин „мултипартитни“³².

По нашем мишљењу, најпогоднији је назив квази-мултилатерални уговор. Атрибут „мултилатерални“ треба да истакне да се споразум закључује између три или више субјеката, а квалификатив „квази“ да је вишестрани карактер само привидан, јер се садржински и квалитативно однос успоставља између две стране, од којих једну чини сама држава-корисник помоћи, а другу више организација заједно и солидарно.

Споразуми засновани на комбиновању билатералне и мултилатералне технике нису монопол ОУН и специјализованих агенција. Неколико таквих уговора закључила је Европска економска заједница поводом придруживања држава нечланица. Састав и распоред уговорника био је у овом случају неколико другачији него код споразума о техничкој помоћи. Две Јаунде конвенције, на пример, склопила је Европска економска заједница и све њене чланице са 18 афричких држава. Исти је случај са Ломе конвенцијама, мада се *vis-à-vis* Заједнице и њених чланица овом приликом нашао још већи број држава Африке, Кариба и Пацифика³³.

Анализа уговорних односа створених овим конвенцијама наводи неке писце на закључак да се ради о мултилатералним уговорима по форми, али билатералним према садржини. Тако Reuter сматра да у

³⁰ За преглед ових схватања: R. Sonnenfeld, *International Organizations as Parties to Treaties*, Polish Yearbook of International Law, 1981—1982, p. 193.

³¹ *Ibid*, p. 199.

³² Е. Шибаева, О међународних соплашенијах међугосударствених организациј, Советскиј ежегодник међународног права, 1969, стр. 240; K. Zemanek, *op. cit.*, p. 165; R. J. Dirruu, *Rapport*, p. 28.

³³ Прва Јаунде конвенција потписана је 1963. између представника Савета ЕЕЗ, свих држава чланица и 18 земаља Африке (за текст: *Journal officiel de la Communauté européennes* — даље Ј. О. С. Е., 1964, № 93, p. 1430). Конвенција је обновљена и допуњена 20. јула 1969. када јој је приступио и Маурицијус (за текст: Ј. О. С. Е., 1970, № 282, p. 1). Прва Ломе конвенција закључена је 28. фебруара 1975. између Заједнице и 46 земаља Африке, Кариба и Пацифика. Друга је склопљена 31. 10. 1979. са 57 земаља, а трећа 8. 12. 1984. са 65 држава овог подручја. Ближе о томе: Т. Митровић, ЛОМЕ III и нови међународни економски поредак, Југословенска ревија за међународно право, 1985, бр. 3, стр. 573—577.

режиму придруживања постоје заправо два субјекта: Европска економска заједница и њене државе чланице, с једне, и придружене земље, с друге стране. Билатерализам се испољава кроз различите, а у одређеном смислу, и супротне интересе Заједнице и чланица на једној и придружених држава на другој страни.³⁴ Са тврдњом да овде постоје само две уговоре стране слажу се и Dupuy и додаје да без обзира на 25 потписница Јаунде конвенције остају и даље уговори са билатералном садржином³⁵.

Међу организацијама које су склапале квази-мултилатералне уговоре налази се и Међународна агенција за атомску енергију. Као пример можемо да наведемо споразум Агенције са Данском, Финском, Норвешком и Шведском о узајамној помоћи у случају радиоактивних инцидената (Nordic Mutual Emergency Assistance Agreement) од 17. октобра 1963. године.³⁶ Споразум предвиђа реципрочна права и обавезе између Агенције и држава, али не и између самих држава. У случају отказа било које државе долази до престанка дејства читавог споразума. То нам показује да није реч о правом мултилатералном уговору код кога једностранни отказ обично има за последицу смањење броја уговорница, а не и његово гашење *in totto*.

III. Прави мултилатерални уговори

Све до недавно сматрало се да међународне организације нису стране правих мултилатералних уговора. Њихова активност сводила се на пружање помоћи у процесу преговора и усвајању текстова вишестраних уговора чије су уговорнице могле да постану само државе. Мада се и данас међународне организације налазе изван круга страна уговорница већине мултилатералних уговора, тешко се можемо сложити са тврђењем да нема ниједног вишестраног уговора који су оне закључиле међусобно или са државама. Један од првих уговора те врсте била је већ поменута Конвенција о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција од 1947. године. Учешће агенција у својству страна уговорница ове конвенције је изван сваког спора. Према члановима X и XI текст конвенције се доставља агенцијама на прихватање (acceptance), а чланови ОУН или било које агенције могу јој приступити (accession). Да се ради о уговору између држава чланица и агенција, без обзира што оне свој пристапак на обавезивање дају у различитим облицима, очито је и на основу завршних одредаба које детаљно уређују начин ступања на снагу конвенције између сваке поједине државе и агенције³⁷.

Ипак, највећи број мултилатералних уговора међународних организација има веома узак круг уговорница. Обично се закључују

³⁴ P. Reuter, *Les Organisations européennes*, Paris 1965, pp. 181 et 402.

³⁵ R. J. Dupuy, *Rapport*, p. 29.

³⁶ U. N. Treaty Series, Vol. 525, p. 77.

³⁷ У том смислу: Н. Chiu, *op. cit.*, pp. 71—72; С. Osakwe, *op. cit.*, p. 184; Б. Вукас, *op. cit.*, стр. 155. Schneider, напрогив, сматра да се овде ради о серији двостраних уговора између појединих држава и агенција (*op. cit.*, p. 85).

између три стране, од којих су две државе а једна организација. Много су рећи уговори међународних организација са већим бројем држава или споразуми између три и више организација. Поред тога, као стране уговорнице мултилатералних уговора појављују се само неке савремене међународне организације. На првом месту то су Европска економска заједница и Међународна агенција за атомску енергију, а потом и неколико агенција из „породице” Уједињених нација.

Европска економска заједница склапала је мултилатералне уговоре у четири главне области. У првој се налазе споразуми из оквира Општег споразума о трговини и царинама (ГАТТ). Они су резултат преговора око модификације ранијих тарифних споразума које су чланице ЕЕЗ склопиле индивидуално са уговорницама ГАТТ-а. Преговори су окончани закључењем више од 20 нових тарифних споразума између Савета ЕЕЗ, држава чланица Заједнице и чланица ГАТТ-а, које су тим путем признале заједничке царинске тарифе у оквиру ЕЕЗ и регулисале нека питања у вези са компензацијама због измене или укидања ранијих тарифа.³⁸

Другу групу чине мултилатерални споразуми о базичним производима. Европска економска заједница склопила је, на пример, споразум о међународној трговини текстилом (познат као споразум о свим тканинама), IV и V споразум о калају, III споразум о кафи и I и II споразум о какаву.³⁹ Стране уговорнице у овим споразумима су поред ЕЕЗ и све њене чланице, било да су тај статус имале раније или су га стекле истовремено са Заједницом. Заједници, међутим, није признато право да закључи споразум о шећеру и маслиновом уљу због супротстављања СССР-а и још неких држава, али су преговори о томе у току.⁴⁰

Европска економска заједница је уговорница већег броја мултилатералних уговора у области заштите и очувања животне средине. Тако је Заједница закључила Конвенцију о спречавању загађивања мора из извора који се налазе на копну, Конвенцију о заштити Средоземног мора од загађивања и 4 Протокола која су придодата тој конвенцији. Занимљив је начин на који је регулисано учешће Заједнице у раду међународних тела која су створена овим конвенцијама. Предвиђено је да ЕЕЗ има онај број гласова који је раван збиру гласова њених чланица, али она то право не може да користи уколико држава чланица сама гласа и *vice versa*.⁴¹

Заједно са неким чланицама (СР Немачком, Француском, Холандијом и Луксембургом) Европска економска заједница је постала страна уговорница Конвенције о заштити Рајне од хемијског загађива-

³⁸ Преглед тих споразума може се наћи код С. Е. Held-а, *Les accords internationaux conclus par la C. E. E., Lausanne 1977*, pp. 15—16.

³⁹ J. O. C. E., 1974, № 118, p. 1; 1972, № 90, p. 1; 1976, № 10, p. 3; 1975, № 4, p. 8.

⁴⁰ Поближе о томе: E. G. Pasquarelli, *La participation de la C. E. E. aux accords multilatéraux*, Nancy 1972, pp. 159—162 et 166—168.

⁴¹ J. O. C. E., 1972, № 240, p. 1; 1975, № 194, p. 5; 1981, № 162, p. 4; 1983, № 67, p. 1; 1984, № 68, p. 36.

вања и допуних споразума уз ову конвенцију. Учесће Заједнице дефинисано је тако што она и државе чланице делују свака у оквиру своје надлежности.⁴²

Недавно је Европска економска заједница закључила још два мултилатерална уговора: Конвенцију о прекограничном загађивању ваздуха на великој удаљености и Конвенцију о очувању живих ресурса на Антарктику. Учесће Заједнице у њима није регулисано на исти начин. Прва конвенција предвиђа да регионалне економске организације могу да врше права која су дата њиховим члановима, али се у том случају чланице њима не могу више индивидуално користити. Друга, пак, дозвољава приступање регионалним економским организацијама под условом спровођења посебних консултација између чланова Комисије образоване овом конвенцијом.⁴³

Последња област у којој се Европска економска заједница појављује као страна мултилатералних уговора јесте материја риболова. Према ставу Суда правде Европских заједница надлежност ЕЕЗ за склапање уговора ове врсте је искључива, те државе чланице више немају *jus tractatum*⁴⁴. Тако је Заједница постала уговорница Конвенције о очувању лососа у Атлантику и Конвенције о риболову и очувању живих ресурса у Балтичком мору и Белтима. У овом другом случају, Данска и СР Немачка, првобитни потписници конвенције, предложили су Пољској као депозитару да се отворе преговори око приступања ЕЕЗ, који су окончани 1982. године потписивањем посебног Протокола. На основу њега Заједница је постала страна уговорница, док су се поменуте државе чланице повукле из конвенције.⁴⁵

Међународна агенција за атомску енергију је друга организација која закључује праве мултилатералне уговоре. Они се, *grosso modo*, могу поделити у две групе. Прву чине споразуми о испоруци и дистрибуцији обogaћеног урана, који се склапају у форми трилатералних споразума између Агенције, државе корисника и државе добављача фисионих материјала. Као типичне примере наводимо уговор Агенције, САД и Финске о пружању помоћи овој потоњој у вези са истраживачким реактором или споразум између Агенције, Норвешке и САД о испоруци обogaћеног урана за реактор *Oslo*.⁴⁶

Главна одлика ових споразума је да стране уговорнице имају независне и одвојене обавезе, тако да се увек стварају тространи правни односи различите садржине. Задатак Агенције састоји се у пружању помоћи и контроли коришћења урана у мирнодопске сврхе. У улози добављача увек се појављују САД, сагласно посебном споразуму који су закључиле са Агенцијом. Иначе, учесће Агенције је услов *siue qua* по за одржавање споразума на снази, будући да њен отказ има за последицу престанак дејства читавог споразума. То је био

⁴² J. O. S. E., 1977, № 240, p. 35; 1982, № 210, p. 8.

⁴³ A. S. Leenen, *Participation of the EEC in International Environmental Agreements, Legal Issues of European Integration*, Leyden 1984, № 1, pp. 94—97.

⁴⁴ Видети став Суда правде европских заједница у спорозима А. Е. Т. Р. и *Kramer*: *Ibid*, p. 97.

⁴⁵ *Ibid*.

⁴⁶ U. N. Treaty Series, Vol. 395, p. 234.

повод да неки писци прогласе ове уговоре билатералним⁴⁷ Са тим гледиштем не би смо се могли сложити. За мултилатерални уговор нису толико битне последице једностраног отказа, колико чињеница да се основни уговорни односи успостављају бар између три стране. И међу правим мултилатералним уговорима између држава налазимо оне који предвиђају да ће престати да важе у целости ако једна страна поднесе отказ.⁴⁸

У другој групи налазе се уговори које Међународна агенција за атомску енергију закључује са већим бројем држава у различитим областима сарадње. Поменимо, примера ради, споразум о заједничким истраживањима на подручју реакторске физике између Агенције, Норвешке, Пољске и Југославије, као и споразум о сарадњи у истраживању у реакторској науци између истих уговорница⁴⁹. Стране ових споразума могу постати и друге чланице Агенције, ако се о томе постигне једногласност између оригиналних уговорница. Мада споразуми престају повлачењем Агенције то им, као и у претходном случају, не одузима мултилатерални карактер.

И међу споразумима о техничкој помоћи налазимо неколико мултилатералних код којих специјализоване агенције не иступају као јединствена групација, већ се односи заснивају између сваке агенције и државе уговорнице, при чему је садржина реципрочних права и обавеза различита. У том погледу карактеристичан је споразум између Организације за исхрану и пољопривреду (FAO), Светске здравствене организације (WHO), Костарике, Салвадора, Гватемале, Хондураса и Панаме о пружању техничке помоћи за рад Централноамеричког института за исхрану. На основу чл. 1 споразума влада Гватемале се обавезала да спроведе потребне буџетске мере ради финансирања изградње помоћних објеката за извршење програма. Та обавеза преузета је не само према FAO и WHO, него и према другим државама, које су се са своје стране обавезале на различите чинидбе. Споразум су потписали сви уговорници, али у различите дане.⁵⁰

Веома је мали број мултилатералних уговора између самих међународних организација. У пракси бележимо два примера уговора те врсте. Поводом одржавања V заседања Савета Агенције УН за помоћ и обнову (UNRRA) у Палати нација у Женеви закључен је споразум између Друштва народа, ОУН и UNRRA. У тренутку његовог склапања још није био окончан поступак ликвидације Друштва народа и преноса имовине на Уједињене нације, па је чл. IV предвиђао да ће UNRRA обештетити Друштво за сваку штету причињену пре његовог престанка, док ће штете после тога бити накнађене ОУН.⁵¹ У ову групу могао би се уврстити и споразум између Међународне банке за обнову и развој, Међународног удружења за развој и Интерамеричке банке за развој.⁵² Међутим, може се уз доста ваљаних раз-

⁴⁷ K. Karunatileke, *op. cit.*, pp. 81 et 86.

⁴⁸ M. Бартош, *op. cit.*, стр. 408.

⁴⁹ Сл. лист СФРЈ, Додатак: Међународни уговори и други споразуми, бр. 2/1965. и 58/1971.

⁵⁰ U. N. Treaty Series, Vol. 118, p. 68.

⁵¹ *Ibid.*, Vol. 1, pp. 97 and 138.

⁵² *Ibid.*, Vol. 501, p. 333.

лога тврдити да то није прави мултилатерални уговор, пошто Удружење за развој иступа као мандатор Банке, а не у своје име и за властити рачун. Мултилатералне уговоре финансијског карактера закључиле су међусобно и неке друге организације које нису обухваћене овим чланком⁵³.

У доктрини се сматра да међународним организацијама треба пружити прилику да постану стране уговорнице још неких вишестраних уговора између држава. Познато је да оружане снаге Уједињених нација нису стална војна формација, већ их чине одреди држава чланица које су ангажоване у конкретној мировној операцији. Према чл. 44 Правилника који је донео генерални секретар УН оружане снаге су дужне да поштују начела и дух општих међународних уговора који се примењују на понашање војног особља. Међутим, наведена одредба може да створи хаотичну ситуацију уколико се на сваки национални контингент примене само оне конвенције ратног права које је њихова држава ратификовала. Сматра се да би стога било веома корисно допустити ОУН да приступи, ако не свим, а онда најважнијим вишестраним уговорима из области ратног и хуманитарног права⁵⁴.

Надаље се тврди да међународне организације треба да постану стране неких мултилатералних уговора ако добу у ситуацију да користе властите бродове и ваздухоплове. Нема, на пример, разлога да ОУН, Међународна поморска консултативна организација (ИМСО) или Међународна организација за цивилно ваздухопловство (ИКАО) не буду уговорнице Чикашких конвенција од 1944, Конвенције о заштити живота на мору од 1960. године или Женевоких конвенција о праву мора.⁵⁵ Постоји, напокон, мишљење да би за унапређење међународне заштите људских права било веома корисно да неке међународне организације приступе Пактовима о правима човека од 1966. године и регионалним конвенцијама из ове области.⁵⁶

У пракси, међутим, ниједна међународна организација није постала уговорница поменутих уговора, нити је та могућност разматрана на официјелном плану. Једино се у оквиру Комисије Европских заједница воде озбиљни разговори да ове организације приступе Европској конвенцији о заштити права човека и основних слобода од 1950. године⁵⁷. Формалну тешкоћу свакако представља околност што су текстови вишестраних уговора тако конципирани да не допуштају равноправно учешће међународних организација са државама. Али, има уговора који право приступања не резервишу искључиво за државе. Тако, Међународна конвенција о телекомуникацијама предвиђа, *expressis verbis*, право ОУН да јој приступи у име територије које су стављене под њено старатељство. Према чл. 32, тачка

⁵³ Поменимо, на пример, споразум у вези са Cameroons Development Corporations закључен између IBRD, IDA и Commonwealth Development Corporation и административни уговор између IBRD, IDA и немачке банке „Kreditanstalt für Weideraubau“ (U. N. Treaty Series, Vol. 415, p. 4).

⁵⁴ H. Chiu, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁵ H. M. Otman, *Multilateral Treaties between States to which International Organizations are Also Parties*, East African Law Journal, 1970, № 4, p. 296.

⁵⁶ H. G. Schermers, *International Institutional Law*, Leyden 1980, p. 889.

⁵⁷ Видети меморандум Комисије Европских заједница: *Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79, p. 3.*

с) Конвенције о оснивању Светске метеоролошке организације (WMO) Уједињене нације могу, после нотификације, примењивати конвенцију на територије стављене под њихову управу у складу с међународним режимом старатељства. Завршни протокол Међународног споразума о високофреквентној радиодифузији даје право Генералном секретару да прихвати споразум за рачун радиодифузне службе Организације уједињених нација. Међутим, ниједна од цитираних одредаба није досад спроведена у живот.⁵⁸

IV. Критички осврт и правци даљег развоја

У садашњим условима билатерални уговори представљају основне регулаторе односа међународних организација, како међусобно тако и са другим субјектима међународног права. Њихов је број и данас скоро раван збиру свих уговора које су организације закључиле. Овде имамо на уму да су често и уговори са више од две уговорнице само привидно вишестрани. Одмах се намеће питање због чега мултилатерална техника није заживела у уговорним односима међународних организација? Разлоге ваља тражити и на страни организација и на страни држава.

Примена мултилатералних уговора не ретко захтева предузимање читавог низа мера и поступака које могу да спроведу једино државе посредством свог законодавног, судског и административног апарата. Међународне организације фактички нису у стању да гарантују примену таквих уговора, нити могу да преузму одговорност за њихово извршење⁵⁹. Што се тиче друге групе разлога, чини се да су државе склоне да међународне организације прихвате пре као окриље за предузимање колективне акције, него као независне и од својих чланица потпуно одвојене субјекте. Државе чланице још увек настоје да задрже доминантну позицију приликом остваривања циљева и задатака организације. У томе, као и чињеници да често није прецизно постављена линија разликовања између надлежности организације и њених чланица треба, по речима Reuter-а⁶⁰, тражити објашњење уздржаности држава да међународним организацијама признају право на приступање мултилатералним уговорима.

Могу се навести и други разлози везани за однос држава према организацијама у чијем чланству се не налазе. Поменимо, *exempli causa*, да одређене државе упорно одбијају да признају као субјекте

⁵⁸ Видети студију Секретаријата УН под насловом „Possibilités ouvertes à l'ONU de participer à des accords internationaux pour le compte d'un territoire, Doc. A/CN. 4/281, Annuaire de la CDI, 1974, Vol. II, 2^e partie, pp. 7—37.

⁵⁹ Нека нам као најбоља илустрација послужи меморандум Бироа УН за правне послове у коме, *inter alia*, читамо: „Уједињене нације суштински нису у положају да постану стране уговорнице Женевских конвенција од 1949. године, пошто у њима има много обавеза, као што су кривична јурисдикција над припадницима оружаних снага или административна надлежност у односу на територију, које се могу испунити само вршењем судске и административне власти коју организација нема”; U. N. Juridical Yearbook, 1972, p. 153.

⁶⁰ Doc. A/CN. 4/258 (први извештај Reuter-а), Annuaire de la CDI, 1972, Vol. II, p. 210.

међународног права организације које окупљају државе из супротног идеолошког тора. На дипломатским конференцијама које су сазване ради усвајања мултилатералних уговора оне настоје, и често у томе успевају, да се завршне клаузуле формулишу на начин који искључује сваку могућност да стране уговорнице постану субјекти различити од држава.⁶¹ Слични политички моменти стоје на путу отварања преговора за закључење мултилатералних споразума о сарадњи између регионалних економских организација и њихових чланица.⁶²

При таквом стању ствари не престаје ништа друго него да конститујемо како учешће међународних организација у мултилатералним уговорима зависи, у крајњој линији, од става држава уговорница. У међународном праву не постоји опште правило на основу кога би се одређивао круг субјеката који могу постати уговорне стране вишестраних уговора. То питање регулишу државе у сваком поједином случају уношењем у завршни део уговора одредбе о праву на приступење.⁶³

У досадашњој пракси веома ретко се дозвољавало међународним организацијама да постану стране уговорнице под истим условима као и државе. Обично се за њихово учешће у мултилатералним уговорима предвиђао посебан поступак. То решење налазимо у раније поменутој Конвенцији о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција, која се доставља на прихватање агенцијама, док јој државе чланице могу приступити. Током припреме неких конвенција које садрже правила од значаја за међународне организације предлагало се исто решење. Поменимо да су представници појединих организација, али и држава⁶⁴, сматрали да одредбе Конвенције о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера могу обавезивати организације само ако им се пружи прилика да постану стране уговорнице по поступку сличном оном из Конвенције о привилегијама и имунитетима.

Међутим, две последње мултилатералне конвенције кодификационог карактера уносе значајне новине у начин регулисања овог питања. Конвенција о праву мора од 1982. године отворена је за пот-

⁶¹ СССР и друге источноевропске социјалистичке земље су на свим досадашњим Конференцијама УН о шећеру иступале са тезом да би приступење ЕЕЗ међународном споразуму у овој области било супротно основним начелима Повеље. Видети: U. N. Doc. TD/SUGAR. 9/SR. 11, p. 68.

⁶² Већ неколико година воде се званични и незванични разговори о закључењу једног мултилатералног споразума између ЕЕЗ, СЕВ-а и њихових држава чланица. Они досад нису дали конкретне резултате и због супротних ставова о међународноправном субјективитету и уговорном капацитету поменутих организација. О томе: Е. Т. Усенко, О договорној компетенцији СЕВ, Советское государство и право, 1979, № 6, стр. 186; Т. Schweisfurth, The Treaty-Making Capacity of the CMEA in Light of Framework Agreement Between the EEC and CMEA, Common Market Law Review, 1985, Vol. 22, pp. 615—647.

⁶³ Doc. A/CN. 4/258, Annuaire de la CDI, 1972, Vol. II, p. 210.

⁶⁴ Видети писмене коментаре IBRD, ILO и UPU Doc. A/8410/Rev. 1, Annex I, Annuaire de la CDI, 1971, Vol. II, 1^{re} partie, pp. 445 et suiv.), као и иступања Израела (Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-sixième session, Sixième Commission, 1256^e séance, para. 15), Холандије (Ibid., para. 31) и Индије (Ibid., 1261^e séance, para. 33.) у Правном комитету Генералне скупштине.

писивање не само државама, већ и међународним организацијама (чл. 305). Услови под којима организације могу постати уговорнице подробно су уређени Анексом IX. Према чл. 2 Анекса организација има право да потпише конвенцију само уколико се међу потписницима налази већина њених држава чланица. Приликом потписивања међународна организација даје посебну изјаву у којој поименице наводи питања уређена конвенцијом у односу на која су јој државе чланице, потписнице конвенције, пренеле надлежност, као и природу и обим те надлежности. Након тога, организација може депоновати инструмент о формалној потврди или приступању, под условом да је већина њених држава чланица положила своје исправе о ратификацији или приступању.⁶⁵

Корак даље иде Бечка конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација од 1986. године. Она не тражи да већина држава чланица изрази свој пристанак на обавезивање конвенцијом, нити предвиђа специјални поступак за учешће међународних организација, већ им даје право да постану стране уговорнице под истим условима као и државе. Тако је прихваћена препорука Комисије за међународно право да се међународним организацијама омогући учешће у овој конвенцији на потпуно равноправној основи са државама.⁶⁶ Једино ограничење је да конвенцију, поред држава, могу да потпишу само оне организације које су биле позване да учествују на Конференцији УН о праву уговора међународних организација одржаној током фебруара и марта месеца 1986. године у Бечу⁶⁷. Конвенција подлеже актима формалног потврђивања тих организација, а инструменти о формалном потврђивању депонују се код Генералног секретара УН. Међутим, конвенција остаје отворена за приступање и свакој другој међународној организацији која поседује уговорну способност, под условом да је у инструменту о приступању садржана изјава те организације којом се потврђује да може да закључује уговоре. Да ли ће ово решење из Бечке конвенције постати модел за будуће уговоре зависиће, у првом реду, од спремности држава да међународне организације прихвате као потпуно равноправне партнере у мултилатералном процесу уговарања.

⁶⁵ Подробно о томе: К. R. Simmonds, *The UN Convention on the Law of the Sea 1982 and the Community's Mixed Agreements Practice*, *Mixed Agreements* (edited by D. O'Keeffe and H. G. Schenkers), Deventer 1983, pp. 199—205. Преведени текст Конвенције може се наћи у Сл. листу СФРЈ, Међународни уговори, бр. 1/1986.

⁶⁶ Doc. A/37/10, *Annuaire de la CDI*, 1982, Vol. II, 2^e partie, p. 16.

⁶⁷ За француски текст конвенције: *Revue générale de droit international public*, 1986, № 2, pp. 501—543. Видети и Б. Бохте, Т. Митровић, Бечка конвенција о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација, Југословенска ревија за међународно право, 1986, бр. 1, стр. 18—44. У истом броју „Ревие” објављен је и незванични превод конвенције (стр. 123—150).

Mr ZORAN RADIVOJEVIĆ
assistant à la Faculté de Droit à Niš

SUR LES SORTES DE TRAITÉS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES SELON LE NOMBRE DES CONTRACTANTS

Résumé

Dans cet article l'auteur fait l'analyse des sortes des traités des organisations internationales selon le nombre des contractants. L'auteur part de l'attitude qui'il faut élargir la classification traditionnelle sur les traités bilatéraux et sur les traités multilatéraux par l'introduction d'une nouvelle catégorie des traités qui sont résultats de la combinaison de la technique bilatérale et multilatérale. C'est pourquoi l'auteur divise les traités des organisations internationales en traités bilatéraux, quasi-multilatéraux et traités multilatéraux réels.

On conclue les traités bilatéraux et ils ont l'effet entre seulement deux contractants. Ils peuvent être divisés aussi en traités entre deux organisations et les traités entre une organisations en un Etat. Les traités quasi-multilatéraux sont conclus entre trois ou plusieurs contractants, mais ils sont ainsi groupés que le rapport juridique est établi entre seulement deux partenaires. L'auteur cite, comme exemples typiques, les accords de base sur l'aide technique et quelques accords sur l'association d'un grand nombre d'Etats du tiers monde à la Communauté Economique Européenne. Les traités multilatéraux réels ont plus de deux contractants qui se trouvent au plus grand nombre de côtés et c'est ainsi que ces traités sont conclus entre chacun de ces côtés. Ceux-ci ne sont pas une apparition fréquente et d'ordinaire ils sont conclus entre trois partenaires dont deux sont deux Etats et le troisième est une organisation. Néanmoins, comme contractants de réels traités multilatéraux n'apparaissent toutes, mais seulement certaines organisations temporaires (dans le premier rang Communauté Economique Européenne et l'Agence International pour l'énergie atomique).

L'auteur arrive à la conclusion que les traités bilatéraux présentent encore toujours des régulateurs de base des rapports des organisations internationales avec les autres sujets du droit international. Jusqu'à présent dans la pratique, on permettait très rarement aux organisations internationales d'adhérer aux contrats multilatéraux ouverts. Ce n'est que dans le dernier temps qu'on arrive aux modifications significatives dans ce domaine. Aussi, la Convention sur le droit maritime de 1982 accorde-t-elle le droit aux organisations internationales de devenir des parties contractantes sous la condition que la Convention ratifie ou lui adhère la plupart de ses Etats-membres. Un pas plus loin est partie la Convention de Vienne sur le droit des traités des organisations internationales de 1986 qui permet aux organisations de devenir contractantes sous les mêmes conditions que les Etats. Si cette solution deviendra le modèle pour les futurs traités dépendra finalement de la bonne volonté des Etats d'accepter les organisations internationales comme des partenaires égaux dans le procès de la négociation multilatérale.



ТРЖИШТЕ И ДРУШТВЕНА ИНТЕРВЕНЦИЈА У ПРИВРЕДИ

I

Савременом друштву својствени су одређени циљеви којима тежи. То се нарочито може рећи за социјалистичко друштво. Његови циљеви, данас, били би: 1) обезбеђење општих услова друштвено-економског развоја (међу којима треба посебно истаћи — активну мирољубиву коегзистенцију и мир у свету, праведнију расподелу између развијених и неразвијених, одбрамбену способност и безбедност, као и развој науке и способности примене, научних открића у пракси), 2) друштвено-економски развој (који подразумева нарочито — повећање друштвеног производа и друштвеног богатства, повећање запослености и животног стандарда, уједначавање степена развијености појединих региона, као и измену социјално-економске структуре становништва), 3) развој социјалистичких друштвено-економских односа (који се остварује повећањем обима и вредности средстава у друштвеној својини, применом и развојем расподеле према раду и резултату рада, повећањем степена економије рада, смањивањем вредности производа и скраћивањем радног времена, стварањем могућности да извршени индивидуални рад у све већој мери постаје непосредно део укупног друштвеног рада, те супституцијом дела личне потрошње заједничком потрошњом), 4) рационална, нерасипничка, потрошња материјалних добара (односно, експлоатација природних и других ресурса),¹ као и 5) очување природне равнотеже и унапређење животне средине.

Остваривању већине ових циљева социјалистичког друштва доприноси и његова привреда. Она треба да буде ефикасна, динамична и стабилна. То јест, треба да је одликује повећање степена економије рада, одговарајући раст друштвеног производа и ангажованих пословних средстава, стабилан раст ових величина, као и усклађени развој привредних делатности и односа одређених категорија. Таква привреда није могућа без развијеног тржишта, али и без друштвене интервенције у привредни живот (то јест, без одговарајуће економ-

¹ „Материјално благостање је прихватљив циљ, али прејакко инсистирање на њему ствара потрошачку психологију и води ка потрошачком друштву... Такво вредновање материјалних предмета води ка убрзању еколошке кризе.” (Др Зоран Пјанић: Самоуправни привредни систем, Радничка штампа, Београд, 1983, стр. 207).

ске политике).² Као што није могућа и без других предуслова (као на пример: без адекватног политичког система, без адекватног привредног система и др.).

Деловање многих економских закона одражава се на привреду и позитивно и негативно; одражава се у виду одређених жељених и нежељених ефеката које треба омогућавати и подстицати, односно онемогућавати. У овом раду, даље, биће разматрани ефекти деловања неколико веома значајних економских закона у привреди: закона понуде и тражње, закона вредности и закона формирања друштвених цена роба. Односно, садржај друштвене интервенције у привреди поводом деловања ових закона.

II

Деловање закона понуде и тражње огледа се у слободном сучељавању понуде и тражње, у успостављању њихових односа из којих проистичу тржишне цене. Оно се огледа и у одређеном утицају тих цена на понуду, односно на тражњу.³ У односу на понуду и тражњу, оне теоријски могу бити — равнотежне, односно веће или мање од равнотежних. Равнотежне су када омогућавају реализацију укупне производње и наменску употребу укупне платежно способне тражње. Ако су мање, оне ће довести до реализације укупне производње — али не и до наменске употребе укупне платежно способне тражње. Део платежно способне тражње остаће слободан, а то значи да ће се јавити несташница робе на тржишту. Са друге стране, ако су веће, оне ће довести до наменске употребе укупне платежно способне тражње, али не и до реализације укупне производње. Један део производње остаће нереализован, јер за њега неће бити платежно способне тражње.

Да би се сузбиле негативне последице деловања овог економског закона неопходна је друштвена интервенција.

Из праксе је позната чињеница да тржишна цена робе најчешће не може имати екстремно (крајње) ниску, односно екстремно високу вредност. То јест, да се углавном креће у извесним границама. Ако је нижа од извесне вредности и произвођачима доноси губитак, они ће ограничавати своју производњу. Предузимањем различитих мера друштвена заједница треба да утиче на њено повећање. На пример: подстицањем извоза, подстицањем преоријентације производних

² „Говорећи о функцијама тржишта, треба истаћи да сва досадашња искуства, и наша и туђа указују да се путем тржишног механизма не могу решити многобројни проблеми привредног и друштвеног развоја нити се може остварити задовољавање низа фундаменталних потреба које су од прворазредног значаја за људски живот, па због свега тога се морају користити и друге методе у систему привређивања и задовољавању потреба међу које, треба овде навести самоуправно планирање.” (Др Драгољуб Стојиљковић: Квалитативна и квантитативна анализа тражње, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 25).

³ „Суштина закона понуде и тражње је у томе да обим понуде, обим тражње и ниво цена стоје у тесној и међусобној повезаности и на одређени начин утичу једни на друге.” (Др Јован Петровић: Политичка економија, Пролетар, Ниш, 1987, стр. 126).

програма произвођача, смањивањем понуде путем повећања материјалних резерви, кредитирањем залиха у одређеном периоду, као и другим мерама. Са друге стране, ако је виша од извесне вредности, нпр. ако је знатно виша од тржишне вредности и светске цене ове робе — она неће стимулирати произвођаче да повећавају степен економије рада и да извозе. Пошто доводи и до прерасподеле између појединих делатности — може значити бољи положај извесне делатности (произвођача те робе) у односу на друге делатности којима се даје приоритет, тј. нарушавање утврђених приоритета и утврђених структурних промена. У том случају, друштво треба да утиче на смањивање ове цене. На више начина, као и приликом њеног повећања. То јест: увозом, изношењем на тржиште извесне количине те робе из материјалних резерви, променама структуре потреба потрошача (у смислу ограничавања потребе за том робом и потенцирања потреба за другим робама), подстицањем производње, регулацијом новчане масе, као и на друге начине.

Друштвеном интервенцијом треба регулисати, а не гушити деловање закона понуде и тражње. Треба обезбедити слободно кретање тржишних цена у одређеним границама у којима ће оне бити равнотежне (према понуди и тражњи). Такве тржишне цене треба да стимулишу произвођаче на повећање степена економије рада. А затим, оне треба да имају и извесну селективну, усмеравајућу, улогу. (Код произвођача — приликом утврђивања њиховог обима и асортимана производње, односно; код потрошача — приликом утврђивања приоритета њихових потреба, а делимично и приликом формирања њихове склоности ка потрошњи и штедњи).

Она се конципира и спроводи у кратком року, најчешће у току једне године. Друштвеном интервенцијом која се конципира и спроводи у дужем року — регулише се деловање других економских закона.

Мере којима се регулише деловање закона понуде и тражње усмерене су претежно на промену понуде, на њено повећање или смањење. Зашто? Зато што су у кратком року и производња и тражња углавном дате величине. (А и зато што их у том року не треба реметити и дестабилизovati). Другим речима, зато што друштвени производ и структура расподеле његове вредности у једној години не могу (у уобичајеним условима) радикално одступити у односу на стање у претходној години. При чему, као што је познато, друштвени производ представља израз производње, а износ његове вредности и структура њене расподеле јесу детерминанта платежно способне тражње.

III

Деловањем закона вредности у одређеним теоријским условима врши се пре свега: формирање тржишних вредности и њихово снижавање, изједначавање тржишне цене и тржишне вредности сваке робе, као и сразмерна расподела друштвеног фонда рада.

Тржишна вредност робе одређује се друштвено потребним радним временом за њену производњу. Она се заснива на индивидуал-

ним вредностима и количинама ове робе (на вредностима и количинама ове робе које остварују поједини њени произвођачи). У случају да се робе продају по вредности (под претпоставком да су тржишне цене роба једнаке њиховим тржишним вредностима) на тржишту би се обављала еквивалентна размена. Али, само у начелу. Јер, они појединачни произвођачи чија је индивидуална вредност робе нижа од тржишне — добијају у размени већу количину друштвеног рада за мању количину сопственог рада.⁴ То јест, остварују по том основу тзв. екстра вишак вредности.⁵ Та могућност постаје значајан, али није и једини покретач њихове међусобне конкуренције. На њу је принуђен сваки робни произвођач из још једног разлога — да би најпунотпуно реализовао остварену производњу и остварио просечни вишак вредности.

Поменута конкуренција робних произвођача остварује се, пре свега, сталним повећањем и унапређењем производње.

Смањивање индивидуалних вредности одређене робе код појединих њених произвођача, као један од резултата њихове међусобне конкуренције,⁶ доводи и до смањивања тржишне вредности ове робе.⁷ А са тенденцијом смањивања тржишне вредности робе иде и тенденција смањивања њене тржишне цене.

Према закону вредности, роба се у крајњем случају продаје по вредности. Односно, долази до једнакости између тржишне цене и тржишне вредности. Ова једнакост се остварује осцилацијом тржишне цене око тржишне вредности, а омогућена је (заснива се) деловањем закона понуде и тражње у дужем року.

У том року платежно способна тражња показује тенденцију извесног пораста који је одређен порастом вредности друштвеног производа и пропорцијама њене расподеле. (Као детерминанта платежно способна тражња јављају се и склоности субјеката на страни тражње према супституцији потреба, као и према одлагању или ин-

⁴ Већу количину друштвеног рада за мању количину сопственог рада добијају у размени и они произвођачи чија је индивидуална вредност робе једнака тржишној вредности, али чија је продајна цена ове робе већа од њене тржишне цене.

⁵ „Само при изванредним комбинацијама тржишну вредност регулишу робе које се производе под најгорим или под најповољнијим условима док са своје стране тржишна вредност представља центар колебања за тржишне цене — а ове су пак исте за робе исте врсте. Ако понуда роба по просечној вредности, дакле по средњој вредности масе која лежи између оба екстрема, задовољи обичну тражњу, онда робе чија индивидуална вредност стоји испод тржишне вредности реализују екстравишак вредности или екстрапрофит, док оне чија индивидуална вредност стоји изнад тржишне не могу реализовати један део у њима садржаног вишка вредности.” (Карл Маркс: Капитал III, Просвета, Београд, 1977, стр. 152).

⁶ Други би био — остваривање већих индивидуалних продајних цена од тржишне цене код извесног броја произвођача. На пример, на основу натпросечног квалитета, дизајна и сл.

⁷ „Ма на који се начин цене различитих роба испрва утврђивале или регулисале једне према другима њиховим кретањем влада закон вредности. Где пада радно време које се захтева за њихову производњу, падају и цене; где се оно пење, пењу се и цене, уз иначе непроменљиве околности.” (Карл Маркс, Исто, стр. 151).

тензивирању задовољавања одређених потреба. Али, нека овде важи претпоставка да су оне усталене, непроменљиве.) Тржишна цена је резултат односа платежно способне тражње и натурално изражене понуде. А производња? Њено кретање одређују пре свега две детерминанте: тржишна цена и тежња појединачних произвођача да путем већег обима производње повећавају ефикасност свог пословања.

Повећање производње доводи до повећања понуде и пада тржишних цена. Када тржишна цена робе буде значајно мања од њене тржишне вредности, када произвођачи остварују губитак који се повећава са повећањем њиховог обима производње, почиње (према теорији) пад производње ове робе и постепени пораст њене тржишне цене. Пошто произвођачима није познат унапред однос тржишне цене и тржишне вредности, нити у моменту када се успоставља, већ само после извесног времена — они ће смањивати производњу све док услед смањене понуде тржишна цена значајно не премаша тржишну вредност. И тада почиње обрнути процес — повећање производње и пад тржишних цена — који се одвија све док тржишна цена робе не падне значајно испод њене вредности. — Дакле, тржишна цена се изједначаје са тржишном вредношћу пре свега на основу повећања или смањења производње. Ова констатација заснива се на претпоставци да је произвођачима однос између тржишне цене и тржишне вредности познат по истеку одређеног времена, са значајним закашњењем. Међутим, ако се пође од реалније претпоставке — да произвођачи имају много ажурнији преглед привредних кретања и односа појединих величина — онда се намеће другачија констатација. Односно констатација — да се тржишна цена изједначаје са тржишном вредношћу на основу следећих кретања производње: на основу њеног заостајања за растом платежно способне тражње (на основу њеног споријег раста, стагнације или благог смањења), те на основу њеног бржег раста.

Заостајање производње одређене робе обично не значи и заостајање укупне производње код њених произвођача. Јер, појединачни произвођач најчешће не производи само један производ. Његове производне могућности су шире. Он свој асортиман производње прилагођава захтевима и приликама на тржишту, тј. врши супституцију нерентабилних производа онима који су рентабилнији (делимично, или ако има могућности — и потпуно). Са друге стране, када је тржишна цена неког производа значајно већа од његове тржишне вредности произвођачи повећавају обим његове производње, а може доћи и до прилива нових произвођача. На тај начин, деловањем поменутог економског закона (закона вредности), врши се сразмерна расподела друштвеног фонда рада.

Друштвена интервенција у привреди чији је циљ регулисање деловања закона вредности — са аспекта одређене основне делатности, односно произвођача одређене робе — своди се на:

- 1) подстицање конкуренције робних произвођача,
- 2) ограничавање екстремних тржишних цена, тј. смањивање мере одступања тржишне цене од тржишне вредности појединих роба,
- 3) развој средстава и система друштвене евиденције и планирања, те обезбеђење коришћења одређених података који треба да

омогуће ажурније сагледавање односа између тржишне цене и тржишне вредности (и тенденције тих односа) и брже, чешће, изједначавање износа ових категорија у извесном временском интервалу, те

4) обављање одређених функција у области преоријентације производње.

О значају и неопходности конкуренције робних произвођача одређене робе већ је било речи. Пошто се не заснива на тржишној анархији (пошто је та анархија аутоматски не обезбеђује) треба је стално омогућавати и подстицати. На који начин? Пре свега, путем: 1) утврђивања личне одговорности руководиоца за пословни неуспех привредне организације, 2) успостављања економске одговорности привредних организација за пословни неуспех, 3) елиминисања дефицитарне производње, 4) отварања домаћег тржишта према светском тржишту, 5) отварања локалних тржишта у земљи (чије затварање је последица и тзв. дуплирања капацитета), 6) сузбијања нелојалне конкуренције и монопола, 7) подстицања најуспешнијих колектива и њихових руководиоца, као и 8) путем спровођења других мера.

Појава екстремних цена, односно значајних разлика између тржишне цене и тржишне вредности појединих производа, има своје узроке. У приказу деловања закона вредности подразумева се итзистенција само једног узрока који се читује у суфицитарности, односно дефицитарности производње. (При чему је понуда функција производње, а не и других чинилаца). Међутим, могу постојати и други узроци, као што су: поремећаји у структури потрошње (који доводе до преливања платежно способне тражње са једних производа на друге), повећање склоности становништва према потрошњи или према штедњи, административно утврђивање цена и обезбеђивање услова за њихово одржавање, формирање тржишних цена на нивоу тзв. светских цена, значајне осцилације извоза и увоза (а тиме и понуде), значајне објективно условљене разлике између друштвене цене и тржишне вредности код извесних производа, те подређени или надређени положај извесних делатности и произвођача на тржишту (који се успостављају путем монопола, њиховог различитог третмана у прерасподели, као и на друге начине).

Наведени узроци узимају се као основа приликом утврђивања скупа мера за ограничавање појаве екстремних цена. Свака од тих мера има свој циљ — отклањање одређеног узрока појаве таквих цена. Односно конкретније — повећање екстремно ниских цена или смањење екстремно високих цена.

Повећање екстремно ниске тржишне цене може да се врши, на пример: 1) смањивањем понуде или њеним задржавањем на достигнутом нивоу (путем ограничавања изградње нових капацитета, преоријентације производње, повећања извоза итд.), 2) повећањем платежно способне тражње (на рачун штедње, на рачун платежно способне тражње за другим производима, кредитирањем продаје итд.), 3) њеним административним померањем навигације (када је административно утврђена и када постоји несташница робе на тржишту), 4) смањивањем тржишне вредности на основу повећања ефикасности пословања, као и на основу повољнијих услова пословања (на основу растере-

ћења произвођача од извесних издатака фискалног карактера), 5) њеним посредним повећањем (повећањем прихода произвођача на основу регреса, премија, дотација, компензација итд.), као и 6) спровођењем других одговарајућих мера. Слично се може рећи и за смањивање екстремно високе тржишне цене. Тако, оно може да се врши путем: 1) повећања понуде (попунјим коришћењем постојећих капацитета, проширењем и изградњом нових капацитета, преоријентацијом производње у корист производа са екстремно високим тржишним ценама, повећањем увоза и на друге начине), 2) смањења платажно способне тражње (у корист повећања платажно способне тражње за другим производима, повећањем склоности потрошача према штедњи, сужавањем продаје на кредит итд.), 3) њиховог административног померања наниже, 4) спречавања произвођача да несразмерно и енормно повећавају цене, 5) повећања тржишне вредности на основу лошијих услова пословања, 6) промена монополистичких стања и ограничене конкуренције на тржишту, као и 7) спровођења других мера.

Савремена средства и системи у области информација омогућавају привредним субјектима све већу ажурност у пословању и сагледавању привредних токова.⁸ Али не аутоматски, него само ако друштво развија систем друштвене евиденције и обезбеђује коришћење одређених података у привредним организацијама.

У таквим условима не би требало да се екстремне тржишне цене јављају првенствено услед суфицитарности и дефицитарности производње. Али, овај њихов узрок не треба занемаривати. На његов значај указују и извесне појаве у пракси. Најпознатија је појава тзв. дуплирања капацитета, која доводи до суфицитарности производње или до недовољног коришћења капацитета и до повећања тржишне вредности.

Исто тако, у тим условима мало је вероватно да ће до суфицитарности и дефицитарности производње долазити због неблагоприятног познавања односа између тржишне цене и тржишне вредности. Наиме, произвођачу су познате - сопствене продајне цене, као и продајне цене његове конкуренције (посебно најбољих и најлошијих произвођача). Убрзо после сваког обрачунског периода, њему могу бити познате: остварене вредности појединих предмета које је произвео ($ck + v M_i$), укупно остварена вредност свих ових предмета ($\sum ck + \sum v M_i$), као и укупно остварена вредност производње просечног и водећег произвођача. На

⁸ „Развој економске статистике, економске анализе и технологије прикупљања, обраде и дистрибуирања информација омогућили су да се привредни субјекти опскрбе с неупоредиво више релевантних информација него прије. Ако је тржиште представљало један информацијски систем, онда је тај технолошки напредак представљао усавршавање тржишта. То је усавршавање имало два аспекта: (а) ажурна и свеобухватна економска статистика пружила је привредним субјектима без закашњења потпуну обавијест о привредној ситуацији (старо је тржиште обавјештавало дјеломично и са закашњењем), и (б) савремене методе предвиђања омогућиле су да се смањи неизвјесност будућих догађаја и тако су пријашње *ex post* одлуке усавршене у *ex ante* одлуке. И једно и друго је значајно да привредни субјекти добијају прилично комплетну колекцију параметара важних за доношење исправних одлука, тј. таквих које ће водити до производње управо оне робе која се може продати.” (Бранко Хорват: Политичка економија социјализма, Глобус, Загреб, 1984, стр. 277).

Основу тога он може ажуро и доста тачно да утврди однос тржишне цене и тржишне вредности и тенденцију тог односа. А то му омогућује да благовремено прилагођава свој асортиман производње захтевима тржишта.

Задаци друштвене заједнице у области развоја средстава и система друштвене евиденције и планирања, као и обезбеђења коришћења одређених података, очитују се нарочито у овоме: 1) компјутеризацији обраде података, 2) обезбеђивању прегледа података о пословању — у конкретном обрачунском периоду (преко службе друштвеног књиговодства), протеклом периоду (преко завода за статистику), и у будућем периоду (преко завода за друштвено планирање), 3) обезбеђивању прегледа извесних односа, показатеља, фактора и тенденција у пословању (преко извесних института, а делом и преко наведених организација), 4) увођењу обавезе привредних организација да користе одређене податке, те 5) увођењу привредних организација у коришћење тих података.

Тржишна цена треба да осцилира око тржишне вредности, али да од ње много не одступа и да се са њом брже изједначаје. Мањи временски размак између момената у којима се изједначаје са тржишном вредношћу (кога омогућава стално познавање односа тржишне цене и тржишне вредности и стално прилагођавање асортимана производње), са једне стране, и ограничавање екстремних тржишних цена, са друге стране — омогућавају у већој мери продају робе по вредности. За такву тржишну цену може се рећи да представља објективни критеријум за успостављање односа између привредних субјеката. (Односно, критеријум који сваки привредни субјекат треба да уважава када креира своју пословну политику на дужи рок (да би она била реалнија и да би његов развој био стабилнији). Занемаривање њеног значаја у робној производњи значи занемаривање значаја саме те производње.⁹ За такву тржишну цену може се рећи да представља инструмент расподеле резултата друштвене производње према раду.

Свако значајније одступање тржишне цене од тржишне вредности и њено дуже задржавање на тако екстремном нивоу, треба да се користи изузетно. Оно треба да буде програмирано. Пре свега, да буде временски ограничено и да буду јасно утврђени његови циљеви.

Тржишна цена произилази из продајних цена привредних субјеката. Она изражава не само појединачне интересе, него и друштвени интерес. Остваривање тих интереса треба да обезбеђује друштвена заједница, остваривањем своје улоге у политици цена.¹⁰

⁹ „Иако се цена производње појављује као равнотежна у развијеној робној привреди, капиталистичкој и социјалистичкој, вредност (вредносна или, како се још назива од неких аутора, радна цена) није економска категорија која губи значај и која се може елиминисати из економских анализа. Посебно не из анализа у којима је (социјалистичко) планирање предмет истраживања или елемент доношења економских одлука.“ (Др Иван Стојановић: Социјализам и тржиште, Економика, Београд, 1986, стр. 529).

¹⁰ „Искуства показују да цене нису само ствар једног колектива и да ту не могу да буду заступљени само појединачни интереси кроз које се подмећу и сопствена неорганизованост, нерад и друго. Утолико пре што раднички савети, доносећи одлуке о повећању цена често немају прави увид ни у стање у свом

Друштвена заједница има значајну улогу и у области преоријентације производње привредних субјеката. О њој ће бити речи касније — после приказа деловања још једног економског закона, закона формирања тзв. друштвених цена појединих производа.

IV

Када би се робе продавале по вредности, произвођачи из различитих делатности који располажу једнаким износом ангажованих елемената производње — не би добијали и једнаки део укупног друштвеног вишка вредности. (Пре свега, због њиховог различитог објективно условљеног обрта ангажованих елемената производње и органског састава тих елемената). То јест, не би могли да издвајају једнаки износ средстава за задовољавање општих и заједничких друштвених потреба, за проширену репродукцију и за друге потребе које се задовољавају из вишка вредности. Због тога се јавља нужност конкуренције између робних произвођача различитих роба (робних произвођача који имају различит објективно условљени органски састав и обрт ангажованих елемената производње). Односно, потреба спровођења одговарајуће, диференциране, економске политике друштва.

Под утицајем конкуренције између произвођача различитих роба, када су тржишне цене роба једнаке њиховим тржишним вредностима, долази до преливања пословних средстава — из производње оних роба са којима се остварује мањи износ у производњу оних роба са којима се остварује већи износ вишка вредности по јединици вредности ангажованих елемената производње. То доводи до трансформације вредносне цене сваке робе у њену друштвену цену. Ако би се сада робе продавале по својим друштвеним ценама, дошло би деловањем закона вредности до промена ових цена. Оне би се изједначиле са тржишним вредностима тих роба. Дакле, што је тржишна цена робе ближа њеној друштвеној цени већи је интензитет деловања закона вредности, а што је ближа њеној тржишној вредности већи је интензитет деловања економског закона према коме се формира друштвена цена ове робе. Међутим, пошто у једном моменту однос између тржишне цене и тржишне вредности, односно тржишне цене и друштвене цене, није исти код свих роба — то се не може говорити о различитом, већ само о једнаком интензитету и истовременом деловању поменутих економских закона.

Економски закон према коме се у капитализму формирају друштвене цене роба познат је као закон просечног профита. Међутим, у социјализму не постоји опште прихваћени назив тог закона, па ни став о његовом деловању и његовим функцијама.

Овај закон (као и други економски закони) има своју позитивну и своју негативну страну.

колективу, а камоли у репродукционом ланцу и земљи у целини. Цене су очигледно интерес целе привреде и целог друштва, и тај интерес треба, поред произвођачког, било како штитити." (Славко Јовић, председник Пословног одбора МИН-а у Нишу — у Политици од 15. 2. '87, стр. 8).

Он омогућава изражај индивидуалне пословне иницијативе и конкуренцију произвођача различитих роба. Пословна иницијатива робних произвођача доводи до освајања производње дефицитарних производа, производа код којих постоји значајна позитивна разлика између њихове тржишне цене и тржишне вредности. Она треба да доводи и до стварања производних конглометара који ће имати такав асортиман производње код кога ће се позитивне и негативне разлике између тржишних цена и тржишних вредности (производа који га чине) међусобно потирати. Трансформацијом произвођача у производне конгломерате поменути закон доприноси повећању њихове пословне сигурности на тржишту. Тиме што сваки привредни субјекат има могућности да улаже пословна средства у области било које производне делатности, он доприноси бржој концентрацији средстава и бржем развоју нових производа и технологија, односно бржем развоју производних снага. Поред тога, као и закон вредности, врши сразмерну расподелу друштвеног фонда рада. А нарочито, он обезбеђује произвођачима различитих роба једнаке могућности у развоју (нарочито могућност једнаког издвајања средстава за проширену репродукцију).

Са друге стране, он не може да усмерава пословна средства у велике капитално интензивне објекте од општег друштвеног значаја, као и у области и објекте који треба да буду носиоци развоја. Његово деловање може да значи веће или мање нарушавање еквивалентне размене. Затим, он обезбеђује произвођачима одређени положај у привређивању *ex post*, а у данашњим условима тај положај треба да буде утврђен и успостављен *ex ante*. Најзад, треба рећи и то да слободно деловање овог закона не омогућава оптимално, најефикасније, остваривање његових функција (па је и због тога потребна извесна интервенција државља).

Друштвена интервенција у привреди поводом деловања закона остваривања друштвених цена роба своди се на омогућавање и поспешивање остваривања његових функција, као и на обављање (у већој или мањој мери) неких од тих функција.

Пре свега, она је неопходна ради остваривања стабилног раста и оптималне структуре производње. Промене у производној структури треба у сваком случају да буду у функцији стабилног раста производње. Њена улога овде јесте, првенствено: 1) глобално усмеравање привредног развоја, као и конкретно указивање привредним субјектима на суфицитарност одређене производње, на дефицитарност појединих производа, на нове производе који се појављују у појединим основним производним делатностима, те на нову технологију у свакој од тих делатности или склупу сродних делатности, 2) финансирање или учешће у финансирању развоја нових производа и нових технологија,¹¹ 3) арбитража у одлучивању о потреби и месту изградње појединих производних капацитета (да би се спречили тзв. дуплирање капацитета и изградња тих капацитета тамо где су неповољнији услови њи-

¹¹ На пример, у смислу финансирања које је предузела ИНВЕСТБАНКА — Београд (према огласу у Политици од 16. 2. 1987).

хове експлоатације); те 4) прикупљање средстава и њихово инвестирање у велике капитално интензивне привредне објекте од општег значаја, а по овлашћењу производних организација и у складу са планираном динамиком и структуром привредног развоја.

Неопходно је и да друштво указује привредним организацијама на тзв. светске цене и на могућности, области и захтеве учешћа у међународној подели рада. А затим, да обезбеђује извесне услове за остваривање тог учешћа.

Најзад, неопходан је и одређени допринос друштвене заједнице уједначавању положаја произвођача и расподела. То јест, уједначавању услова њиховог пословања и развоја.¹² Првенствено у смислу превазилажења разлика које се јављају због неједнаког органског састава и обрта ангажованих пословних средстава. У капитализму (у условима конкуренције), такав, једнаки, положај произвођача у расподели, као што је познато — омогућава цена производње.

На пример, она (друштвена заједница) тај допринос може остваривати неравномерним повећавањем тржишних цена појединих производа и услуга. Али ово решење не може се сматрати оптималним. Промене положаја произвођача у расподели путем неравномерног повећања цена њихових производа — подстичу инфлацију. Јавља се тежња произвођача за повећањем цена. Истовремено, преоријентација производње и конкуренција произвођача различитих роба иду у други план. Јер, оно што се постиже повећањем цена веома се тешко може остварити на други начин.

Цене производње омогућавају произвођачима у капитализму да издвоје једнаки износ средстава (по јединици ангажованих пословних средстава) за све оне потребе које се задовољавају из вишка вредности. Међутим, оне то не омогућавају у потпуности и произвођачима у социјализму. Зашто? Зато што су најамнине радника у капитализму скоро дате величине, независне од пословног успеха робних произвођача. А то није случај и са личним дохоцима радника у социјализму.

У социјализму остварени додајни вишак вредности (преко планираног просечног вишка вредности) припада делом и радницима по основу њиховог рада. Нека сви робни произвођачи остваре исти релативни износ додајног вишка вредности (по јединици ангажованих пословних средстава). Ако, сада, сви они једним његовим делом повећају личне дохотке за исти проценат — неће моћи више да издвоје једнаки релативни износ средстава за све оне потребе које се задовољавају из вишка вредности. Пре свега, зато што имају различит органски састав елемената производње па једнаки проценат повећања њихових личних доходака не значи и једнаки релативни износ повећања тих личних доходака.

Због тога друштвена заједница, уместо остваривања једнаког релативног учешћа произвођача у расподели друштвеног вишка вред-

¹² „Уједначавање увјета привређивања значи да се привреда мора организовати тако да све привредне јединице одлучивања зарађују доходак под истим полазним увјетима.” (Бранко Хорват, Исто, стр. 290).

ности, треба да обезбеди остваривање њиховог једнаког релативног издвајања за проширење и унапређење материјалне основе рада. Једним делом вишка вредности треба, исто тако, да уважи извешан степен њиховог пословног ризика, нпр. са 10% износа личних доходака. А у вези репродукције утрошених елемената производње — она посебно треба да омогући раднику остваривање истог личног дохотка за одређени рад, без обзира на то у којој ће привредној организацији радити. Испуњење ових захтева заснива се на утврђивању и спровођењу одређених мера у области система и политике привређивања. То јест, углавном на утврђивању, односно остваривању: 1) карактеристичне друштвене цене роба према којој ће произвођачи формирати цене својих производа, 2) обавезе произвођача да издвајају једнаки износ средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада по јединици ангажованих пословних средстава, као и начина његовог обрачунавања и издвајања, 3) стопа према којима ће произвођачи различитих делатности издвајати средства за опште и заједничке друштвене потребе (које морају бити различите — пре свега, због различитог органског састава елемената производње), 4) основе на коју ће се примењивати ове стопе, као и 5) степена пословног ризика који ће се признавати привредним организацијама (у виду процента на износ њихових личних доходака).

На идућој страни приказано је четири поједностављених алтернативних примера (модела) који треба да пруже аналитичку представу утврђивања наведених мера. Основне претпоставке и карактеристике ових примера биле би следеће:

— Између вредности ангажованих и вредности утрошених елемената производње не постоји разлика, оне су једнаке;

— Сви произвођачи имају исти коефицијент обрта (1) и исту стопу вишка вредности (100);

— Као карактеристични облик друштвене цене узети су познати облици тзв. нормалне цене. Вредносна цена (TV, VC) узета је у првом и другом, доходна цена (DC) у трећем и цена производње (CP) у четвртом примеру;

I ПРИМЕР

Произвођач, основна делатност	с	v	m	TV, VC	a	Нето доходак $v + (m - a)$	Порез		
							износ		%
							1,1v	p	
1	80	20	20	120	10	30	22	8	26,7
2	70	30	30	130	10	50	33	17	34,0
3	60	40	40	140	10	70	44	26	37,1
Σ	210	90	90	390	30	150	99	51	—

II ПРИМЕР

Произвођач, основна делатност	c	v	m	TV, VC	Доходак (v + m)	a	Порез		
							износ		
							1,lv	p	p ₁
1	80	20	20	120	40	10	22	8	20,0
2	70	30	30	130	60	10	33	17	28,3
3	60	40	40	140	80	10	44	26	32,5
Σ	210	90	90	390	180	30	99	51	—

III ПРИМЕР

Произвођач, основна делатност	c	v	m	DC	Просечан доходак pd	a	Порез		
							износ		
							1,lv	p	p ₁
1	80	20	20	140	60	10	22	28	46,7
2	70	30	30	130	60	10	33	17	28,3
3	60	40	40	120	60	10	44	6	10,0
Σ	210	90	90	390	180	30	99	51	—

IV ПРИМЕР

Произвођач, основна делатност	c	v	m	CP	a	Нето изведени доходак v + (pp - a)	Порез		
							износ		
							1,lv	p	p ₁
1	80	20	20	130	10	40	22	18	45,0
2	70	30	30	130	10	50	33	17	34,0
3	60	40	40	130	10	60	44	16	26,7
Σ	210	90	90	390	30	150	99	51	—

— За акумулацију, тј. за проширење и унапређење материјалне основе рада (a), обрачунава се и издваја 10% од вредности ангажованих пословних средстава. Том приликом, ова ставка се у првом и четвртом примеру третира као трошак специфичне врсте, а у другом и трећем примеру као елемент дохотка;

— Као основица на коју се примењују пореске стопе (према којима се обезбеђују средства за општу и заједничку друштвену потрошњу) служи доходак, односно нето доходак. Нето доходак у првом (v + m - a) и у четвртом (v + pp - a), а доходак у другом (v + m) и у трећем (pd) примеру;

— Нето доходак у првом и четвртном примеру дели се на два дела, на порез (р) и износ који остаје произвођачима за личне дохотке (1,1v). У овом другом делу садржан је пословни ризик који се признаје привредним организацијама у облику вредности. Та вредност представља део вишка вредности, а чини је 1/10 износа личних дохода. А из дохотка у другом и трећем примеру, поред ових елемената издвајају се и средства за проширење и унапређење материјалне основе рада;

— Нема издвајања других елемената из дохотка или нето дохотка произвођача. (Они су садржани у већ приказаним елементима. Тако, на пример, средства за резервне фондове садржана су у износу пореза и акумулације);

— Пореске стопе (р₁) различите су код појединих произвођача, односно за сваку основну делатност. Утврђене су тако да омогућавају испуњење постављених захтева.

У првом примеру, према обрасцу

$$p_1 = 100 - \frac{1,1v}{TV - (c + a)} 100, \text{ у коме је}$$

$$TV = (c + v) + v M_1 \text{ односно}$$

$$M_1 = \frac{\sum m}{\sum v} 100.$$

У следећем примеру, према обрасцу

$$p_1 = 100 - \frac{1,1v + a}{TV - c} 100,$$

где је TV исто као у првом примеру.

Затим, у трећем примеру, према обрасцу

$$p_1 = 100 - \frac{1,1v + a}{DC - c} 100, \text{ у коме је}$$

$$DC = c + pd,$$

$$pd = (c + v) pd_1, \text{ односно}$$

$$pd_1 = \frac{\sum (v + m)}{\sum (c + v)} 100.$$

И најзад, у четвртном примеру, према обрасцу

$$p_1 = 100 - \frac{1,1 v}{CP - (c + a)} 100, \text{ у коме је}$$

$$CP = (c + v) + pp,$$

$$pp = (c + v) pp_1, \text{ односно}$$

$$pp_1 = \frac{\sum m}{\sum (c + v)} 100.$$

У вези са наведеним примерима може се поставити више питања. Најважнија би била ова три: питање избора карактеристичне друштвене цене роба (према којој ће произвођачи обрачунавати цене својих производа), питање пореске основице и мотива привређивања, као и питање обрачуна и издвајања средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада.

Избор карактеристичног облика друштвене цене доприноси квалитету привредног система, Ф. Черне, на пример, каже да наш привредни систем није ефикасан и због тога што је наша привреда „... без неке конзистентне, доста хомогене генералне теорије 'нама' адекватног привредног система (његове организације и функционисања).”¹³ У томе, поред осталог, она је и без неке нама адекватне нормалне, гравитационе, цене.¹⁴ Такву цену привреда је имала само у тзв. административном периоду управљања. Била је то вредносна цена коју је чинио „... зброј, с јесне стране, просјечних друштвено потребних трошкова производње, транспорта и трговине и, с друге стране, износ који добивамо тиме што те просјечне трошкове производње, транспорта и трговине помножимо с просјечном друштвеном стопом акумулације и фондова.”¹⁵ Она је била обрачунска категорија — „средство за планску методологију социјалистичке робне производње и размјене.” За сваки артикал утврђиване су још планска и стварна цена.¹⁶

Друштвена цена треба да обезбеди произвођачима пре свега репродукцији утрошених елемената производње и издвајање истог релативног износа средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада (по јединици ангажованих пословних средстава). Она тај захтев не може да испуни сама, без обзира за који њен карактеристични облик се друштво определило. Може га испунити само уз по-

¹³ САНУ: Криза југословенског економског система, узроци и перспективе, Београд, 1986, стр. 147.

¹⁴ „Иако код нас постоје покушаји — као нпр. теорија доходне цене — да се ради на вредност трансформише у нормалну цену по Марксовом поступку, свакидашња масовна пракса и политика нама каже да је у питању да ли постоји код нас било какво образовање цена — на кратак и на дужи рок — на основу неке нормалне, гравитационе, равнотежне итд. цене. Једноставно се, 'нормална цена' изводи из годишње (резолуције) политике циљева (рецимо, стимулација извоза, заштита домаће производње, финансирање постојећих друштвених потреба, средстава за резерве итд.) те се онда на основу онаквих циљева исправља већ постојеће цене са допунском коректуром ситуације на тржишту: робе има — робе нема. — Наравно да због тога остаје контрола (регулација) цена са стране друштва на пешчаном тлу без неких објективних критеријума, узимајући у обзир да је планско билансирање привредних токова врло лабилно.” (САНУ, Исто, стр. 159).

¹⁵ Борис Кидрич: Социјализам и економија, Глобус, Загреб, 1979, стр. 94.

¹⁶ „Планска цијена појединог артикла или групе артикала настаје тако што се просјечним друштвено потребним трошковима производње, транспорта и трговине додаје износ добивен тиме што се просјечни трошкови помноже с индивидуалном, планом одређеном стопом акумулације и фондова за дотични артикал, односно групу артикала.” Са друге стране, стварна цена „... је она цијена која се у робној размјени доиста постиже на темељу дјеловања закона понуде и потражње, у оквиру планом даних директивних пропорција (или пробијањем планом даних директивних пропорција, кад се ради било о слабом планирању, било о мањковој организацији социјалистичке привреде).” (Борис Кидрич, Исто, стр. 94. и 95).

моћ пореског система и пореске политике у земљи. (Уз различите, диференциране, стопе издвајања средстава за опште и заједничке друштвене потребе — како је то приказано у наведеним примерима). Пред друштвеном ценом поставља се још један захтев — обезбеђивање еквивалентне размене између привредних субјеката. Овај захтев она може испунити само ако је њен карактеристични облик вредносна цена. Са тим карактеристичним обликом она истовремено испуњава и претходни захтев, и то успешно. (Са неким другим карактеристичним обликом први захтев би испуњавала неуспешније — због тога што би се повремено мање или више од ње одступало, да би се задовољила и потреба еквивалентне размене).

Теоријски се намеће закључак — да је у условима друштвене својине над средствима за производњу доходак основни мотив привређивања. У нашем привредном систему он је нпр. основна економска категорија. Па ипак, питање мотива пословања робних произвођача у тим условима остаје једно од најсложенијих питања политичке економије социјализма. Због тога, у вези са тим питањем треба дати неколико напомена.

У извесној мери мотив пословања одређен је карактеристичним обликом друштвене цене роба. Тако, вредносној цени одговара доходак ($v + m$), доходној цени просечан доходак (pd), а цени производње изведени доходак ($v + pr$).

Мотив пословања одређен је у извесној мери и начином обрачуна и издвајања средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада. Доходак, просечни доходак или изведени доходак из цене производње јављају се као мотив пословања — ако средства за проширење и унапређење материјалне основе рада чине један од њихових елемената. У супротном, ако се ова средства обрачунавају и издвајају као специфичан трошак пословања, као мотив пословања јавља се нето доходак, просечан нето доходак или нето изведени доходак. Све ове нето категорије могу се назвати добитком, при чему његову друштвено-економску садржину одређује и карактеристични облик друштвене цене.

На мотив пословања значајно утиче и порески систем, односно пореска политика. Наиме, мотив пословања служи као основица одређене расподеле. Тако се нпр. у другом примеру из дохотка издвајају средства за личне дохотке (v), за њихово повећање или стабилизацију ($1/10$ од v), средства за проширење и унапређење материјалне основе рада (a), као и средства за опште и заједничке друштвене потребе (p). Ако се пореским стопама на доходак (p_1) не угрожавају репродукциона способност и развој произвођача, врши уједначавање њиховог положаја у расподели и омогућава дугорочније планирање услова рада (ако се те стопе не мењају често) — доходак ће стварно бити мотив пословања робних произвођача. Међутим, ако се овим стопама не испуњавају поменути захтеви — доходак неће бити мотив пословања. Добри ће до противуречности између појединих његових елемената, а оне ће се испољити у томе што ће произвођачи у пракси придавати различити значај овим елементима.

Код одређеног мотива пословања, тј. основице за расподелу, различите су пореске стопе (p_1) којима се од појединих произвођача

захватају средства за општу и заједничку друштвену потрошњу (што је и нужно). Степен њихове различитости могао би се изразити односом највише и најниже пореске стопе. Пошто свим мотивима пословања није својствен исти степен различитости наведених пореских стопа, поставља се и питање коме мотиву дати предност са те стране. Ако се пође од захтева да све привредне делатности (тј. произвођачи) треба што равномернојије да обезбеђују средства за општу и заједничку друштвену потрошњу — то се експонира онај мотив код кога је наведени степен најмањи. (У наведеним моделима посебну пажњу заслужује мотив у првом, односно другом примеру).

На крају, у вези са мотивом пословања, треба рећи да повећање и максимирање дохотка, просечног дохотка или изведеног дохотка (односно, њиховог нето износа) представља крајњи пословни мотив. Као такав, он се истиче у први план. Али поред њега постоје и други мотиви радника у раду и поводом рада, са којима не би требало да буде у противуречности. На пример, репродукција угрошених средстава за производњу, раст суме ангажованих пословних средстава и бруто прихода и други. Уосталом, слично као и у капитализму, где се нпр. наводе следеће мотивације предузећа у садашњим условима: „... 1) апсолутно максимирање профита, 2) максимирање профита али уз одржање одређеног обима пословања, с тим што и сам тај одређени обим пословања зависи од мотива предузећа, тако да некада може бити висок, други пут релативно низак, и слично, 3) максимирање обима пословања (раст предузећа) али уз остварење одређеног ('нормалног', 'осредњег', можда чак и 'минималног') профита, 4) потпуна елиминација конкурената — тзв. уништавајућа конкуренција, 5) успостављање доминације, 6) борба за опстанак, итд.”¹⁷ Максимирање дохотка у привредној организацији (у социјализму) не би требало да буде у супротности ни са крајњим мотивом привреде у целини, који се очитује у максимирању укупног друштвеног дохотка. (То јест, не би било целисходно да се максимирање дохотка у једној привредној организацији врши на рачун дохотка других привредних организација).

Основна друштвено-економска функција средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада у социјализму јесте репродукција у проширеном обиму средстава у друштвеној својини, и на тој основи — динамичан и складни развој производних снага и социјалистичких производних односа (укључујући овде и остваривање пуне запослености радно способног становништва). Остваривање ове њихове функције биће могуће ако се издвајају у одређеној мери према износу ангажованих пословних средстава. Под претпоставком да је свим делатностима својствен исти темпо развоја, привредни и други субјекти треба да издвајају једнаки износ ових средстава по јединици вредности ангажованих пословних средстава која користе у свом процесу рада.

Њихово обрачунавање и издвајање из дохотка, просечног дохотка или изведеног дохотка значи да се везују за пословни успех. То јест, да могу бити остварена у већој или мањој мери, односно ма-

¹⁷ Др Иван Стојановић, Исто, стр. 286.

ње или више занемарена у случају деформације пословног мотива. У таквим условима поменута средства тешко да би могла да изврше своју основну друштвено-економску функцију. То показује и масовна пракса. „Сведоци смо да опада њен релативни обим и квалитет, да се погоршава њена структура, њен финансијски и робни састав. Главни узроци тог забрињавајућег стања налазе се у нерегулисаној или неадекватно регулисаној расподели друштвеног производа, у одсуству ефикасних економских механизма који би унапред осигурали потребну стопу и масу акумулације. Акумулација је услед тога остајала потпуно незаштићена категорија, препуштена спонтаној акцији десетина хиљада економских субјеката, руковођених првенствено својим краткорочним и парцијалним интересима... У којој је мери акумулација занемарена величина у постојећем систему расподеле види се, између осталог, и по томе да у низу грана које имају негативну стопу акумулације срећемо истовремено и сразмерно високе личне дохотке, што значи да се лични доходи повећавају и у оним случајевима када основне организације послују с губицима. То нас упућује у уверење да при садашњем систему расподеле, самоуправне организације нису ни економски ни на било који други начин мотивисане да друштвена средства репродукују на проширеној основи и у мери која је друштвено неопходна. Таквим третманом акумулација је практично сведена на резидуалну категорију. Она је, поред тога, угрожена експанзијом опште потрошње, тако да се све озбиљније поставља питање може ли привреда, с ограниченим средствима којима располаже, издржавати толику политичку, друштвену и другу ванпривредну режију и надградњу.”¹⁸

Чини се да је решење проблема акумулације пре свега у томе да се средства за проширење и унапређење материјалне основе рада обрачунавају и издвајају као специфични трошак пословања. Са прихватањем овог решења намећу се углавном два питања: да ли се тиме ограничавају извесна самоуправна права радника, односно питање адекватности нето дохотка (или нето просечног дохотка, односно нето изведеног дохотка) као мотива пословања.

Одговор на прво питање јесте: наведено решење не значи ограничавање самоуправних права радника у удруженом раду. Акумулација у привредној организацији није ствар само те организације, него и целог друштва. Поред тога, она није ствар само садашњих, него и будућих радника. (Од акумулације и инвестиција садашњих радника зависи положај будућих генерација које тек треба да се укључе у удружени рад). Затим, и питање субјеката употребе средстава за проширење и унапређење материјалне основе рада независно је од начина њиховог обрачуна и издвајања. Оно је неспорно: највећим делом та средства, под одређеним условима, треба да употребљавају (инвестирају) сами робни произвођачи.

Ни адекватност нето дохотка (нпр.) као пословног мотива — није спорна. У њему су, према наведеним моделима (примерима), садржана два елемента — средства за личне дохотке и средства за опште

¹⁸ Никола Чобелић: *Формирање и употреба акумулације као извориште кризе*, прилог у цитираном делу САНУ, стр. 216.

и заједничке друштвене потребе. Максимирањем ове категорије произвођачи ће остваривати веће личне дохотке, што је њихов непосредни интерес. А остваривање већих личних доходака претпоставља најпре репродукцију утрошених средстава за производњу и издвајање потребног износа средстава акумулације (као и издвајање утврђеног износа за опште и заједничке друштвене потребе). Са друге стране, када привредни субјекти оствареним нето дохотком не могу трајно обезбеђивати неопходни износ личних доходака (по запосленим категоријама радника) — доводи се у питање њихова даља егзистенција. Чини се да би интерес непроизводних радника за повећање нето дохотка у привреди био неупоредиво већи. Пре свега, зато што повећање своје потрошње не би могли да заснивају на рачун смањења животног стандарда радника. Односно, да би био већи и утицај произвођача на општу и заједничку друштвену потрошњу.

Mr VLADIMIR SERJEVIC
assistant à la Faculté de Droit à Niš

LE MARCHÉ ET L'INTERVENTION SOCIALE DANS L'ÉCONOMIE

Résumé

Dans son article l'auteur fait l'analyse du contenu de l'activité des lois économiques fondamentales, c'est-à-dire des lois de l'offre et de la demande, des lois des valeurs et des lois de la formation des prix sociaux de la marchandise. C'est alors qu'il examine la contribution de ces lois économiques à la qualité de l'économie dans les conditions de la propriété sociale sur les moyens de production.

Avant tout, l'auteur indique les côtés positifs et les côtés négatifs de l'activité de certaines lois économiques. En même temps il indique le contenu de l'intervention sociale dans le domaine de l'économie vu de l'aspect de la réalisation d'un but déterminé. Ce but est ici de rendre possible et de stimuler les côtés positifs et de limiter les côtés négatifs des lois économiques cités.

МИРОВАЊЕ ПОСТУПКА

I ПРИВРЕМЕНО ОБУСТАВЉАЊЕ ПАРНИЧНЕ ДЕЛАТНОСТИ

Парнични поступак се, по правилу, дефинитивно обуставља кад суд тражену правну заштиту пружи. У току парнице може да дође и до привременог обустављања парничног поступка.¹

Упркос настојању законодавца да се спор у што краће време реши и парница што пре оконча, које је дошло до изражаја приликом нормирања процедуре, на развојном путу неких парница могу да се појаве различите склоности које изазивају привремено обустављање парничне делатности. Иако парница и даље тече, долази за извесно време до стагнирања у развоју поступка. Отпадањем разлога који су довели до привременог обустављања парничне делатности, у једном каснијем тренутку парнични поступак ће поново наставити да се креће ка свом циљу — судској одлуци. Поступак који је спроведен до тренутка његовог привременог обустављања и део који се спроводи по настављању поступка чине једну целину.

Законодавац познаје три вида привременог обустављања парничне активности: прекид поступка,² мировање поступка³ и застајање са поступком.⁴

До мировања поступка у парницама често долази. У судској пракси се на различите начине тумаче поједини услови за наступање мировања.

У теорији процесног права нема јединственог схватања о томе који су то правно-политички и правно-технички циљеви који се институтом мировања постижу. И у тумачењу услова за наступање мировања теоретичари нису јединствени у мишљењима.

Иако овај институт дуго постоји у нашем праву, било је аутора који су оспоравали разлоге његовог постојања.

¹ У нашој процесној литератури се на различите начине означава ова појава. О томе детаљно: Станковић Г. — Прекид поступка, Зборник радова Правног факултета у Нишцу, Ниш, 1974, стр. 299.

² Прекид поступка, као вид привременог обустављања парничне делатности, регулисан је одредбама чл. 212—216, као и чл. 218 ЗПП. Наведене одредбе, заједно са одредбама које регулишу мировање поступка, чине XVII главу која гласи: „Прекид и мировање поступка”.

³ У ЗПП мировање је регулисано одредбама чл. 216—218 ЗПП.

⁴ Застајање са поступком није у ЗПП регулисано на посебан начин. Случајеви застајања са поступком регулисани су на више места ЗПП.

II МИРОВАЊЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА

А) Појам мировања поступка

Мировање поступка је вид привременог обустављања парничне делатности, који је регулисан у чл. 216—218. ЗПП.⁵

У нашој литератури поједини писци употребљавају различите термине за означавање привременог обустављања парничне делатности, па и мировање поступка, као његов вид, различито називају. Тако проф. Познић,⁶ проф. Чалија,⁷ проф. Чизмовић,⁸ проф. Уде⁹ и проф. Георгиевски¹⁰ кажу да је мировање поступка вид застоја у поступку. Проф. Трива¹¹ и проф. Марковић¹² говоре о мировању као виду привременог обустављања парничног поступка. За привремено обустављање парничног поступка проф. Марковић употребљава као синоним израз „систирање поступка”. Проф. Кахми¹³ сматра, међутим, да је мировање вид „привременог прекида тока парнице”.

Одредбе о институту мировања поступка садрже у себи противречне интенције законодавца. С једне стране, мировање поступка је манифестација идеје о томе да странке могу да утичу на ток парнице. Поред тога, законодавац мировање поступка предвиђа руковођен идејом о остваривању процесне дисциплине.

Законодавац је предвидео више различитих процесних ситуација у којима може да дође до мировања поступка.

Из анализе процесних ситуација, у којима може да наступи мировање поступка, као и из анализе правних последица мировања, види се да је законодавац предвидео институт мировања поступка, пре свега, руковођен идејом да странке понекад имају интереса да се за извесно време у парници не предузима никаква делатност. По правилу, њихов интерес се састоји у томе да желе да свој спор реше саме и независно од суда, иако су покренуле поступак за судско решење спора. Оне то могу да остваре тиме што се споразумевају да поступак мирује и о томе обавештавају суд. Мировање које наступа у овом случају, представља израз и манифестацију принципа страначког кретања парнице.¹⁴ Наиме, иако у нашем поступку преовлађује начело судског управљања током поступка и мада странке не-

⁵ Сл. лист СФРЈ, бр. 4/77, од 14. 01. 1977.

⁶ Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1982, стр. 323.

⁷ Чалија, Б. — Мировање у грађанском поступку *de lege lata* и *de lege ferenda*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1962, стр. 142.

⁸ Чизмовић, М. — Грађанско процесно право, Титоград, 1984, стр. 260.

⁹ Ude, L. — *Civilni pravdni postupek in samoupravni sodni postopek*, Ljubljana, 1980, str. 240.

¹⁰ Георгиевски, С. — Парнична постапка, Скопје, 1984, стр. 260.

¹¹ Трива, С. — Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 444.

¹² Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. I, св. 2, Ниш, 1982, стр. 125.

¹³ Кахми, С. — Грађански судски поступак, Сарајево, 1967, стр. 222.

¹⁴ О управљању током поступка кроз историју грађанског процесног права видети детаљно: Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. I, св. 1, Београд, 1975, стр. 87—90.

мају кључне улоге у кретању и обликовању поступка, ипак ни страначка иницијатива није потпуно искључена. Као једна од последица диспозитивности грађанских субјективних права којима се у парничном поступку пружа заштита, страначка иницијатива се манифестује и кроз институт мировања поступка.

Поред тога, законодавац мировање поступка предвиђа и као неку врсту дисциплинске мере за странке. Наиме, тужилац који је покренуо парнични поступак и затражио судску заштиту свог повређеног или угроженог права, и тужени, против кога је поступак покренут, овлашћени су да у поступку предузимају парничне радње, да расправљају, како би се у парници дошло до жељеног циља — доношења законите одлуке којом се спор решава. Као непристрасни трећи, суд би био немоћан на правилно утврди чињенично стање (што је један од услова за доношење законите одлуке) ако би законодавац, без икаквих ограничења, препустио странкама на вољу да буду делатне или неделатне у поступку. Законодавац је морао да предвиди одређене мере дисциплине за неактивне странке. Иако оне не показују никакву непослушност према суду кад у парници нису делатне, ипак, у одређеним ситуацијама морају да трпе извесне штетне последице које законодавац везује за њихово пропуштање да предузимају парничне радње. Једна од тих штетних последица је и наступање мировања поступка. Наступањем мировања поступка њихов спор неће бити решен те ће и даље егзистирати у њиховим животним односима још најмање три месеца. Ако се при томе има у виду да за време мировања поступка не престају да теку законски рокови, што може да доведе до губитка неких права, онда је очигледно да је мировање поступка, *de lege lata*, и мера процесне дисциплине коју законодавац предвиђа како би странке натерао да узму учешће у парници и тиме допринесу брзом и правилном решењу спора.

Да је мировање поступка и једна од мера за остварење процесне дисциплине показују и правне последице које законодавац везује за изостанак предлога за настављање поступка који мирује. Наиме, ЗПП предвиђа да ће се сматрати да је тужба повучена ако у року од шест месеци ни једна од странака не предложи настављање поступка. За тужиоца то значи да је његов спор остао нерешен и да за решење спора, уколико жели и даље правну заштиту, треба да покрене нов парнични поступак.

Код сваке од процесних ситуација, у којима по ЗПП може да наступи мировање поступка, потребно је испуњење одређених, законом предвиђених услова.

Мировање поступка изазивају одређена парнична понашања странака.¹⁵ Зато се у теорији¹⁶ наводи да су разлози који доводе до

¹⁵ За разлику од фактора који изазивају прекид поступка и који се тичу или суда или странака или, пак, саме спорне ствари. О томе детаљно видети: Станковић, Г. — Прекид поступка, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1974, стр. 301.

¹⁶ Чалија, Б. — Мировање у грађанском поступку *de lege lata* i *de lege ferenda*, Годишњак радова Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1962, стр. 143.

мировања поступка субјективног карактера, док су они који изазивају прекид¹⁷ више објективни.

До мировања може да дође само у првостепеном поступку, до закључења главне расправе. У току првостепеног поступка мировање може да наступи неограничен број пута. За време мировања не прекида се ток парнице.¹⁸

Б) Процесне ситуације у којима може да наступи мировање поступка

У чл. 216. ст. 1. ЗПП законодавац је предвидео процесне ситуације у којима може да наступи мировање поступка. Ову врсту привременог обустављања парничне делатности изазивају одређена парнична понашања странака, делање или пропуштање.

Мировање може да наступи у следећим процесним ситуацијама:

1) кад се странке пре закључења главне расправе о томе споразумеју и о свом споразуму обавесте суд,

2) кад обе странке изостану са припремног рочишта или рочишта за главну расправу,

3) кад присутне странке на припремном или рочишту за главну расправу неће да расправљају,

4) кад једна странка, која је уредно позвана, изостане са рочишта а друга предложи да поступак мирује,

5) кад на припремном или прво рочиште за главну расправу дође само тужилац па не предложи доношење пресуде због изостанка за чије су доношење испуњени сви законом предвиђени услови.

Код сваке од наведених процесних ситуација потребно је да буду испуњени одређени услови. У свакој од њих ти услови су различити. Међутим, један од потребних услова за наступање мировања увек је везан за одређено парнично понашање странака. Само код мировања које је изазвано споразумом о мировању, обе парничне странке су активне — предузимају парничне радње. У свим осталим процесним ситуацијама, у којима може да дође до мировања поступка, један од услова за наступање мировања је пасивно понашање једне или обеју парничних странака у парници. До мировања не би дошло и кад су сви други услови испуњени кад би процесно понашање странака било активно. Наведени услови за наступање мировања поступка показују да је мировање изазвано споразумом стра-

¹⁷ О прекиду поступка видети детаљно: Станковић, Г. — Прекид поступка, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1974. и 1975; Димитријевић, М. — Како утиче смрт странке на ток парничног поступка, Правни живот, 7/64; стр. 46; Вуличевић, В. — О прекиду парничног поступка, Правни живот, 3—4/60.

¹⁸ У теорији је изражено мишљење да наступањем мировања парница зауставља свој ток, а да је странке својим предлогом за настављање поступка опет стављају у ток. Видети: Познић, Б. — Мировање поступка *de lege ferenda*, Архив, 2/54, стр. 173. Проф. Кахми сматра да код мировања поступка застој тока парнице зависи од воље странака, за разлику од прекида поступка у коме је ток парнице заустављен услед разлога предвиђених законом. Видети: Кахми, С. — Грађански судски поступак, Сарајево, 1967, стр. 225.

нака о мировању управо израз њихове воље да до мировања дође. Наступање мировања у свим другим процесним ситуацијама је последица која погађа процесно пасивне странке.

С обзиром на услове за наступање мировања може се говорити о мировању као последици постојања споразума о мировању и мировању услед парничног пропуштања.

1) Мировање као последица постојања споразума о мировању

До мировања може да дође, пре свега, кад се странке споразумеју да поступак у њиховој парници мирује,¹⁹ па о томе обавесте суд.²⁰ Споразум странака о мировању поступка је једна врста диспозитивних парничних радњи.²¹

Диспозитивне парничне радње, које су по својој садржини изјаве воље у погледу парничног предмета или тока поступка, имају за циљ да судску делатност покрену, одреде или (привремено или дефинитивно) зауставе. Све врсте диспозитивних парничних радњи везују суд а њихово дејство наступа аутоматски. И поред тога што је споразум о мировању поступка диспозитивна парнична радња, у теорији се понегде говори и о „мировању по предлогу странака”,²² као о посебном случају мировања поступка. Овакав начин изражавања упућује на закључак да би суд предлог могао да прихвати или одбије. Суд, међутим, на то није овлашћен. Споразум о мировању поступка, као диспозитивна парнична радња, производи аутоматски своје дејство. Њиме се ствара нова процесна ситуација и изазива одговарајућа делатност суда. Суд је дужан да испита, пре свега, да ли је предузета парнична радња допуштена или није.²³ Ако је радња допуштена суд констатује да је радња предузета и изриче правну последицу која проистиче из закона. Уколико радња није допуштена, суд одбија да изрекне правну последицу која се за предузету радњу везује.

¹⁹ У литератури може да се прочита да се странке споразумевају о томе да поступак „за извесно време мирује”. (Видети, Познић, Б. — Мировање поступка *de lege ferenda*; Архив, 2/54, стр. 173). Чини се да је овакав начин изражавања непрецизан с обзиром на то да странке, по ЗЗП, могу да се споразумеју једино о томе да поступак мирује, а не и о трајању мировања, за разлику од овлашћења странака из старог ГПП, по коме су странке могле да се споразумеју да поступак мирује и дуже од три месеца, колико је по закону, поступак морао да мирује.

²⁰ У једном уџбенику грађанског процесног права може да се прочита да странке свој споразум о мировању поступка достављају суду. Како је достављање судска парнична радња, очигледно је да писац погрешно употребљава овај технички термин грађанског процесног права. Видети: Кахми, С. — Грађански судски поступак, Сарајево, 1967, стр. 225. Ради се о томе да странке подносе, предају или саопштавају суду свој споразум.

²¹ Термин диспозитивна парнична радња није општеприхваћен у нашој процесној литератури, нити је класификација диспозитивних парничних радњи једнообразна. О томе детаљно: Станковић, Г. — Диспозитивне парничне радње, предавања одржана на последипломском курсу из Грађанског процесног права на Правном факултету у Нишу 1986.

²² Познић, Б. — Мировање поступка *de lege ferenda*, Архив, 2/54, стр. 170.

²³ Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. 1, св. 2, Ниш, 1982. стр. 33, Познић, Б. — Мировање поступка *de lege ferenda*, Архив, 2/54, стр. 170.

Исто тако, кад је у питању споразум о мировању задатак суда се састоји у томе да утврди да ли је радњу предузело овлашћено лице и да ли је радња допуштена. Тако ће суд одбити да утврди да је наступило мировање поступка у оним посебним парничним поступцима у којима је мировање изричито законом искључено, упркос томе што су се странке сагласиле да поступак мирује и о томе га обавестиле, јер је у тим посебним парничним поступцима ова диспозитивна парнична радња недопуштена. Зато се не може рећи да је „суд потпуно пасиван“, како то у литератури може да се прочита.²⁴ Суд, истина, није овлашћен да оцењује основаност предузете парничне радње, али је код предузимања сваке диспозитивне парничне радње овлашћен (али и дужан) да испитује њену допуштеност.

Странке се ван суда или пред судом споразумевају да поступак мирује. Међутим, до мировања може да дође тек када и тужилац и тужени предузму пред судом две парничне радње које имају исту садржину — кад пред судом сагласно изјаве да су се споразумеле да поступак мирује.²⁵ До мировања не може да дође, иако су се странке пре рочишта договориле да поступак мирује, уколико странке, предузимањем истоветних парничних радњи, не омогуће дејство свог споразума на процесном терену. Мировање ће наступити као процесни ефекат тих парничних радњи.

У теорији се срећу мишљења, истина усамљена,²⁶ да мировање не наступа по сили закона кад постоји споразум о мировању поступка. С таквим се мишљењем не бисмо сложили. Кад се странке споразумеју о томе да поступак мирује и обавесте суд о свом споразуму, па суд утврди да су испуњени сви услови за наступање мировања, донеће решење о мировању поступка. До мировања и овде долази по сили закона. Код овог питања (и одговора на то питање) сасвим је ирелевантно то, што је код мировања поступака као последице постојања споразума о мировању, један од услова за његово наступање активно понашање странака.

2) Мировање услед парничног пропуштања

До мировања услед парничног пропуштања долази у оним ситуацијама кад су обе или само једна странка пасивне, при чему је управо пасивност у понашању странака један од услова за наступање мировања. ЗПП предвиђа случајеве у којима може да наступи мировање поступка, кад су испуњени законом предвиђени услови. За сваки од предвиђених случајева захтева се кумулативно испуњење различитих услова. Те ће процесне ситуације бити изложене оним редом, којим су оне у ЗПП наведене.

²⁴ Чалија, Б. — Мировање у грађанском поступку *de lege lata* и *de lege ferenda*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1962, стр. 142.

²⁵ О томе детаљно: Станковић, Г. — Диспозитивне парничне радње, предавања одржана на последипломском курсу из Грађанског процесног права на Правном факултету у Нишу, 1986. год.

²⁶ Ралчић, Т. и Танасковић, В. — ЗПП са коментаром, судском праксом и објашњењима, Београд, 1977, стр. 437.

а) Мировање због изостанака обеју странака са рочишта

Мировање може да наступи кад странке, које су уредно позване, изостану са припремног или рочишта за главну расправу. Суд ће донети решење о мировању поступка кад утврди да су испуњени поред наведеног, и други предвиђени услови. Један број теоретичара,²⁷ који сматрају да се парнична радња може и прећутно предузети, говоре да се у том случају ради о прећутно израженој вољи странака да поступак мирује. Тако нпр. проф. Трива сматра²⁸ да ЗПП предвиђа више могућности за изражавање страначких диспозиција које доводе до мировања поступка. Оне се свode на изричито или прећутно изражену вољу странака да неће да се за извесно време наставе процесне активности.

Суштина парничне радње је у делању, у активности, у активном телесном држању. Парнична радња се не може састојати у нечињењу те се не може прећутно предузети. Нечињење је посебан тип правних радњи које се срећу на терену материјалног права.

Проф. Марковић и проф. Рајковић сматрају да понашање странака у парници може бити двојако: активно и пасивно, активно кад странка радњу предузме а пасивно је кад радњу пропусти да предузме. За пасивно понашање или парнично пропуштање законодавац узима одређене правне последице.²⁹ Кад се говори о тзв. „прећутној парничној радњи” мисли се, у ствари, о парничном пропуштању за које се везују законом прописане последице.

Мировање поступка због изостанка странака са припремног или рочишта за главну расправу, јесте правна последица коју ЗПП узима за ово парнично пропуштање странака. Странке нису прећутно изразиле своју вољу тиме што су изостале са рочишта. Њихова воља је, у овом случају, непозната и правно ирелевантна. Странке су имале могућност да се различито понашају у парници: да добу или не добу на рочиште. Да ли на рочиште нису дошле јер су желеле да поступак мирује, из немарности или због спречености, то је наступање последица њиховог изостанка потпуно ирелевантно. Оне су, једноставно, изабрале једну од могућности, једну од варијанти свог понашања. За њихово пропуштање, као једну правну чињеницу, законодавац прописује одређену правну последицу — наступање мировања поступка.

Суд ће донети решење о мировању поступка кад утврди да су испуњени предвиђени услови: да се ради о парничном поступку у коме је допуштено мировање поступка, да су странке изостале са припремног или рочишта за главну расправу а свој изостанак нису најавиле или оправдале и да су странке уредно позване на рочиште.

У појединим посебним парничним поступцима, ЗПП је изричито искључена могућност наступања мировања поступка. Законодавац је, у неким посебним парничним поступцима, за изостанак странака са

²⁷ Трива, С. — Грабанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 445; Зулџија, С. — Грабанско процесно право, ФНРЈ, Загреб, 1957, стр. 252; Чизмовић, Б. — Грабанско процесно право, Титоград, 1986, стр. 177.

²⁸ Трива, С. — Грабанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 445.

²⁹ О томе видети: Марковић, М. — Грабанско процесно право, књ. I, св. 2, Ниш, 1982, стр. 10; Рајковић, В. — Правна природа пресуде због изостанка, Правни живот 2/63, стр. 25.

рочишта предвидео наступање неких других правних последица. Суд ће донети решење о мировању поступка само кад утврди да се ради о парничном поступку, у коме је допуштено мировање поступка.

До мировања може да дође само кад су странке изостале са припремног или рочишта за главну расправу. Изостанак странака са рочишта за извођење доказа пред председником већа или пред замољеним судијом не може да доведе до мировања поступка. Кад су странке на то рочиште уредно позване рочиште ће се одржати, без обзира на њихову присутност (чл. 205, стр. 3 ЗПП).

Суд ће констатовати да је мировање наступило тек кад утврди да странке нису дошле пред суд, иако су уредно позване. Уредно позивање је један од услова за наступање мировања.³⁰ Доказ о уредном позиву на рочиште пружа доставница.

Иако ЗПП на веома детаљан начин регулише начин достављања, ипак, и у теорији и у судској пракси, има многобројних размимотицања у схватањима, о томе кад се сматра да је странка уредно позвана на рочиште.³¹ Једно од спорних питања јесте и питање да ли се под уредним позивом разуме да је странка позив за расправу примила осам дана пре заказане расправе, како је то предвиђено у чл. 286. ст. 1. ЗПП. Део наше судске праксе стоји на становишту да је услов за наступање мировања, који се тиче уредног позивања странака, испуњен и кад странкама није остављен рок од осам дана.³²

У теорији је спорно да ли удаљење странке из суднице, као казнена мера, има исти значај као и изостанак странке са рочишта. Проф. Познић³³ сматра да су последица и у једном и у другом случају исте — наступиће мировање поступка. Странка којој је изречена мера удаљења из суднице таквим својим понашањем конклюдентно манифестује своју вољу да наступи мировање поступка.

Проф. Трива се изјашњава против оваквог става и каже да напуштање суднице није резултат воље удаљене странке и да би то било у супротности са чл. 318. стр. 2. ЗПП. Чини се да удаљење странке са рочишта не може, по својим правним последицама, да буде изједначено са изостанком странке. Иако је воља удаљене странке са рочишта, у погледу правних последица које ће се везати за њено удаљење, непозната и ирелевантна, и мада је то један случај пропуштања рочишта,³⁵ законодавац је регулисао процесне ситуације у којима може да наступи мировање поступка. Једна од њих је и она

³⁰ ... „Уколико обадве странке изостану са припремног рочишта или рочишта за главну расправу, мировање поступка може наступити само уколико су обадве странке уредно позване“... (Решење Округног суда у Нишу, Гж. 1269/81, објављено у Билтену Округног суда у Нишу за 1981).

³¹ Детаљно о томе: Базала, Б. — Шта се сматра уредним позивом на рочиште, Гласник, 7/58, стр. 10.

³² ... „Кад странкама није остављен рок од осам дана од пријема позива до рочишта, оне могу тражити да суд расправу одложи, али су дужне да дођу на рочиште. Ако странка у оваквом случају не дође на рочиште, суд може одредити мировање поступка“... (ВСС — Нови Сад, Гж. 155/65, наведено као: Ралчић, Т. и Танасковић, В. — ЗПП са коментаром, судском праксом и објашњењима, Београд, 1977, стр. 438.

³³ Познић, Б. — Грабанско процесно право, Београд, 1982, стр. 323.

³⁵ Марковић, М. — Грабанско процесно право, књ. I, св. 2, Ниш, 1982, стр. 115.

ситуација у којој до мировања долази због изостанка једне или обеју странака. И у овом случају мировање поступка је правна последица одређеног понашања странке³⁶, испољеног у њеном недоласку пред суд. Удаљена странка је, међутим, на рочишту дошла и имала је намеру да расправља пред судом. Због тога не могу исте породице бити везане за недолазак странке и удаљење странке са рочишта.

б) Мировање поступка због одбијања странака да расправљају пред судом

По чл. 216. ст. 1. ЗПП, мировање може да наступи и у ситуацији у којој обе странке, које су присутне на рочишту, неће да расправљају пред судом.

Суд ће утврдити да је мировање наступило из овог разлога кад оцени да су испуњени сви предвиђени услови. Пре свега, један од услова је допуштеност мировања у конкретном парничном поступку. Поред тога, суд је дужан да утврди да странке одбијају да расправљају.

Странке су овлашћене да расправљају пред судом. Тиме што расправљају пред судом, оне се активно понашају. Кад одбијају да расправљају, оне пропуштају да предузму оне парничне радње на које су овлашћене. При томе су могућне две ситуације. Наиме, своје одбијање да расправљају странке могу да изразе на два начина. Оне могу да предузму две истоветне парничне радње — сагласно изјављују да не желе да расправљају. Осим тога, могућно је, истина ретко, да обе присутне странке ћуте. Ћутање странака значи одбијање расправљања. Законодавац за то ћутање везује правне последице. Испуњен је један од услова за наступање мировања поступка. Пропуштање странака се огледа у томе што оне не предузимају очекиване парничне радње. Странке одбијају да расправљају — пропуштају да предузму парничне радње на које су овлашћене. С обзиром да је мировање наступило управо због те пасивности, то се ова ситуација у којој наступа мировање поступка сврстава у процесне ситуације мировања услед парничног пропусања.

в) Мировање као последица предлога присутне странке да се поступак привремено обустави

До мировања може да дође и кад једна странка изостане а присутна предложи да поступак мирује. Изостанак једне странке кад друга жели да расправља пред судом, не доводи до мировања поступка (чл. 295. ЗПП).

³⁶ У једном коментару ЗПП може да се прочита закључак писца да суд није дужан да пружа ефикасну правну заштиту повређеним субјективним правима око оне, изричито или прећутно, покажу да не желе да расправљају пред судом. Поред тога што писац греша када каже да странке (а не суд) решавају свој спор, он чини још једну грешку. Мировање посматра искључиво као врсту казне за странке. Пошто су „криве“ што је дошло до мировања поступка суд више није дужан да пружа ефикасну правну заштиту. (Видети: Ралчић, Т. и Танасковић, В. — ЗПП са коментаром, судском праксом и објашњењима, Београд, 1977, стр. 434).

У овој ситуацији суд ће констатовати да је мировање наступило кад утврди да су испуњени предвиђени услови. Пре свега, потребно је да утврди да је изостала странка уредно позвана. Кад се ради о парничном поступку, у коме је мировање допуштено и кад присутна странка предложи да поступак мирује, онда су испуњене све претпоставке за наступање мировања.

У теорији и судској пракси је спорно да ли предлог изостале странке да се расправља у њеној одсутности спречава наступање мировања.³⁷

Сматра се³⁸ да постоје услови за наступање мировања и кад једна странка изостане а присутна изјави да неће да расправља пред судом.³⁹ Проф. Познић сматра да изјава присутне странке да неће да расправља пред судом има исти значај као и њен предлог за наступање мировања поступка.⁴⁰ Присутна странка предузима једну парничну радњу, изјављује да одбија да расправља пред судом.⁴¹ С обзиром да одбијање обеју странака да расправљају пред судом доводи, по ЗПП, до мировања поступка, то се чини да изостанак једне странке, кад присутна одбија да расправља, може да доведе до мировања поступка.

У пракси се ређе догађа да једна странка, која је уредно позвана, изостане са рочишта а присутна ћути, ништа не изјављује. Сматрам да и у тој ситуацији постоје услови за наступање мировања поступка.

г) Мировање поступка као последица изостајања предлога за доношење пресуде због изостанка

До мировања поступка може да дође и у ситуацији у којој на рочиште дође не само тужилац, па не предложи доношење пресуде због изостанка, како је то предвиђено у чл. 216. ст. 1, ЗПП.⁴² Предлог за доношење пресуде због изостанка од стране тужиоца је један од

³⁷ На седници грађанског одељења Врховног суда Србије, одржаној 8. 4. 1976, на којој су усвојени закључци о узроцима дугог трајања парничног поступка и мерама за њихово отклањање, Врховни суд је остао при свом ранијем ставу: „да нема услова за мировање поступка кад се једна странка јави поднеском и предложи да се расправа одржи у њеном одсуству а друга странка предложи мировање”. (Видети: ЗСО Врховног суда СР Србије, бр. 28/77, стр. 43).

³⁸ Трива, С. — Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 445.

³⁹ Понегде се у литератури каже да се ради о одбијању странке да се „дупсти у расправљање”, мада је очигледно да се не ради о томе. Упуштање у расправљање, у теорији процесног права значи напуштање одбране на процесном терену и почетак одбране на материјалноправном терену. Одбијање странке да расправља пред судом је нешто сасвим друго. (Видети, Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1982, стр. 323).

⁴⁰ Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1982, стр. 323.

⁴¹ Проф. Познић овакву радњу назива негативном парничном радњом. (Видети: Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1982, стр. 153).

⁴² Наш предрачни Закон о судском поступку у грађанским парницама није предвиђао могућност да до мировања може да дође у овој процесној ситуацији.

услова за њено доношење,⁴³ предвиђен у чл. 332. стр. 1. т. 2. ЗПП. Законодавац је, у чл. 33. ст. 1. т. 1—6. ЗПП прописао услове за доношење пресуде због изостанка. Да би суд могао да донесе ову пресуду, потребно је да буду кумулативно испуњени сви услови који су прописани законом. Суд није овлашћен да донесе ову пресуду кад не постоји један од услова. У зависности од тога који од услова није испуњен и процесне ситуације ће бити различите. Некад ће суд бити дужан да одбије тужбени захтев. Тако ће на пример, суд пресудом одбити тужбени захтев кад из чињеница наведених у тужби не произлази основаност тужбеног захтева а тужба на рочишту није преиначена. У другом случају суд ће бити дужан да закаже ново рочиште и уредно позове тужени. Једна од могућних процесних ситуација је и она у којој су сви други услови за доношење пресуде због изостанка испуњени а недостаје само један — предлог тужиоца да суд ову пресуду донесе. Пошто се тужиоцу, по правилу,⁴⁴ не признаје правни интерес за настављање расправљања и доношење тзв. „контрадикторне пресуде“⁴⁵ то ће наступити мировање поступка, као правна последица која се везује за постојање свих ових правних чињеница.

Суд ће, свакако, бити дужан да неугој странци објасни последице које законодавац предвиђа за њено процесно понашање.

У процесној литератури може да се прочита и тврдња да је мировање поступка у овој процесној ситуацији „више процесна санкција“ према тужиоцу и да представља санкцију за покушај злоупотребе права у поступку.⁴⁶ Са овим се мишљењем не бих сложила. Наиме, законодавац је мировање поступка као уставову процесног права предвидео из одређених правнополитичких и правнотехничких

⁴³ О пресуди због изостанка видети детаљно: Познић, Б. — Пресуда због изостанка, анали, 3/56, Митић, М. — Уредан позив и контумација, Гласник, 5/58, Трива, С. — Маргиналије уз тзв. пресуду због изостанка, Зборник Правног факултета у Загребу 3—4/60, Трива, С. — Правни лекови против пресуде због изостанка, Наша законитост 11—12/55, Базала, Б. — Пресуда због изостанка, Одвјетник, 11—12/55, Васић, Р. — Пресуда због изостанка као нови институт у нашем позитивном законодавству, Наша законитост, 1—2/55, Китић, Д. — Неки проблеми у вези са пресудом због изостанка, Гласник 12/63, Чалија Б. — Нека питања услова који су потребни за доношење пресуде због изостанка. Народна управа, 1—2/62, Рајковић, В. — Правна природа пресуде због изостанка, Правни живот, 2/63, Буровић, А. — Пресуда због изостанка у југословенском праву (дисертација, необјављена) Правни факултет, Београд, 1965.

⁴⁴ У теорији се сматра да би тужилац био овлашћен да тражи доношење тзв. контрадикторне пресуде и кад су испуњени услови за доношење пресуде због изостанка, ако се та пресуда треба да принудно изврши у иностранству, у држави која не признаје ову врсту пресуде као извршну исправу. (Видети: Трива, С. и Зуглиа, С. — Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 1958, стр. 500).

⁴⁵ Проф. Марковић примећује да би било правилније говорити о пресуди донесеној по контрадикторним захтевима странака. Захтеви за пресуду били су контрадикторни, противречни. Контрадикторан је био поступак који је пресуди претходио. Сама пресуда не може бити контрадикторна јер би то била пресуда са унутрашњим противречностима (Видети: Марковић, М. — Грабанско процесно право, књ. I, св. 2, Ниш, 1982, стр. 350).

⁴⁶ Видети ближе код: Трива, С. и Зуглиа, С. — Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 1958, стр. 500, Чалија, Б. — Мировање у грабанском поступку де lege lata и де lege ferenda, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1962, стр. 153.

разлога. Њу оправдава, пре свега, могућност да се странке у току мировања поступка поравнају. Тужилац, који зна смисао пресуде због изостанка, па упркос томе не предлаже њено доношење, може имати и „добре“ намере. Можда жели да још једном покуша да се поравна са својим парничним противником и тако избегне даље несугласице до којих може да дође и после судског решења спора. Иако у пракси може да дође до злоупотребе процесних овлашћења и у овом случају, те ситуације не треба подизати на ранг правила. Укратко, исти они разлози који оправдавају (или не оправдавају) мировање поступка постоје и у ситуацији кад до мировања долази јер тужилац не предлаже доношење пресуде због изостанка, а за њено доношење су испуњени сви други услови предвиђени законом.

Иако у чл. 216. ст. 1 ЗПП није изричито речено да је за наступање мировања у овом случају потребно да су испуњени сви остали законски услови за доношење пресуде због изостанка, у теорији⁴⁷ се то наводи као услов. Чини се да је то требало и изричито у закону да се наведе.⁴⁸

Проф. Зуглиа овај случај мировања поступка изједначава са ситуацијом у којој до мировања долази јер странка неће да расправља пред судом. Наиме, он сматра да странка одбија да расправља пред судом кад неће да стави неки предлог који је једино оправдан у одређеном стадијуму поступка. Писац сматра да је ситуација у којој до мировања долази јер тужилац не ставља предлог за доношење пресуде због изостанка (а за то су испуњени сви остали услови), у ЗПП наведена као пример одбијања странке да расправља пред судом. Проф. Зуглиа тврди да је истоветна ситуација и кад не постоји предлог присутног тужиоца да суд донесе пресуду на основу признања.⁴⁹

Пресуда на основу признања и пресуда због изостанка су две, сасвим различите пресуде по својој правној природи и улози у парничном поступку, па су и услови за њихово доношење различити. Пресуда на основу признања регулисана је у чл. 331. ЗПП и предлог тужиоца за њено доношење није предвиђен као услов. У теорији, међутим, има мишљења⁵⁰ да суд не би требало да изриче пресуду на основу признања без предлога, кад је тужени на рочишту признао тужбени захтев. Чини се да предлог тужиоца за доношење пресуде на основу признања није потребан, те би ово изједначавање у погледу могућности наступања мировања поступка, које чини проф. Зуглиа, било неодговарајуће. Код доношења пресуде на основу признања нема ни једне ситуације у којој би могло да наступи мировање поступка.

⁴⁷ Упоредити: Трива, С. — Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983, стр. 445, Познић, Б. — Грађанско процесно право, Београд, 1982, стр. 323.

⁴⁸ У чл. 291. ЗПП законодавац је изричито прописао да ће присутна странка сама расправљати пред судом у случају недоласка туженог, кад нису испуњени услови за доношење пресуде због изостанка. До мировања долази само кад присутни тужилац не предложи доношење пресуде због изостанка а сви су услови, осим предлога, испуњени. Али, то је требало у ЗПП јасно рећи.

⁴⁹ Зуглиа, С. — Грађанско процесно право ФНРЈ, Загреб, 1957, стр. 412.

⁵⁰ Зуглиа, С. — Грађанско процесно право ФНРЈ, Загреб, 1957, стр. 412.

Интересантно је мишљење проф. Триве који, иако сматра да код доношења пресуде на основу признања нема места аналогној примени одредаба о наступању мировања поступка због непостојања предлога за доношење пресуде због изостанка, ипак тврди да тужилац може имати интереса да се пресуда на основу признања не донесе, па да се задовољи само признањем тужбеног захтева. Тужилац у таквом случају, може, сматра проф. Трива, да, у споразуму са туженим, повуче тужбу или проузрокује мировање поступка.

Признање тужбеног захтева је једна диспозитивна парнична радња туженика. Кад су испуњени сви услови за доношење ове пресуде (чл. 331. ЗПП), суд је дужан да ову пресуду донесе и без предлога тужиоца. Чини се да нема никаквих могућности да у овој процесној ситуацији дође до мировања поступка. Опозивањем изјаве о признању тужбеног захтева, отпада могућност доношења пресуде на основу признања, па у даљем поступку може да наступи мировање поступка.⁵¹

⁵¹ Видети: Трива, С. и Зуплиа, С. — Коментар ЗПП, Загреб, 1958, стр. 502.

ARRÊT DE LA PROCÉDURE

Résumé

L'arrêt de la procédure est une institution traditionnelle de notre droit litigieux de contestation. Dans la théorie il n'y a pas de conception unitaire sur l'idée quels sont les buts juridico politiques et juridico-techniques atteints par l'institution de l'arrêt de la procédure.

Cette forme de l'arrêt de la procédure provisoire apparaît dans les situations de procédure prévues par la Loi. Pour l'entrée en arrêt de la procédure et pour chaque situation la Loi prévoit le remplissement des conditions déterminées. Vu à ces conditions pour l'entrée en arrêt on peut parler de l'arrêt de la procédure comme conséquence de l'existence d'un accord sur l'arrêt de la procédure à cause de l'omission d'une action de procédure.

Dans la théorie et dans la pratique juridique on interprète de diverses manières certaines conditions dont le remplissement est nécessaire pour l'entrée en arrêt de la procédure.

НОРМАТИВИЗАМ — ФОРМАЛНО ЛОГИЧКА ТЕОРИЈА ВАЖЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ

I

Проблематика важења правне норме спада у ред фундаменталних и централних, а истовремено и „најтежих и најмање јасних” питања правнофилозофског и теоријскоправног мишљења. Отуда присутан напор правних теоретичара разних филозофскоправних оријентација и методолошких опредељења у различитим историјским, друштвено-економским, политичким и правним системима, да дају свој одговор на питања што их проблематика важења правне норме имплицира и покреће. Тако су се у правној теорији оформила бројна теоријска схватања и то почев од социолошких и многих варијанти реалистичких теорија преко психолошких, вредносних и природноправних па све до нормативистичких, аналитичких и других сложених и интегралних концепција важења правне норме.

Нормативистичка теорија важења представља у основи, идеалистички концепт важења који важење правне норме покушава да објасни помоћу идеалних појава — идеја, вредности и чистих логичких (мисаоних) претпоставки. Правна норма важи ако је сагласна и одговара овим априорним, ванвременским и ванпросторним категоријама које постоје „објективно” и важе по себи. Оне снабдевају правне норме важењем исте врсте (квалитета) па и ове саме (правне норме) постоје и важе „објективно” односно независно од човекове свести, воље и стварног људског понашања по нормама. Тако се важење правне норме своди на чисту идеалну категорију и априорни концепт.

У низу бројних идеалистичких правно теоријских схватања феномена важења правне норме, нормативистички концепт важења представља формалну струју правног идеализма јер важење (обавезност) правних норми не објашњава с обзиром на њихову садржину, на својство доброг и лошег у њима односно с обзиром на њихов циљ, као што то чини материјална варијанта идеализма (природноправна и вредносна теорија), већ то чини с обзиром на њихову форму. Важење правне норме, тако, не зависи од садржине „саме норме већ од форме тј. од начина на који је норма донета”. На питање зашто једна норма важи, који је разлог њене обавезности формалистичка (нормативистичка) теорија важења даје одговор да норма важи као правна

„зато што је створена према одређеном правилу и једино зато”,¹ дакле, због своје форме, а не зато што има садржину „чија је обавезна снага очигледна сама по себи”.² Правна норма важи ако задовољи услове једног формалног „теста” где обавезује само оно што је по форми важеће макар то било по садржини јавеће неправно.

Имајући у виду овај формалистички приступ проблему важења правне норме постаје јасно да се важење једне правне норме никада не може оспорити из разлога колизије њене нормативне садржине са извесним моралним или правно политичким вредностима (схваћених било као индивидуалности било као колективних вредности) већ једино из разлога „формалних грешака”.

Нормативисти ће увек тврдити да је правна норма свака она норма која има облик права односно норме права без обзира на њен морални или неморални садржај. Међутим, заступници учења о природном праву ће тврдити да облик (форма) није довољна да би се нешто сматрало правном нормом, „него је нужно да то има и морално добар или барем не морално лош садржај”.³

Нормативисти сматрају да је облик права сам по себи моралан и на тај начин, поистовећују принцип законитости са моралним принципима, а што се не може прихватити.

II

Нормативистичка теорија, тако, представља формалну варијанту идеализма јер важење (обавезност) правне норме објашњава на формалан начин и коришћењем формално нормативног метода⁴ она се, заправо, оријентише на формално логичко важење правне норме⁵.

Правна норма важи, према овој теорији⁶, ако је донета „према процедури предвиђеној вишим правним нормама” односно од стране надлежног органа и по прописаном поступку за њено доношење и ако је својом садржином у складу са вишим правним нормама позитивног права⁷.

Према томе, правна норма важи, ако испуњава формалне и материјалне услове своје законитости. Норма која је настала на незаконит начин није важећа, нити има квалитет правне норме или дру-

¹ Др Будимир Кошуткић: *Келзенове животне противуречности*, Гледишта, Београд, 1973, стр. 890.

² Ibidem.

³ Миомир Матуловић: *Језик, право и морал (Филозофија права Herberta Harta)*, Издавачки центар Ријека, Ријека, 1986, стр. 166.

⁴ Види о томе: др Радомир Лукић: *Методологија права*, САНУ, Београд, 1977, стр. 80.

⁵ Љубомир Тадић: *Филозофија права*, Напријед, Загреб, 1983. Нормативизам не истражује и не цени нормативну садржину правних правила већ начин на који су норме повезане у систем. У том смислу он се оријентише на структуралну анализу права као нормативног система, а не на економско, психолошко или морално објашњење правне норме, односно права у целини. По мишљењу Х. Келзена, једино се изучавањем форме, а не супстанције феномена може открити његова бит.

⁶ Никола Висковић: *Појам права*, Логос, Сплит, 1981, стр. 282.

⁷ Ibidem.

гим речима, норма је обавезна и правна ако је донета у складу са одговарајућим нормама тог поретка за доношење таквих норми⁸. С друге стране, правна норма када је једном донета, стиче самосталну идејну егзистенцију (важење) и све док не буде на правном прописан начин укинута (дерогирана), важи и обавезује независно од воље и свести људи, па у принципу независно и од њиховог понашања у односу на њу. Норма важи чисто логички (нормативно), јер је једном заповеђена⁹.

Нормативистичка теорија, на овај начин, говори о идеалном важењу правне норме, изједначава важење норме са „формалним принципом законитости” и сам појам важења своди на формално логичку категорију¹⁰, очишћену од природноправних „материјалних” садржаја. Важење постаје нешто иманентно правним нормама, одвојено и независно од њихове сагласности са етичким и другим вредносним постулатима¹¹, који се третирају као метафизички и априорни. Међутим, нормативистичка теорија одлази својим доследно изведеним крајњим закључцима (учењем о „основној норми”) у другу варијанту идеализма¹² тзв. „логички идеализам” и „формални рационализам”¹³.

Постоје различити називи за нормативистичку теорију важења правни норми и то: позитивистичка, формалистичка, догматска, чисто правна теорија¹⁴ итд. Правни теоретичар Ханс Келзен (*Hans Kelsen*), оснивач „бечке правно филозофске школе” и творац „чисте теорије права”, дао је „најсавршенију” интерпретацију нормативизма и, по речима проф. Берислава Перића, „досле Келсена није потребно ни могуће још дотјеривати и усавршаваати нормативизам, може му се

⁸ Др Радомир Лукић: *Теорија државе и права II*, Научна књига, Београд, 1954, стр. 276. Наведени услови за важење једне норме као правне, „од утицаја су само под претпоставком да већ постоји ефикасан правни систем и да се ради једино о доношењу нижих правних норми на темељу виших”. Види о томе: др Берислав Перић: *Структура права*, Загреб, 1983, стр. 11. Дакле ефикасност правног система је примарна претпоставка за важење сваке његове појединачне норме. Ми претпостављамо да важи једна правна норма ако она припада правном систему који је у целини ефикасан односно важећи и на снази је.

⁹ Др Радомир Лукић: *Келзенов нормативизам*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1—4, Београд, 1983, стр. 497.

¹⁰ Важење правне норме се схвата чисто логички, независно од догађања у свету стварности. Љубомир Тадић: *Филозофске основне правне теорије Ханса Келсена*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1962, стр. 10.

¹¹ Види о томе: Alf Ross: *On Law and justice*, Stivens & Sons Ltd., London, 1958, p. 66.

¹² „У својој тежњи да право схвати као једну целину и јединство, нормативна теорија је хтела у извесним својим представницима да право изводи само из права, из самог њега. Али није ли то пут у један логички идеализам, који или је формалистички и не казује ништа или прелази у хегелизам за који је све што постоји разумно?”

Др Борбе Тасић: *Да ли обичај може укинути закон*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3, Београд, 1937, стр. 219.

¹³ По мишљењу многих писаца ова врста рационализма води у схоластику упркос својим изјавама о непријатељству према метафизици.

¹⁴ Види о томе: Густав Радбрех: *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, стр. 102.

само судити тј. подвргавати га повјесној и научној оцени"¹⁵. Тако у делима Х. Келзена, нормативистичка интерпретација важења правних норми поприма свој „крајњи” и „спекулативни” облик¹⁶.

Нормативистичка теорија важења правних норми полази од дуалистичког схватања света¹⁷ који се дели на свет битка (оно што јест, *Sein*) и на свет требања (оно што треба, *Sollen*)¹⁸. Свет требања је свет норми, који је одвојен од света реалности и представља „свет за себе”¹⁹. Право припада том идеалном нормативном свету²⁰, јер се састоји од норми као „безличних и анонимних заповести”²¹ које имају своју специфичну егзистенцију, а она се састоји у њиховом важењу. Смисао и суштина постојања норме је у њиховом важењу (обавезности), односно у логичкој обавезности норме за сваког субјекта на кога се оне односе. Важење норме је истоветно са њеним постојањем и независно је од тога да ли се оне остварују или не. Дакле, норме, као оно што треба, као чисте идејне и мисаоне творевине, постоје на тај начин што важе²² и обрнуто, важе јер постоје. Норма важи независно од тога да ли се у „реалном свету социјалног збивања” они, на које се норма односи, по њој понашају или не, и без обзира да ли је они прихватају и да ли уопште познају норму (знају за њено постојање) или не. Норма остаје увек подједнако обавезна у идеалном нормативном свету, свету требања и кад је прекршена и уопште, остаје важећа „без икаквог обзира на догађање стварног света”²³. „То је логична последица чињенице да као важећа норма не припада

¹⁵ Др Берислав Перић: *Структура права*, Загреб, 1983, стр. 264.

¹⁶ Као што природноправна теорија тврди да извор важења правних норми лежи у надискусственом нормативном (идеалном) свету вредности по себи, тако ће и Келзенов нормативизам прећи у поље спекулације својим ставом да је основ важења правне норме основна норма која није стварна „непо само нужно претпостављена”, види о томе: Лукић: *Методологија*, стр. 148.

¹⁷ Нормативизам карактерише тзв. „сазнајно критички дуализам” бивства и требања, а не тзв. „метафизички дуализам”, који је, по Келзну, својствен природном праву. Види детаљније о томе: Љуба Тадић: *Однос битка и требања (Sein und Sollen) у Келзоновом правнофилозофском систему*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. VII, Сарајево, 1959, стр. 73—92.

¹⁸ Између којих гледано са гносеолошких видика зјапши непремостиви „бездан”, Тадић: *Филозофске*, стр. 9.

¹⁹ „Ако је о досадашњем развитку науке тражено упориште за право у разним областима емпириског света и моралних односно политичких вриједности, ако је било допуштено, да се право отуда изводи и поново редуцира и раствара у тим свјетовима, чисто право Келзенове теорије постаје свјет за себе (*Rechtswelt*), аутономан и независан, универзалан и сам себи довољан” — види: Љ. Тадић: *Однос*, стр. 80.

²⁰ Ибидем, стр. 52. Битак права тј. стварност права не састоји се у стварном понашању људи по нормама већ се специфична његова реалност састоји и исцрпљује у идеји односно систему норми, нормативном поретку или боље речено, у категорији важења. Појам важења, који изражава идеалну егзистенцију права и правних норми постаје истовремено и израз за правну реалност.

²¹ Види о овоме: Лукић: *Келзенов*, стр. 499.

²² Види о томе: А. Ross: *On Law*, стр. 66: „The apprehension of the existence of a norm is the same thing as the apprehension of its validity”; В. Тадић: *Филозофске*, стр. 39. „Постојање норми је њихово важење”. Реч је о специјалном постојању норми које се разликују од постојања природних чињеница. Важење тако означава царство правног света као света норми тј. специфичних духовних творевина (мисли).

²³ Види: Лукић: *Келзенов нормативизам*, стр. 497.

свету стварности него свету требања”.²⁴ Х. Келзен покушава да докаже да правна норма, „коју он схвата као депсихологизирану заповест”, може важити и онда када више нико то њено постојање не жели.²⁵ Право је, по Келзену, систем важећих норми и представља „један логички садржај који важи независно од реалности”²⁶. Дакле, сама егзистенција норме и нормативног света изражава се категоријом важења.

У светлу ове оштре одвојености реалности и идеје, битка и требања, „индикативног и нормативног света”, која има своје дубље филозофске корене²⁷, објаснити важење правне норме постаје сложено питање. Оно се може решити на два начина. Један би био, да се обавезна снага правне норме изводи из реалности („онога што јесте”) и тако „оповргну” основна полазишта о одвојености нормативитета и фактицитета. Други начин би био, да се остане у свету нормативног и „норматив изводити из норматива”²⁸. Формалистичка теорија се одлучује за ову другу „солуцију”, па важење једне правне норме не изводи из њене вредности, прихваћености или ефикасности већ на формално и доследно логичан начин важења једне норме изводи из друге, више норме. „Обавезност једног 'треба' морамо тражити у другом 'треба’”²⁹. Једна правна норма важи зато што је сагласна са неком вишом правном нормом, а ова виша норма важи јер је донета сагласно њој претпостављеној норми и тако редом. Разлог важења норме је увек нека друга норма, или, како то Х. Келзен истиче, „Основ важења норме није, . . . , њена сагласност са стварношћу”. „Тражење основа важења норме не враћа нас реалности, него једној другој норми из које се прва норма изводи. . . .”³⁰ „Основ важења норме јесте увек норма”³¹. Тако, у тражењу основа односно разлога важења једне правне норме идемо хијерархијском лествицом од нижих ка вишим правним нормама, „од једног нормативитета другом”, долазимо до виших и општијих норми и најзад до најопштије и нај-

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ханс Келзен истиче за разлику од психолошких теорија важења да постојање правних норми није психолошки феномен чији је основ у вољи (у психичком значењу те речи). Суштина оваквог става је идеја да важење правне норме не проистиче од неког људског бића које доноси норме и његове воље, већ од „безличне аутономне заповести” односно од саме норме као такве. Другим речима „*non sub homine, sed sub lege*”. (Види о томе: Ханс Келзен: *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 45). Тиме, по речима Берислава Перића, у нормативизму „право је дефинитивно одељено не само од своје објективне него и субјективне основе”, (о томе: Перић: *Структура*, стр. 273 и 277). Правна норма међутим не може бити депсихологизирана јер настаје као резултат вољног акта. Немогуће је правну норму одвојити од органа који су је донели, дакле од људи и њихових воља који је стварају и сматрати је као неку самониклу и самовољну силу, а нашта и указује формулација „*non sub homine, sed sub lege*”. Ово зато јер „*sub lege*” је истовремено и „*sub homine*” и обрнуто.

²⁶ Др Радомир Лукић: *О основним идејама Ханса Келзена*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, Бд., 1951, стр. 624.

²⁷ Види о томе: Љ. Тадић: *Филозофске основе*, стр. 10.

²⁸ Перић: *Структура*, стр. 264.

²⁹ Ibidem, стр. 269.

³⁰ Ханс Келзен: *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, стр. 116 и 117.

³¹ Ibidem.

више правне норме (уставне норме). Међутим, поставља се питање на основу чега важи устав? Како не постоји нека виша позитивноправна норма из које, сходно „закону“ важења, „извире“ уставна норма, то се мора претпоставити да постоји једна претходна норма као основ њеног важења. Како логика тражи доследност то, по проф. Радомиру Лукићу³², или ће се ићи у тзв. „рђаву бесконачност“ па претпоставити да уставна норма важи на основу једне више норме, а ова на основу још више и тако бесконачно, или ићи у („такође, рђаву“) коначност, па претпоставити да уставна норма извире из једне коначне, највише норме за шта се Х. Келзен одлучио. Наравно, трећа солуција била би ненормативно, дакле, фактичко објашњење важења уставне норме (политичка воља, сила, ауторитет и друштвена и економска моћ уставотвораца...) и значила би, заправо, излазак из света нормативног — „зачараног нормативног круга“. Јасно је да Х. Келзен то не чини јер га у томе спречавају основна филозофска и методолошка полазишта о подвојености света материјалног, реалног од света духовног, нормативног, „онога што јесте“ и „онога што треба да буде“. Право је један нормативни поредак и једино се њима може или боље речено треба објаснити, сматра Келзен.

Тако, по Х. Келзену, уставна норма своју обавезну снагу црпи из неког претходног устава („правог устава“), прве норме, (пранорме) или основне норме (Grundnorm), „која представља последњу и врховну инстанцу нормативне, „формално динамичке“ хијерархије.³³ Обавезност, дакле, последње позитивноправне норме се, по Келзену, не може објаснити на основу чињеница стварности (нпр. друштвене моћи доносиоца устава и других реалних факата) већ основ њене обавезности треба тражити у некој другој норми. Како не постоји ни једна виша позитивноправна норма“ то се мора претпоставити да постоји једна пранорма“ (основна норма)³⁴. У циљу очувања читаве конструкције важења једног нормативног система, важење те основне норме се мора претпоставити и на тај начин се читав проблем важења преноси на терен логике. Важење правне норме се, на овај начин, „не изводи ни из чега другог, ни из света факата, ни из света вредности — оно се изводи само из себе, одн. из једне логичке претпоставке“³⁵. С тим у вези *Ch. Perelman* наводи „свако рационално оправдање норми изгледа да је искључено у Келзенијанској перспективи“³⁶. На тај начин, право се затвара у потпуно самосталан свет, а ми „имамо посла са важењем права по себи и за себе, јер у основи Келзенове нормативистичке теорије важења лежи принцип немогућности извођења квалификаторних судова важења“ из „егзистенцијалних судова о фактима“.

Основна норма као конструкција „чисте теорије права“ представља, дакле, „базичну хипотезу“ тј. „хипотетички темељ“ Келзенове

³² Види о томе: Лукић: *Келзенов*, стр. 499.

³³ Тадић: *Филозофске*, стр. 41.

³⁴ Др Радомир Лукић: *Теорија државе и права II*, Научна књига, Београд, 1954, стр. 67.

³⁵ Лукић: *О основним*, стр. 621.

³⁶ Види о томе: Хаим Перелман: *Право, морал и филозофија*, Полит, Београд, стр. 170.

монистичко-нормативистичке лествице, чији је задатак не да одређује садржину норми³⁷, већ само да устав и остале позитивноправне норме снабде важењем. Она је највиша норма и као таква последњи разлог и извор важења свих правних норми. Она представља „устав у правно логичком смислу“³⁸, а не у емпириском (позитивноправном). Обавезна снага основне норме тако испада сама по себи очигледна (аксиоматска) и нико не осећа потребу да испитује разлог и основ њеног важења. Важење основне норме се само претпоставља, јер се њено важење не може извести из неке више норме³⁹. Основна норма важи зато што се претпоставља да она важи. Она, дакле, није „постављена“, већ „претпостављена“ или, како каже Х. Келзен, „основна норма је само нужна претпоставка сваке позитивистичке интерпретације правног материјала“⁴⁰, без које се „ниједан људски акт не може схватити као правни акт“. По Ј. Питамицу, основна норма има улогу Бога, као „једног апсолута из кога потиче цео нормативан свет права“⁴¹.

Према томе, норме позитивног права не добијају своје важење од неког апсолутног и објективног природног права и његових норми односно вредности, идеја⁴², већ од једне претпоставке, основне норме која би гласила: позитивно право треба да важи и треба се понашати онако како њене норме наређују. Основна норма није позитивноправна норма већ представља конструкцију правног мишљења. Она је услов и гаранција важења свих и сваке позитивноправне норме слично „трансценденталним законима сазнања“, који представљају само услове искуства, а налазе се ван њега⁴³. Међутим, ова основна норма, као основ на кога се све остале норме заснивају, као што видимо, „остаје без правног основа“⁴⁴, „виси у ваздуху“ као „гола претпоставка“ или, како извесни писци примећују, постаје „трансцендентално логичко природно право“⁴⁵. То је тзв. „хипотетичко фундирање путем основне норме“⁴⁶ читавог позитивног права које, по речима Љубомира Тадића, представља најбитније обележје „критичког позитивизма“ насупрот природноправној филозофији⁴⁷.

³⁷ Види о томе: др Будимир Кошуткић: *Келзенове животне противречности*, Гледишта, бр. 9, Београд, 1973, стр. 891.

³⁸ Др Радомир Лукић: *Појам права*, Зборник за теорију права, Св. II, САНУ, Београд, 1982, стр. 136.

³⁹ Келзен: *Општа*, стр. 117 и 121.

⁴⁰ *Ibidem*, стр. 122.

⁴¹ Лукић: *Келзенов*, стр. 498.

⁴² Види о томе: Лукић: *О основним*, стр. 621.

⁴³ Тадић: *Филозофске*, стр. 41, 47.

⁴⁴ Види о томе: Тома Живановић: *Систем синтетичке правне филозофије*, САНУ, Београд, 1959, стр. 598.

„Правни акти изводе своје важење из своје сагласности с правним нормама које са своје стране зависе од рупних норми и тако даље док се не дође до основног закона који нема правног оправдања, али га све норме и сви правни акти система претпостављају“ (види о томе: Перелман: *Право*, стр. 168).

⁴⁵ Види о томе: Лукић: *О основним*, стр. 154; в. Тадић: *Филозофске*, стр. 46, а Julius Moog назива основну норму „тајанственом јуристичком алхемијом“, *Ibidem*, стр. 139.

⁴⁶ Тадић: *Филозофија права*, стр. 154.

⁴⁷ При чему се услови важења померају „из сфере трансцендентног у логичку аферу трансценденталног“, Тадић: *Филозофске*, стр. 48.

Нормативизам, насупрот природноправној идеји апсолутног важења, говори о „хипотетичко релативном важењу“⁴⁸ јер важење правних норми извлачи из основне норме као једне логичке претпоставке, а с друге стране то претпостављено важење основне норме тумачи релативно и условно, а не апсолутно⁴⁹. Укажујући на релативност важења основне норме односно њену променљивост под утицајем историјско-политичких и друштвених околности (феномен револуције)⁵⁰, долази се до закључка да се важење правних норми не може у целини и до краја објаснити формално логичком дедукцијом, јер се и сама основна норма, која је у нормативистичкој теорији важења „кључ“ за разумевање важења правних норми, мења под утицајем фактицитета („онога што јесте“).

Дакле, важење правне норме није могуће објаснити самим собом. С тим у вези, Келзен истиче⁵¹, ако један систем норми бива укинут, а уместо њега нови нормативни систем постане „у већини случајева“ ефикасан односно људи се у већини случајева понашају сагласно новим нормама, онда ће се тај систем норми сматрати важећим. Свака појединачна правна норма старог нормативног поретка престаје да важи, јер је он „као целина“ изгубио своју ефикасност,⁵² па самим тим и снагу важења.

Ма колико Х. Келзен инсистирао на „затегнутости“ између „битка“ и „требања“, он је развијајући своју теорију дошао до закључка да та затегнутост не сме прећи изван „минимум“, јер ако између нормативног поретка и стварног људског понашања нема извесног антагонизма онда он постаје бесмислен⁵³, као и да затегнутост између „онога што јесте“ и „онога што треба да буде“ не сме прећи изван „максимум“, што ће рећи, да реалност не сме потпуно противречити нормативном поретку. У том смислу Х. Келзен каже да „правни поредак престаје да важи кад му стварност више не одговара“⁵⁴ и да „важење правног поретка, дакле, зависи од његовог слагања са стварношћу, од његове ефикасности⁵⁵. Тако, ефикасност читавог правног поретка постаје нужан услов за важење сваке појединачне норме тог поретка⁵⁶. Ефикасност нормативног поретка само је

⁴⁸ Ibidem, стр. 46.

⁴⁹ Види о промени основне норме у случају револуције односно када стари поредак престане, а нови постане у већини случајева ефикасан, онда ће се тај нови поредак сматрати важећим и њему ће бити претпостављена нова основна норма. В. Келзен: *Општа*, стр. 23.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, стр. 124.

⁵³ Ibidem, стр. 125. Х. Келзен говори о томе да слагање норме и стварности не сме прећи изван „максимум“ у смислу „стопроцентог вршења права“ нити пасти испод извесног „минимума“ у смислу неефикасности нормативног поретка. Реч је овде за право о проблему важења правног поретка односно права у целини, а појединачних правних норми, (о томе детаљније: Лукић: *Теорија*, стр. 274.

⁵⁴ Ibidem. Реч је о премоћи стварности над нормом као идеалној, чисто нормативној појави.

⁵⁵ Ibidem и види о томе: Лукић: *Теорија*, стр. 277: „Право које је противно стварности не може да је победи“.

⁵⁶ Келзен: *Општа*, стр. 124.

услов важења (*conditio sine qua non*), а не разлог, основ (*conditio per quam*) важења норми које га сачињавају⁵⁷. Следећи ову нормативистичку логику долази се до добро познатих ставова „чисте теорије права” да се правна норма сматра важећом само под условом да припада систему норми који је у целини узевши ефикасан. Норма не важи зато што је ефикасна, нити зато што је читав правни поредак коме она припада ефикасан већ ако је правни поредак „у целини узевши ефикасан”, а норма важи „зато што је створена на уставан начин”⁵⁸. Дакле, „фактичко је само услов, а не и основ важења, које остаје чисто нормативно, тј. основ је и даље претпостављена правна норма”⁵⁹.

Аналогно томе, правна норма престаје да важи када буде поништена на уставом односно законом предвиђен начин, дакле, сагласно вишим нормама које је дају али и ускраћују важење, и за случај да правни поредак као целина изгуби своју ефикасност.⁶⁰

Према томе, ефикасност правне норме, према нормативистичкој теорији, у принципу не утиче на њено важење, норма важи иако је неефикасна јер њено важење је у њеном требању. С тим у визи, Х. Келзен истиче, „у правном поретку који је ефикасан као целина могу постојати изоловане норме које важе а које ипак нису ефикасне”⁶¹ односно људи им се не покоршавају и не примењују их. Међутим, он додаје, „ако норма остане стално неефикасна, онда она престаје важити услед изобличавања”⁶². Дакле, постоји веома значајан однос између ефикасности норме и њене важности јер „сасвим неефикасна норма није ни важећа норма”⁶³. Долази до „ерозије” правних норми услед њиховог сталног непоштовања (изобичајавања). Норма, дакле, може престати да важи не само у законом предвиђеним случајевима (*derogatio*) или пак чињеницом да је правни систем у целини престао бити ефикасан (револуција) већ и у случају изобичајавања (*desuetudo*) када обичај, стварањем друге норме поништава претходну, која је остала „стално неефикасна”⁶⁴. Тиме је Келзен при-

⁵⁷ Ibidem, стр. 53.

⁵⁸ Ibidem, стр. 124. Право обавезује односно важи чим је прописано, без обзира да ли се конкретна норма примењује, само под условом да се већина норми примењује и утолико пре ако се и сама примењује. (Види о томе: исто као под 38, стр. 19).

⁵⁹ Лукић: *Келзенов*, стр. 500.

⁶⁰ Тадић: *Филозофске*, стр. 223. Правне норме добијају своју снагу од целине и остају у важности „докле год целина не буде измењена”. За разлику од права као целине, важење појединачних норми не зависи од тога да ли се и колико стварност са њима слаже” (Слободан Јовановић: *Држава I*, Геца Кон А. Д., Београд, 1936, стр. 94).

⁶¹ Келзен: *Општа*, стр. 124.

⁶² Ibidem, о проблему изобличавања видети: Лукић: *Теорија*, стр. 277.

⁶³ Ebenstein William: *Чиста теорија права: демитологизација правне мисли*, Страни правни живот, бр. 80, Београд, 1973, стр. 27.

⁶⁴ Тасић: *Да ли обичај*. Аутор овог чланка (проф. Б. Тасић) на питање „да ли обичај може укинути закон?” налази разлоге за позитиван одговор што у крајњој линији значи став да правна норма, па макар била и законска, без свог остваривања, вршења (као и правни поредак без своје ефикасности) престаје бити правна норма односно позитивно правни поредак. (Види о проблему „изобичајавања закона”, Лукић: *Појам права*, стр. 13).

знао да „требање престаје то бити ако буде и остане само требање” без своје реалности, остваривања у људском понашању и свету „онога што јест”. Таква требања без обзира на амбиције са којима су настала постаће „мртво слово на папиру”, апел, „план зграде” и ништа више. То је још један доказ да је реалност јача од права, схваћеног нормативистички, а што ће и сам Келзен на један својеврстан начин признати (конструкцијама услова и узрока важења правне норме).

III

На основу изнетог произилази, да објаснити важење правне норме значи, за нормативизам, „извлачење норме из норме” и долажење до једне основне норме која даје обавезан карактер свакој позитивно-правној норми. Дакле, важење једне правне норме види се у важењу неке друге, више правне норме да би се на крају њено важење само претпоставило. „Формулацијом основне норме Келзен је остао доследан својој чистој теорији права”⁶⁵. Према томе, ако желимо да будемо доследни нормативистичкој правној теорији и начину мишљења не можемо да кажемо ништа друго до да позитивна правна норма важи зато што она треба да важи односно зато што се претпоставља, у крајњој линији, да она треба да важи. Међутим, на тај начин, истиче проф. Р. Лукић, нормативизам нас ставља пред апсурдну ситуацију да правник не може да објасни право другачије до претпоставком, која се изричито признаје као нереална.⁶⁶ Испада, тако, да је највећи домет у сазнању права једна претпоставка, аксиом пранорме пред којом треба да се заустави сваки правни позитивиста „исповедајући логички агностицизам о свему ономе што прелази ове границе”⁶⁷, слично као што се верник „зауставља на претпоставци, аксиому бога”⁶⁸. Користећи позитивистичко-нормативан метод нама остаје непозната ситуација која је претходила важећој норми као и она која следи иза ње. У том смислу, имамо одвајање норме од органа,

⁶⁵ Кошутуић, *Келзенове*, стр. 890.

⁶⁶ Лукић: *Теорија*, стр. 67. „Келзен се није усудио да тврди да пранорма постоји (пошто је јасно да не постоји), него ју је само 'схватио' као нужну логичко систематску претпоставку свог нормативизма”. (види о томе: Лукић: *Појам*, стр. 34). На ову околност указали су многи критичари Келзенове доктрине, а наиме да са констатацијом основне норме цела нормативистичка теорија „стоји или пада”. С тим у вези видети: Кошутуић: *Келзенове*, стр. 887, где се наводи да „претпоставка основне норме је типичан случај фикције у смислу Vaihingerove филозофије ALS-OB”. Све то даје повода да се у правној теорији „чиста теорија права” третира и схвата као јединство метафизичких претпоставки и правно-позитивистичког приступа.

⁶⁷ Тадић: *Филозофске*, стр. 130.

⁶⁸ Перић: *Структура*, стр. 279. „Правник не треба да се пита одакле та претпостављена пранорма, што је увјетује. чијим и каквим интересима служи? Он треба да препусти социолозима, политичарима и филозофима задатак да се баве дубљим узроцима настанка, развоја и улоге правне појаве”. Др Живко Анзуловић: *Значење дјела Ханса Келсена*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. XI/1974, стр. 33.

те и „дрве нормe“ од „дрвог органа“, као њеног доносиоца, са једне стране и с друге, одвајање важећих норми од друштвених односа и људи који нормe треба применити⁶⁹.

Нормативизам не може, а да нормативни систем не упореди са фактима ако жели да утврди да ли је тај систем важећи (позитиван) или не. „Снага“ једне претпоставке коју нам он нуди, по речима Gustava Radbrucha, „можда може приказати важење једног правног прописа у односу на друге... али никако важење врховних правних прописа, основних закона, па стога никако ни важење правног поретка као целине“⁷⁰. Заправо, уместо да у духу нормативистичког монизма основна норма остане „априорна, основа аутономног система“ она постаје, по речима проф. Лукића, „Апостериорна последица систему“. Претпоставка, дакле, и није претпоставка, него „конструкција извесних факата, тј. факата ефикасности дотичног нормативног система“⁷¹.

Према томе, нормативизам није могао, а да свет „требања“ не доведе у везу са чињеницама реалности и светом „онога што јесте“. На тај начин, успостављен је однос између појма важења (као правне категорије) и појма ефикасности⁷² (као метаправне категорије), која, по нормативистима, као квалитет стварног људског понашања, спада у област реалности. Ово нарочито долази до изражаја када се важење појединачне правне нормe доводи у зависност од њене ефикасности (изобичајавање). Додуше, Х. Келзен истиче, да је ефикасност само *услов* важења правне нормe, а не њен *основ*, разлог важења. Тако испада да фактицитет не може бити узрок нормативног али представља његов *услов*, оно што га, у крајњој линији, одржава у животу и што га може укинути.

По проф. Лукићу⁷³, Келзен се узалуд труди да своју конструкцију спаси разликовањем услова од основа важења јер то су само „празне речи које не могу да прикрију неуспех његове нормативистичке методологије“, која га, по њему, одвлачи на „социолошку теорију ефикасности“⁷⁴. Ово због тога јер Х. Келзен, у крајњој линији,

⁶⁹ Међутим „Келзен је био свјестан да је и његов нормативни правни поредак са својом претпостављеном правном нормом увјетован друштвеном животном збиљом. Он је такође изјавио да је сваки правни поредак увјек више у корист моћније друштвене класе. Дакле, он добро зна да његова правна норма није пала с неба и да је она, у ствари, први устав намењен од надмоћније класе. Али он не жели дати правнику да се тиме бави...“ Др Ж. Анзуловић: *Значење дјела Ханса Келсена*, Зборник радова правног факултета у Сплиту, бр. XI/1974, стр. 35.

⁷⁰ Радбрех: *Филозофија права*, стр. 102.

⁷¹ Лукић: *О основним*, стр. 623. Постојање и важење саме основне нормe условљено је ефикасношћу нормативног поретка који произилази из ње (види о томе: Hughes Graham: *Validity and the Basic Norm*, California law Review, 1971, р. 695—714).

⁷² Х. Келзен поред осталог каже да ако уместо о ефикасности или реалности говоримо о сили онда однос важења и ефикасности се своди на однос права и силе па се тако потврђује теза да право не може опстати без силе али да са њом није идентично (види о томе: Тадић: *Филозофске*, стр. 51), на тај начин по многим писцима Келзен је „срушио темељ чистоте свог система“.

⁷³ Лукић: *О основним*, стр. 623.

⁷⁴ Ибидем, стр. 639.

признаје снагу фактичког друштвеног живота, а што је једна од противречности и кардиналних приговора његовог нормативизма. Заправо, ако је нормативни поредак, по схватању нормативиста, један аутономан свет чије постојање и важење проистиче из основне норме, сасвим је „нелогично“ важење његових норми условљавати стварним људским понашањем по њима. Међутим, како то Келзенова „чиста“ теорија ипак чини, онда инсистирање на томе шта је услов, а шта разлог важења представља секундарно питање и није од неке посебне важности⁷⁵.

Увођење принципа ефикасности за објашњење важења правне норме и правног поретка (у нормативистичком смислу), па макар и у форми услова, представља, по многим теоретичарима, капитулацију неокантовског дуализма, као претпоставке нормативистичке теорије важења, и победу „логике“ правне реалности, насупрот „логици једног априорног система“⁷⁶, а што је, по речима Х. Перелмана, судбина сваке „научне теорије која је непомирљива са чињеницама“⁷⁷.

Иако ово „накнадно“ спајање нормативитета и фактицитета нормативистичка доктрина покушава да објасни „метаморфозом фактичког и нормативно“ или као „асимилирање фактицитета нормативитету“ остаје закључак да се у објашњењу феномена важења правне норме, норме и чињенице односно људска понашања не могу одвојено посматрати јер су оне нужно повезане и условљене. Многи теоретичари указују на дијалектички тоталитет факта и норме чију дијаметричку синтезу изражавају категоријом „свесни битак“⁷⁸.

Право као систем норми није одвојен и независан од чињеница објективног света и по свом постанку и по својој егзистенцији. И сама норма није нешто нереално, већ представља реалну чињеницу и то не само онда када је ефикасна, у смислу људског понашања сагласно норми, већ и онда када постоји само као садржај свести. Норме су заправо „проистекле из света оног што јест и саме су такође нешто што јест, иако казују нешто што треба да буде.“⁷⁹ Поред овог, не може се прихватити, са гледишта искуства, схватање нормативиста да норме могу егзистирати и важити објективно, ван субјеката и ван реалности, дакле, на формалноправан, чисто нормативан начин. Оне могу постојати само у свестима људи и одражавати се у њиховим понашањима. „То што се сматра да норме постоје непрекидно... чим су проглашене обавезним, да постоје на чисто нормативан начин, у ствари, није ништа друго до уопштавања стварног, реалног постојања норми у свестима људи“⁸⁰.

⁷⁵ Кошуткић: *Келзенове*, стр. 891.

⁷⁶ Тадић: *Филозофске*, стр. 131.

⁷⁷ Види о томе: Душан Бошковић: *Обнова практичне филозофије у Перелмановој новој реторици* (предговор књиге Х. Перелман: *Право, морал и филозофија*, Нолит, Београд, 1983, стр. XXVI).

⁷⁸ Висковић: *Појам*, стр. 64; види о томе: Тадић: *Филозофске*, стр. 140.

⁷⁹ Лукић: *Методологија*, стр. 134 (види о разлици између норме и нормативног исказа).

⁸⁰ Лукић: *Теорија*, стр. 51 или како то проф. С. Врачар истиче, правне норме као мисаоне и рационалне творевине својим постојањем и функционирањем у друштвеном животу стичу својство да се отуђују па се заједно са

С тим у вези, постоје бројне критике Келзеновог нормативизма и нормативистичке теорије важења. Међутим, многе критике, по проф. Лукићу, су погрешно усмерене јер нормативизам „критикују с гледишта света бивања.”⁸¹ Х. Келзен се, међутим, бавио проблемом „формалнолошког карактера важења, одн. обавезности”⁸² правне норме, а не објашњавањем њеног фактичког важења⁸³. Он је, заправо, тражио „нормативнолошко објашњење важења правне норме, у свету требања, идеалном свету, независном. . . од света бивања”⁸⁴.

Међутим, та два света су само логички одвојена, а у стварности су (дијалектички) спојена, што ће Келзен морати да призна и у том смислу имамо „ублажавања”, „одступања” и „недоследности” у његовој теорији важења правне норме. Он је заправо, као што примећују бројни правни писци користио нормативан, формално логички метод и доследно га развијајући до самог краја, постао и сам његова „жртва”⁸⁵. Међутим, по речима, проф. Лукића, „практично бар у овом правном свету, раба идеално, фактичка обавезност раба нормативну, идеалну обавезност”⁸⁶.

На основу свега изнетог може се закључити да нормативистичка теорија важења правне норме, на питање што је разлог важења (обавезности) правне норме и зашто морамо да поштујемо одређену правну норму, сматра, да одговор на ово питање не можемо тражити у чињеничком односу, у ситуацији „јесте” већ у стању „треба”. Обавезности норме не резултира из факта, акта воље већ из једне нове, више норме⁸⁷ односно једне пранорме која постоји у нашој свести као претпоставка обавезности правних норми.⁸⁸ Правни се позитивизам (нормативизам) ограничава тако, само на сазнајно-теоријско објашњење претпоставки важења⁸⁹ правних норми и по речима Г. Радбруха, он постаје неспособан да у одређеним друштвено-историјским околностима” оспори важење заповестима једног параоника који замишља да је краљ”⁹⁰. Ово због тога, јер по Келзеновом гледишту „у

низом других друштвених творевина укључују у процесу алијенације (види о томе: др Стеван Врачар: *Главни моменти у тезама за дискусију о појму права*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3—4, 1963, стр. 452).

⁸¹ Лукић: *Келзен*, стр. 500.

⁸² Ибидем.

⁸³ Нормативизам је истакао „две основне категорије: 'sein и 'sollen'” и по речима проф. др Б. Благојевића, он „постојање права није негирао али се бавио само овом другом”. Види о томе: *Анали правног факултета у Београду*, бр. 3—4/63, стр. 458.

⁸⁴ Лукић: *Келзен*, стр. 500 (у том смислу је разлог важења норме увек и само норма).

⁸⁵ Ибидем, стр. 502.

⁸⁶ Ибидем.

⁸⁷ Ханс Келзен: *О основној норми (On the Basic Norm)*, Страни правни живот, бр. 21/1959, Београд, стр. 3.

⁸⁸ Ибидем, стр. 4, за разлику од нормативистичке теорије Х. Келзен сматра да природноправна теорија важења не одређује само основ обавезности правних норми већ и њихову садржину.

⁸⁹ Љубомир Тадић: *Марксистичко схватање државе и чиста теорија права* (предговор књиге: Ханс Келзен — Макс Адлер: *Марксизам и држава*, Библиотека Стремљења „Филип Вишњић”, Београд, 1985, стр. 12).

⁹⁰ Радбрух: *Филозофија*, стр. 13. По мишљењу Хаим Перелмана, правни позитивизам заснива важење правних норми на законодавној власти државе и на санкцији која гарантује поштовање закону. Он доживљава свој крах у

форму права може да се унесе било која садржина под условом да је то уношење извршено на правом предвиђен начин⁹¹. Правно је основана свака власт уколико успе да успостави ефикасан правни поредак.⁹²

Ова теорија је у стању да само са становишта једног правног поретка критикује захтев за важењем неког другог, а није у стању да „властитом снагом образложи зашто је стала на страну баш тог правног поретка”.⁹³ Тако, правни формализам, по речима G. Лукаса, „одбија да објасни... конкретно поимање историјске суштине друштвених творевина. Том методом се проблем материјалног суштата појединих форми... уклања тако што не изискује даље објашњење, те своју пажњу усмерава искључиво на питање како могу да се изведу претпоставке ваљаности фактички важећег. На тај начин се том методом у целини уклањају питања: „зашто нешто важи” и „по чему важи” да би се пажња искључиво усредсредила на проблем „како важи”.⁹⁴ Формалистичка (нормативистичка) теорија важења правне норме своди тако, појам важења норме на принцип законитости и формални критеријум правности. Норме, важе зависно од њихове формалне усклађености у правном систему, а чињеница да ли се правна норма признаје и поштује од стране њихових адресата, судова и других државних органа је без утицаја на њихово важење.

Норма важи ако је донета на формално исправан начин, сагласно вишим нормама, које одређују поступак њеног доношења и њену садржину. Међутим, важење правне норме не можемо свести на „формалну вриједност кохерентности — законитости”⁹⁵ односно законитост правне норме и њено важење нису идентични јер у сваком правном систему постоје бројне правне норме које важе тј. актуелно обавезују своје адресате, а незаконите су било из формалних било из материјалних разлога. Могуће је, наиме, да је правна норма донета од стране правног субјекта који је овлашћен за њено доношење али да у поступку њеног доношења нису поштоване процедуралне

„злоупотребама хитлеризма”. Види о томе: Бошковић: *Обнова*. „Келсенова је теорија правни позитивизам за који и француска демократија, и фашизам, и национални социјализам и болшевизам потпуно и подједнако су оправдани само зато, јер постоје. Сваки је режим нормалан пошто је на снази и све док је на снази. На снази је и важи опет само зато, јер се ослања на принуду”. Др Евгеније Спекторски: *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2, Београд, 1936, стр. 196.

⁹¹ Кошуткић: *Келсенове*, стр. 887.

⁹² Дакле, по нормативистичкој теорији квалитет правне норме имају и норме расистичких хитлеровских закона које су врећали основна људска права и достојанство личности.

⁹³ Радбрух: *Филозофија*, стр. 103 и по мишљењу Ј. Питамница, чиста теорија права није решила питање зашто право важи (види о томе: М. Павчић: *Л. Питамниц и његово схватање права*, Зборник за теорију права, св. I, САНУ, Београд, 1978, стр. 225).

⁹⁴ Тадић: *Марксистичко*, стр. 12. За нормативистичку теорију важно је како је настала једна правна норма, а не зашто је она настала. Потребно је само утврдити да ли је конкретна норма проистекла из више правне норме и тако редом до основне норме, а питање друштвеног порекла норми, њиховог циља и дејства је за правну науку небитно.

⁹⁵ Висковић: *Појам*, стр. 283.

или материјалне више правне норме. Таква норма је, у ствари (формално или материјално) незаконита, међутим, она и даље важи тј. актуелно обавезује све док то не буде утврђено и норма укинута. С обзиром да сваки правни поредак захтева поштовање принципа законитости, и да у пракси већина, мада не и све, незаконите правне норме бивају укинуте, долази се до закључка да формални критеријум законитости односно кохерентности, склад нижих правних норми са вишим правним нормама у формалном и садржинском погледу, представља битан али не и искључиви основ важења правне норме. Исказ о томе да ли је једна правна норма законита или не, не може бити истовремено и исказ о њеном важењу. С тим у вези, потребно је при оцени важења конкретних нормативних садржаја узети у обзир и читав низ других реалних, психолошких и социолошких чинилаца који су нарочито од утицаја на трајање, меру и престанак важења правне норме.

Према томе, поред формално нормативног критеријума, важење правних норми одређују кумулативно и комплементарно низ вредносних, психолошких и социолошких критеријума чинећи тако проблематику важења правне норме изузетно сложеном, а теорије које покушавају да одреде појам, критеријуме и суштину важења норме, веома бројне.

PREDRAG DIMITRIJEVIĆ,
assistant à la Faculté de Droit à Niš

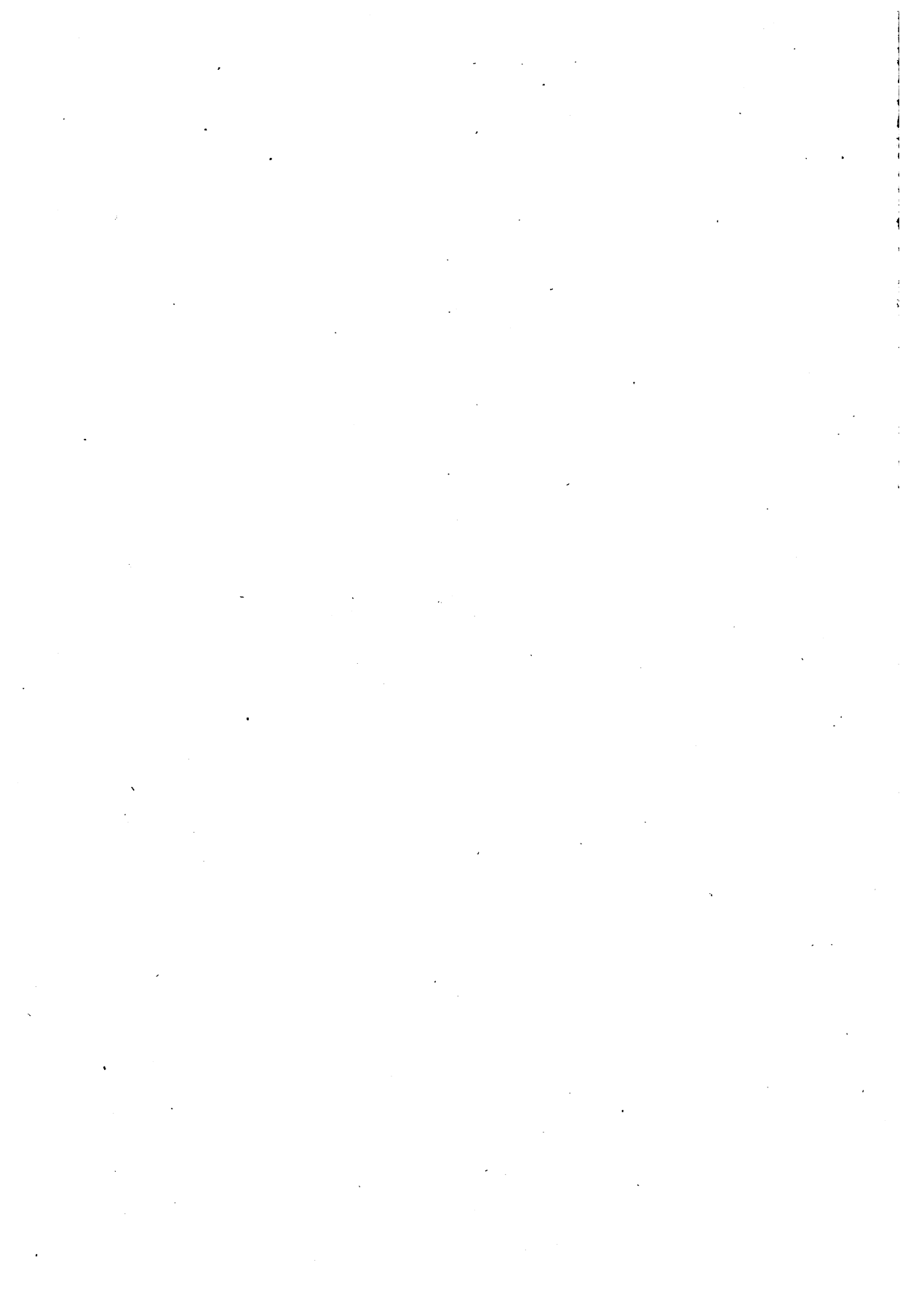
NORMATIVISME — THÉORIE FORMALLEMENT LOGIQUE DE LA VALIDITÉ DE LA NORME JURIDIQUE

Résumé

La notion de la validité de la norme juridique appartient au rang des notions fondamentales et en même temps très discutables et de diverses manières concevables des notions de la philosophie juridique et de la théorie de droit.

Par rapport à l'importance de ce problème dans la philosophie de droit se sont formées de nombreuses conceptions qui s'efforcent de donner leur solution des questions que la problématique de la validité établit par elle-même. Une des conceptions inévitables liées à ce problème, présente la théorie normativiste de la validité. Selon cette théorie, la norme juridique est valable étant compatible avec une autre forme juridique supérieure et cette forme supérieure est valable étant arrêtée conformément avec une autre forme lui préposée et ainsi de suite jusqu'à la plus haute norme positive et juridique. Puisque la validité de la plus haute norme ne peut pas être déduite d'une autre norme positive, car telle n'existe pas, il faut alors nécessairement supposer l'existence »d'une norme fondamentale« qui n'est pas une norme juridique positive mais qui présente une construction logique de l'opinion juridique, dont le devoir est de procurer la validité à la Constitution et aux normes positives juridiques. En rejetant l'influence du réel comportement humain et de la volonté, donc, des faits réels (sociaux et psychiques) sur la validité c'est-à-dire l'existence des normes juridiques ou les prenant seulement comme la condition de la validité purement normative, la théorie normative de la validité d'un côté parle sur la validité formellement logique des normes juridiques et de l'autre côté elle est contradictoire à elle-même car par sa construction »des conditions« de la validité elle reconnaît l'influence du monde réel sur la validité des normes juridiques ce que est en collision avec ses prémices sujeto-méthodologiques (dualisme »Sein« et »Sollen«).

III IN MEMORIAM



Проф. др СЛОБОДАН МИЛЕНКОВИЋ
(1941—1986)

Прерана и изненадна смрт професора Слободана Миленковића 14. 1. 1986. године велики је губитак за Правни факултет у Нишу и југословенску науку међународног права. Отишао је из наших редова заувек диван човек и хуманиста, бриљантни студент прве генерације овог факултета и најмлађи редовни професор Универзитета у Нишу.

Слободан Миленковић рођен је у Нишу 1941. године. Након дипломирања (1964) започео је своју универзитетску каријеру као асистент на предмету Међународно јавно право. Магистарску тезу под називом „Мере за спровођење у живот пактова о правима човека“ одбранио је 1970. године на Факултету политичких наука у Београду. Две године касније, на истом факултету брани докторску дисертацију под насловом „Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права“, након чега је изабран за доцента на Правном факултету у Нишу. За ванредног професора изабран је 1977, а 1983. године и у звање редовног професора.

Богата је била научна и стручна активност професора Миленковића. Предавао је Међународно јавно право на Правном факултету у Нишу и Приштини, као и на последипломским студијама Правног факултета и Факултета политичких наука у Београду. На позив Института за међународно јавно право и међународне односе из Солуна одржао је 1980. године циклус предавања и семинара у овој угледној научној установи. Као стипендиста Хумболтове фондације провео је годину дана у чувеном Институту за страну јавно и међународно јавно право у Хајделбергу.

Упоредо са педагошким и научним, професор Миленковић се веома активно бавио и друштвено-политичким радом. На Правном факултету у Нишу обављао је бројне одговорне функције: председник Скупштине и Савета факултета, председник Наставно-научног већа и два пута продекан за наставу. Смрт га је затекла на дужности управника Института за правна и друштвена истраживања. Изван факултета био је члан председништва Удружења за међународно право Југославије, члан Савета за међународно право и Комисије за унапређење и заштиту животне средине Савезног секретаријата за иностране послове, члан Секције за међународну сарадњу Републичке заједнице науке и члан Комитета за права човека Светског удружења за међународно право.

Бројни су радови на основу којих је професор Миленковић стекао углед врсног интернационалисте. Није жалио ни труда ни времена да прикупи и обради сву расположиву међународноправну литературу и документацију о питањима којима се бавио. Био је научник неисцрпне радне енергије, потпуно предан свом позиву. Увек се опредељивао за изучавање сложених, осетљивих и недовољно истражених проблема. Имао је истанчан осећај да уочи нова питања која је пред правну науку постављао савремени развој међународне заједнице.

Четири области са подручја међународног права биле су у жижи интересовања професора Миленковића. Пре свега, то је проблематика права човека. Свој стручни рад он је отпочео и највише научне домете досетао управо у овој области. Већ својом првом монографијом (Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, Београд 1974) дао је југословенској науци дело трајне вредности. Поред тога, професор Миленковић је објавио у најугледнијим домаћим часописима и страниј периодици велики број чланака и расправа. У њима је обрадио широк круг питања почевши од теоријских схватања о човеку као субјекту међународног права, преко материјалноправних одредаба међународних инструмената о заштити права и основних слобода човека, све до проблема њиховог спровођења у живот. Монографија „Међународни надзор над применом пактова о правима човека“ представља синтезу његових вишегодишњих плодних истраживања и прва је свеобухватна студија, не само у југословенским оквирима, у којој је осветљена област међународног надзора над понашањем уговорница Пакта о грађанским и политичким правима, Пакта о економским, социјалним и културним правима и Факултативног протокола уз први од њих.

Проблематика унапређења и заштите животне средине друга је област у којој је професор Миленковић оставио неизбрисив траг. У југословенским оквирима он је отпочео пионирски рад у обради овог изузетно актуелног питања чије је решавање императив времена у коме живимо. Књига „Међународно регулисање забране загађивања међународних река“ (Београд 1976) прво је дело у нас посвећено искључиво овом питању. С друге стране, монографија »La réglementation internationale sur l'interdiction de polluer les eaux du Danube« (Thesaloniki 1982) у којој су објављена његова предавања на Институту за међународно јавно право и међународне односе у Солуну представља целовиту студију међународноправне димензије заштите Дунава од загађивања.

Треће подручје на коме је професор Миленковић развио своју плодну научну делатност било је међународно уређење положаја радника миграната. У нашој правној теорији о положају ових лица мало је писано, а и кад је то био случај радило се о социјалним, демографским и другим приступима са становишта националног, али не у светлу међународног јавног права. Појавом његових радова попуњена је ова значајна празнина.

Четврту област чине чланци у којима је професор Миленковић са становишта позитивног међународног права анализирао поједине

догађаје у међународној заједници и износио своја гледишта. Бавећи се овим конкретним међународним збивањима, он је увек износио своје сопствено виђење и настојао да пружи нове доказе за старе дилеме.

Др Слободан Миленковић био је изузетан педагог. Бројне генерације студената Правног факултета у Нишу стицале су на његовим предавањима прва сазнања из области Међународног јавног права. Знао је да заокупи пажњу својих слушалаца, да и најсложенија питања учини занимљивим и приступачним. Али, то је чинио научно и стручно без лажне патетике и фразеологије. Имао је разумевања за колебања и проблеме студената последипломских студија и својим саветима храбрио их да истрају на првим корацима у науци. Магистранти и докторанди на Правном факултету у Нишу и Факултету политичких наука у Београду увек ће се радо сећати изузетно корисне и плодне сарадње коју су с њим остварили.

Смрт је затекла професора Миленковића у успону стваралачке снаге. На конференцији одржаној у Каиру саопштен је његов запажен реферат о међународном регулисању забране загађивања ваздуха, који ће ускоро изаћи на француском језику. Управо је завршавао рукопис посвећен проблемима права мора. Надамо се да ће ова монографија бити постхумно објављена.

Делима које је оставио обогатио је југословенску науку међународног права и допринео њеној афирмацији у светским оквирима. Нама, његовим студентима, поштоваоцима и пријатељима остаје да у овом времену брзих промена и забораву негујемо трајну успомену на личност и дело професора Слободана Миленковића.

РЕДАКЦИОНИ ОДБОР

Проф. др ДРАГОМИР СТОЈЧЕВИЋ
(1913—1986)

Поводом смрти проф. др Драгомира Стојчевића, редовног професора Правног факултета у Београду и дугогодишњег руководиоца и професора Правног факултета у Нишу, Редакциони одбор објављује говор проф. др Славољуба Поповића, дугогодишњег нашег професора одржан над гробом 21. 10. 1986. године у Београду.

I

Проф. др Драгомир Стојчевић као већ афирмисани научни радник прихватио се 1960. године да ради и на оснивању Правног факултета у Нишу. Од првих дана он је био управник Правног одсека јер је то био Правно-економски факултет, дакле, с пуним правом се може рећи да је он био први декан Правног факултета у Нишу. И права је срећа да је наш факултет имао на челу овакве људе. Проф. др Стојчевић је несебично преносио своја искуства и као научник и као организатор. Правни факултет у Нишу је врло брзо добио већи број способних и млађих научних радника који су били пред докторатом или су то у релативно кратком року постигли. Највећа заслуга за то припада свакако његовом декану проф. др Стојчевићу. Он је био човек сарадње и споразумевања и са крајње истанчаним духом за озбиљност посла који предузима. Зато је његов рад запажен и од форума и од млађих генерација.

Проф. др Стојчевић је поред функције руководиоца држао наставу из Римског права више од 10 година, а морао ју је напустити због других бројних обавеза. Проф. др Стојчевић је био не само опште признати научник, посебно у области романистике, већ и изврстан предавач. Он је био цењен и вољен како од студената који су га слушали и пред њим полагали испите, тако и од студената последипломаца и доктораната. Његова брига за факултет била је и брига за људе. Његова помоћ у разним видовима а посебно у саветима, била је драгоцену за млађе кадрове. Његов траг као професора и научника на овом факултету остаће трајно а његова бројна писана дела као стални спомен о овом дивном човеку и великом научнику.

Нека је слава професору Стојчевићу!

II

Говор проф. др СЛАВОЉУБА ПОПОВИЋА

Опраштам се од Драгомира у име генерације студената права уписаних 1931. године.

Вест о изненадној смрти Драгомира, деловала је као шок. Четири дана раније разговарао сам са сином Драгомира, који ме је обавестио да се Драгомир налази на рутинском лекарском прегледу, и да ће ускоро изаћи из болнице. Нажалост, човек је немоћан пред природом!

Са Драгомиром је отишао још један из наше генерације студената уписаних 1931. године. Врлине које су Драгомира красиле током целог живота, врло рано су се испољиле још за време студија. Драгомир се од првих дана студија истицао у дискусијама на семинарима, а полагао је одлично и испите. Факултет је завршио са одличним успехом. Још на студијама Драгомир је показао смисао за научни рад. Кратко време по завршетку студија, 1937. године је постао асистент у библиотеци Правног факултета у Београду. Већ у то време сарађивао је са проф. Рељом Поповићем, великим знацем Римског права.

После ослобођења докторирао је међу првима из Римског права, а потом је стекао у кратким роковима сва професорска звања.

Иако су научне области којима смо се бавили различите, био сам врло близак са Драгомиром. Приликом оснивања Правно-економског факултета у Нишу 1960. године Драгомир ми је као првом декану тог Факултета, пружио драгоцену помоћ, јер је од првих дана постао управних Правног одсека Правно-економског факултета. Са својом познатом упорношћу, поред наставе коју је изводио из Римског права, он је поставио темеље организације Правног одсека, доцније Правног факултета у Нишу. Том приликом дошле су до пуног изражаја његове познате организаторске способности. Он нам је много помогао и у организовању административне службе на Факултету. Његов веома користан рад помиње се у свим јубиларним извештајима Правног факултета у Нишу.

Драгомир је у Нишу предавао више од 10 година Римско право. Наставу из Римског права је морао да напусти због својих других бројних обавеза. Студенти су понели најлепше успомене о Драгомиру као одличном предавачу, али и као наставнику који је умео да буде близак студентима и да разуме њихове проблеме.

Драгомир је оставио иза себе богат опус научног дела. Његов уџбеник, који је доживео 20 издања, представљао је штиво из кога су десетине хиљада правника стекла основна знања из Римског права. Био је васпитач бројних генерација правника не само на Правном факултету у Београду, већ и на другим правним факултетима: у Нишу, Новом Саду, Крагујевцу, Приштини, Бања Луци.

Његова латинска правна правила *DICTA ET REGULAE IURIS* од велике су користи не само правницима, већ и другим интелектуалцима. У тој књизи су скупљена правна правила и изреке римских правника, настале током 20 векова, кроз које је латински језик био правнички језик.

Драгомир је умео да за своје сараднике одабере најбоље студенте, тако да је данас на катедри Римског права оставио себи достојне наследнике.

Слаб вид који је имао од најранијих дана није га ометао у научном раду, јер је и поред тога успео да иза себе остави бројне чланке у домаћим и страним часописима.

Његов дух никад није мировао и био је увек спреман да са новим еланом проучава нове проблеме.

Драгомир је знао да са вештином педагога преноси знања на своје млађе сараднике и на своје студенте. Умео је да воли људе и своје сараднике. Његова битна особина била је велики хуманизам, јер сви који су долазили у контакт са њим, још при првом сусрету могли су да осете непосредност и топлину са којом је ступао у односе. Искреност и отвореност одисали су из његове целокупне личности. У сваком је гледао прво човека, коме треба отворено и људски прићи.

На подручју на коме је усредредио своје научно интересовање, Драгомир је заорао дубоку бразду и оставио за собом трајно дело. Располагао је великом енергијом, која га је увек подстицала на нова дела.

Драгомир је био врло друштвен и радознао човек. У млађим годинама се интензивно бавио планинарством. Доцније је са туристичким организацијама много путовао по Југославији, али је исто тако учествовао на бројним путовањима готово на свим континентима.

Драгомир је дуго година био и врло активан сарадник у Друштву за културну сарадњу Југославија — Француска. Његова упорност и ефикасност у извршавању задатака дошла је до изражаја и на пословима у Друштву Југославија — Француска.

Драгомир је био скроман и једноставан човек, одан пријатељ и друг, али и веома савестан у извршавању обавеза.

Смрт Драгомира представља ненадокнадив губитак првенствено за његову породицу, али исто тако и за науку Римског права.

Нека је слава Драгомиру!

Др СЛАВОЉУБ ПОПОВИЋ

Проф. др МИЛИВОЈЕ МАРКОВИЋ
(1908—1986)

Поводом смрти др Миливоја Марковића, дугогодишњег цењеног наставника Правног факултета у Нишу, Наставно-научно веће и Збор радних људи одржали су комеморативну седницу 16. 12. 1986. године на којој су говорили декан, проф. др Љубиша Јовановић и др Гордана Станковић, ванредни професор овог факултета, чији говор објављујемо у целини.

На дан 15. децембра 1986. године преминуо је др Миливоје Марковић, редовни професор Правног факултета у Нишу у пензији, најстарији професор Правног факултета у Нишу и његов први пензионисани наставник.

Проф. Марковић је рођен 22. августа 1908. године у Чачку. Студирао је на Правном факултету у Београду и дипломирао 1931. године. Докторат је стекао на Правном факултету у Лиону са тезом „La Théorie de L'abus des droit en droit comparé” 1936. године.

Готово да нема позива са правничким образовањем којим се није бавио или који није вршио. До рата је радио у Окружном суду у Београду и био доцент на Правном факултету у Суботици и Правном факултету у Београду. После рата је био секретар Привредног савета АВНОЈ-а, доцент Правног факултета у Београду и адвокат у Београду, а 1964. године изабран је за редовног професора тада Правно-економског факултета у Нишу. Поред тога, проф. Марковић је био саветник Народног одбора града Београда, арбитар Спољнотрговинске арбитраже у Београду, учесник у законодавном раду на многим законским пројектима, преводилац, правни писац.

Проф. Марковић је био први наставник Грађанског процесног права на Правном факултету у Нишу. Припадао је оној групи наставника овог факултета који су несебично и предано, свим својим знањем, способностима и искуством, дали прве, али, истовремено, и врло значајне импулсе за развој високошколске наставе и научног рада на једном младом факултету у СР Србији. На Правни факултет у Нишу дошао је као већ познати научни радник и афирмисани процесуалиста. Својим радом, и као наставник и као вршилац многих функција, доприносио је да се Факултет развије и афирмише не само у оквиру Универзитета у Нишу, него и широм земље и у свету. Био је продекан (1964/65. године), шеф Правног одсека Правно-економ-

ског факултета (1964, 1965, 1966. и 1967. године) дугогодишњи шеф Катедре за грађанско право, члан органа управљања на Факултету и на Универзитету.

Припадао је оној генерацији професора који су својим радом помагали и развој других факултета и изградњу њихових стручних кадрова. Дуго година је држао наставу и на Правно-економском факултету у Приштини и својим наставним радом доприносио да се још један, онда млади факултет, развије и афирмише.

Највећи допринос проф. Марковића на Правном факултету у Нишу је његов дугогодишњи рад на предмету Грађанско процесно право. У тај озбиљан и студиозан рад проф. Марковић је уложио четрнаест година свог радног века, а за то време четрнаест генерација редовних и ванредних студената и седам генерација последипломаца имало је ретко задовољство да слуша његова бриљантна и надахнута предавања из Грађанског процесног права.

Једно време је предавао и Привредно право и Саобраћајно право на Правном факултету у Нишу.

Његова педагошка активност престала је 1. октобра 1978. године, када је пензионисан.

Проф. Марковић је држао наставу и на последипломским студијама на Правном факултету у Нишу и на Правном факултету у Новом Саду. Упознали су га и студенти правних факултета у иностранству. Студенти факултета у Фрајбургу слушали су, једне школске године, наставу проф. Марковића из породичног и из привредног права, а студенти америчких и западнонемачких универзитета имали су прилике да слушају његова предавања о југословенском праву и процедури и да упознају бриљантног представника југословенске правне науке.

Наставна делатност проф. Марковића остаће трајно забележена у аналима Правног факултета у Нишу. Био је један од оних наставника за које се обично каже да су наставници у правом смислу речи. Он није раздвајао наставни рад од научног рада. Раду у настави поклањао је посебну пажњу и сво своје знање и вештину уносио је у рад са студентима.

Он није био сакупљач и коментатор туђих мишљења и теоријских схватања, нити се трудио да слушаоце импресионира обиљем података из прочитане литературе и тиме демонстрира своје познавање стручне литературе или страног права, иако је био ненадмашни компаратиста.

У току своје наставне активности био је један од ретких предавача који излажу свој сопствени научни систем и који своје научне погледе и резултате својих научних истраживања излажу не само у својим радовима, него и усмено, на часовима наставе. У области процесног права, он је био креатор и протагониста сопственог теоријског схватања и сопственог виђења процедуре, предавач који перманентно демонстрира своју креативност, ученост, ерудицију, културу говора. Богато искуство које је стекао у својој адвокатској каријери и као арбитар у међународним арбитражама, као и у раду на

законским пројектима, пружило му је могућност да студенте наоружа не само теоријом, него и практичним знањима и комплетно их оспособи за будући позив и праксу.

Уносио је пуно љубави у свој рад на Факултету и успевао да његова предавања остану не само запамћена и препричавана, већ и дубоко усађена у душе и мисао његових студената које је годинама одушевљавао својим ораторским способностима. Његова предавања су била изузетна комбинација знања, вештине, духа, шарма и педагошких способности једног великог научника.

Његова предавања, увек брижљиво и студиозно припремана у тишини његовог кабинета, била су жива и сугестивна, информативна и едукативна, и увек привлачна за студенте. Многе генерације његових студената памте га као бриљантног цивилисту и процесуалисту, енциклопедисту, ерудиту, великог познаваоца многих европских језика, као човека који је несебично преносио знање и богатство своје личности на своје слушаоце.

Присуствовање његовим часовима био је прави, изузетни и непоновљиви догађај. Многи од његових студената и данас се сећају и радо препричавају своје импресије, његове анекдоте или досетке, примере којима је илустровао своја излагања. Из његових речи извирила је незаборавна мисао — ауторитативна, суптилна, сугестивна. Мисао која упућује, тера на размишљање, мисао која образује, учи, поучава, води. Својеврсним шармом и лакоћом уводио је студенте у научну мисао и упућивао их у тајне правничког заната.

У сећању студената остаће не само као врстан предавач, него и као стрпљив испитивач, као испитивач који на испиту пажљиво и правично вреднује знање и рад. Остаће у сећању четрнаест генерација својих нишких студената и по томе што је све своје наставне обавезе редовно и тачно извршавао: на часове је улазио и са њих тачно излазио на звук звона, а испити на којима је био испитивач почињали су у тачно заказано време.

Генерације студената памте га и као наставника који је умео да подели са њима и радост апсолвирања и радост дипломирања, као човека који је, у честим сусретима са њима, умео бриљантно да рецитује стихове класика светске поезије, да им свира, или да са њима заигра валцер или чарлстон.

Генерације студената факултета на којима је предавао, запамтиле су га и као савесног и драгог професора, увек спремног да пружи стручну помоћ или подршку. Својим ревносним и преданим радом, формирао је читаве генерације студената и освојио њихове симпатије и као наставник и као човек и развио код њих решеност да се и сами посвете научно-наставном раду. Дугачка би била листа имена наших познатих правника или професора којима је проф. Марковић помогао да постану наставници или сарадници факултета. Као врстан педагог, своје знање из разних области људског знања и правне науке и права, преносио је, несебично, не само на студенте, него и на млађе сараднике, на чијем је научном образовању радио.

До свог одласка у пензију, проф. Марковић се бавио општом теоријом права, облигационим правом, привредним правом, саобраћајним правом, породичним правом. У науци процесног права заузи-

ма посебно високо место. Научни рад проф. Марковића, уграђен је у темеље савремене теорије грађанског процесног права наше земље а извршио је, својим радовима, и одређени утицај на француску и немачку правну теорију.

Научни опус проф. Марковића, неспоран по својим вредности-ма и гледан у целини, показује да је он био наш врхунски правник значајан подједнако и за општу теорију права и за грађанско материјално и за грађанско процесно право. Кроз његове радове из области цивилне процедуре, јасно се изражава интелектуална снага врхунског теоретичара који је обликовао сопствени научни систем цивилне процедуре. Смрћу проф. Марковића, југословенска теорија грађанског процесног права изгубила је једног од својих класика, једног од својих најбољих процесуалиста.

Упркос сталном развоју науке Грађанског процесног права и упркос променама у законодавству, који изазивају појаву нових дела, радови проф. Марковића у области грађанског процесног права, посебно његов уџбеник, остају дела која свако ко се бави процедуром мора да познаје, и која истовремено, служе као узор доброг писања. Његов систем грађанског процесног права далеко надмашује све што је пре њега написао у овој области и представља сигуран темељ на коме се може развијати наша процесна теорија.

Слику о научном раду и научној активности проф. Марковића дају његови многобројни радови објављени у земљи и иностранству. Своју високу афирмацију у научним круговима започео је још као младић, у Француској, објављивањем докторске дисертације. У току његовог рада, стручна критика га је величала као врсног теоретичара, сопственика широког знања, писца широке културе и јасног и бриљантног стила. Критички суд о његовим научним радовима и ласкаве оцене изrekli су познати ауторитети као што су: Ламбер, Рипер, Бартош, Перих, Константиновић, Познић.

И после пензионисања наставио је са научним радом и личним примером показао да је пензија само „административна мера којом се човек скида са платног списка“ и да научник никад не може да буде пензионисан.

Његова честа именованја за арбитра и председника арбитражног већа у земљи и иностранству, у Спољнотрговинској арбитражи и међународним арбитражама у свету и после пензионисања, у врло сложеним и деликатним стварима са међународним елементом, последица су високог угледа који је уживао међу научницима и правницима и у земљи и у иностранству.

Рад проф. Марковића на Катедри за грађанско право, чији је дугогодишњи шеф био, небројано пута је показао и показивао колико је било широко подручје његовог знања и интересовања. Његово знање и искуство, и у науци и у настави, било је од непроцењивог значаја за рад Катедре.

Глас проф. Марковића и на Катедри, и у Већу или Савету, био је глас мудрог, сталоженог, правичног и искусног човека, чији су се ставови поштовали и усвајали, а касније се увек показивало да су његове сугестије биле исправне а ставови и правилни и мудри.

Уз име проф. Марковића везани су и многи преводи и из стручне литературе и из лепе књижевности.

Нашој читалачкој публици омогућио је, између осталог, да чита Хобсовог „Левијатана”, а страну стручну јавност упознао је са нашим Кривичним закоником (заједно са проф. Тихомиром Васиљевићем). Превео је и Правилник наше Спољнотрговинске арбитраже на немачки језик.

Ни изузетно педантни хроничар не би био у стању да забележи сва стручна иступања проф. Марковића на конгресима и стручним састанцима у земљи и иностранству.

Учесници „The Belgrade Spaceship Trial” запамтили су га као бриљантног правника и говорника који се сваком од учесника обраћао на његовом матерњем језику, као што су га запамтили и на Универзитету у Даласу. Запамтили су га и учесници многих конгреса или састанака. Споменимо само конгрес International bar association у Лозани, „III Münchener Ost-West Tagung”, Међународно саветовање привредника и правника у Загребу, Саветовање у Привредној комори Србије. Памте га и слушаоци његових предавања у САД, у Немачкој, или у Удружењу правника у Нишу и Приштини.

Активност проф. Марковића није везана само за наставни и научни рад. Био је посланик АСНОС-а, члан Међународне уније адвоката, члан Пленарног комитета World peace through law center-а, члан низа стручних и научних удружења.

Председник Републике, Јосип Броз — Тито, одликовао га је Орденом рада са црвеном заставом.

Проф. Марковић је био веома скроман и приступачан човек. Његови сарадници и колеге никад нису могли да га чују да говори о себи, али су зато увек били у ситуацији да упознају резултате његовог рада, да виде утицај његовог рада на друге теоретичаре и практичаре, да упознају његову широку културу и образовање и његово широко енциклопедијско правничко знање. Његов дубоко хумани однос, пун поштовања и разумевања према студентима, радницима у администрацији, сарадницима и колегама на Правном факултету у Нишу, његова лична скромност, пословична тачност, говоре и о лику овог човека, наставника и научника.

Сви они који су ближе познавали проф. Марковића и његов рад, осећају се и данас сиромашнијим не само због губитка једног пријатеља, већ и због одласка једног дивног човека и уваженог научника.



САДРЖАЈ
SOMMAIRE

I У СПОМЕН ВУКУ КАРАЦИЋУ

Уводна реч др Љубомира Јовановића декана Факултета — — —	7
Мр Драган К. Николић: Вук Стеф. Караџић — савременик, хроничар и критичар државноправног изграђивања обновљене Србије — — —	9

II ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАДОВИ И СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

Др Душан Р. Паравина: Неке недовољно коришћене могућности за повећано запошљавање и мала привреда — — — — —	25
Dr Dušan Paravina: Quelques possibilités insuffisamment utilisées pour l'embauchage et le secteur privé — — — — —	35
Др Мирослава Геџ — Корошец: Реформа међународног приватног права у СР Немачкој — утицај на југословенско-немачке породично- правне односе — — — — —	37
Dr Miroslava Geč — Korošec: Reform des internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland — Auswirkungen auf die jugoslawisch- deutsch Familienrechtlichen Beziehungen — — — — —	53
Др Слободанка Стојичић: Закон о штампи у Србији из 1875. године	55
Dr Slobodanka Stojičić: Loi sur la presse de 1875 en Serbie — — —	67
Др Гордана Станковић: Преиначење тужбе у алиментационим пар- ницама — — — — —	69
Dr Gordana Stanković: Modification de l'accusation dans le procès d'obligation alimentaire — — — — —	80
Др Миленко Крећа: Домашај jus cogensa у међународном јавном праву ratione materiae — — — — —	81
Dr Milenko Kreča: Portée de jus cogens dans le droit public interna- tional ratione materiae — — — — —	88
Др Мирса Мијаџић — Цветановић: Новчана накнада будуће немате- ријалне штете — — — — —	89
Dr Mirsa Mijačić — Cvetanović: Indemnité pecuniaire des dommages non matériels à venir — — — — —	108
Др Славка Миладиновић: Одговорност општинских органа управе за стање у области за коју су основани — — — — —	109
Dr Slavka Miladinović: Responsabilité des organes communaux gesti- onnaires de l'état dans le domaine pour lequel ils sont fondés — — —	129

Др Радмила Ковачевић — Куштримовић: Реални правни послови	131
Dr Radmila Kovačević — Kuštrimović: Les affaires juridiques réelles	142
Др Мирољуб Д. Симић: Енциклопедија права на „Правословном одјеленију“ лицеја у Београду — — — — —	143
Dr Miroljub D. Simić: Encyclopédie de droit á la classe „Du langage juridique“ du lycée de Belgrade — — — — —	156
Др Милан Петровић: Прилог изучавању чинилаца политичког система	157
Dr Milan Petrović: Contribution à l'étude de facturs du système politique — — — — —	174
Др Слободанка Константиновић — Вилић: Жртве сексуалних деликата	175
Dr Slobodanka Konstantinović — Vilić: Victimes des delicts sexuelles	189
Мр Александар Петровић: Осигурање за случај незапослености	191
Mr Aleksandar Petrović: Assurance en cas de chômage — — — —	202
Мр Александар Бирић: Правне карактеристике делатности туристичких агенција	203
Mr Aleksandar Ćirić: Caractéristiques juridiques de l'activité des agens touristiques — — — — —	213
Мр Драган Стојановић: Систем и заштита основних права у уставном поретку Аустрије — — — — —	215
Mr Dragan Stojanović: Système et protection des droit fondamentaux dans l'ordre constitutionnel en Autriche — — — — —	237
Мр Зоран Радивојевић: О врстама уговора међународних организација према броју страна уговорница — — — — —	239
Mr Zoran Radivojević: Sur les sortes des traités des organisations internationales selon le nombre des contractants — — — — —	255
Мр Владимир Серјевић: Тржиште и друштвена интервенција у привреди — — — — —	257
Mr Vladimir Serjević: Le marché et l'intervention sociale dans l'économie — — — — —	276
Петрушић Невена: Мировање поступка — — — — —	277
Petrušić Nevena: Arrêt de la procédure — — — — —	290
Предраг Димитријевић: Нормативизам — формално логичка теорија важења правне норме — — — — —	291
Predrag Dimitrijević: Normativisme — théorie formellement logique de la validité de la norme juridique — — — — —	306
III IN MEMORIAM	
Проф. др Слободан Миленковић — — — — —	309
Проф. др Драгомир Стојчевић — — — — —	312
Проф. др Миливоје Марковић — — — — —	315