



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YUGOSLAVIE)

ЗБОРНИК РАДОВА

RECUEIL DES TRAVAUX

XXXIV - XXXV, 1-3, (2000-2001)

УДК 3

НОВИ САД, 2002.



УДК 3

YU ISSN 0550-2179

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YUGOSLAVIE)



ЗБОРНИК РАДОВА RECUEIL DES TRAVAUX

XXXIV- XXXV, 1 – 3, (2000-2001)

НОВИ САД, 2002.

ЗРПФНС, Година XXXIV – XXXV, Нови Сад, бр. 1-3 (2000-2001)

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967-1968), проф. др Милош Стеванов (1969-1973), проф. др Боровоје Пупић (1974-1976), проф. др Милијан Поповић (1977-1983), проф. др Станко Пихлер (1984-1988), проф. др Момчило Грубач (1989-1991), проф. др Јован Мунђан (1992-1997)

Управник Центра за издавачку делатност

Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник

Проф. др Милијан Поповић

Чланови Уредништва:

Проф. др Милијан Поповић, проф. др Момчило Вукићевић, проф. др Јожеф Салма, проф. др Зоран Арсић, проф. др Предраг Јовановић, проф. др Љубомирка Кркљуш, проф. др Мило Бошковић, доц. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, мр Сања Ђајић, асистент

Секретар Уредништва

Доц. др Зоран Лончар

Тираж: 200 примерака

САДРЖАЈ

I Чланци и расправе

- Др Милијан Поповић
Модел аналитичке теорије права
- Др Обрад Перић
Положај малолетника у југословенском кривичном законодавству са становишта заштите људских права
- Др Мило Бошковић
Криминогени значај дрога
- Др Марија Вучковић-Радовановић
Осигурање кредитних односа (кредита) и обухватање осигуравајућим покрићем неких средстава обезбеђења извршења обавеза
- Др Даница Попов
Концепције о државини
- Др Душан Николић
О једном нереализованом законодавном пројекту
- Др Александар Ђурђевић
Нека искуства у организовању сложених држава: актуелни проблеми југофедерализма
- Др Зоран Лончар
Правно регулисање одговорности министара
- Др Милан Инић и Драган Јовановић
Утицај кризе и санкција међународне заједнице на стање безбедности саобраћаја у Југославији
- Др Снежана Бркић
Сумарна процесна форма у англоамеричком праву
- Мр Бранислав Ристивојевић
О настанку и развоју командне одговорности
- Драгиша Дракић
Насилничко понашање
- Александар Мартиновић
О децентрализацији државне власти
- Сава Аксић
Појам правног система

Драгана Ћорић

Имовински односи брачних другова према породичном кондексу Руске Федерације из 1995.

Татјана Лукић

Избори и разрешење судија према позитивноправном решењу СРЈ

II Сарадња са иностранством

Петар Гергењи

Санирање полицијског органа у дубокој кризи

Др Млађен С. Мандић

Историјски развој уставног уређења Босне и Херцеговине од времена Отоманске империје до рата 1992. године

III Прикази и белешке

Сања Савчић

Др Слободан М. Марковић: Ауторско право и сродна права

IV Из факултетског живота

Др Маја Станивуковић

Магистарке и специјалистичке студије "Грађанско и привредно право Европске уније"

Др Гордана Ковачек-Станић

О практичноправном образовању на Правном факултету у Новом Саду

V Некролози

Др Александар Ђурђевић

Проф. др Радоје Радуловић (in memoriam)

TABLE OF CONTENTS

I ARTICLES

- Milijan Popović, Ph. D.
Model of the Analytical Theory of Law
- Obrad Perić, Ph. D.
Status of Juveniles in Yugoslav Criminal Law System: Human Rights Perspective
- Milo Bošković, Ph. D.
Criminal Aspects of Narcotics
- Marija Vučković-Radovanović, Ph. D.
Credit Insurance: Including Some Types of Liens Into Insurable Interest
- Danica Popov, Ph. D.
Concepts of a Possession
- Dušan Nikolić, Ph. D.
Some Remarks Regarding an Unsuccessful Codification
- Aleksandar Djurdjev, Ph. D.
Organization of Federal States and Current Problems of Yugoslav Federalism
- Zoran Lončar, Ph. D.
Legal Frameworks for Ministerial Responsibility
- Milan Inić, Ph. D., Dragan Jovanović
Influence of Crisis and International Sanctions on Traffic Safety in Yugoslavia
- Snežana Brkić, Ph. D.
Summary Trials in Common Law Systems
- Branislav Ristivojević, LL. M.
On the Origins and Development of the Command Responsibility
- Dragiša Drakić
Violent Behavior
- Aleksandar Martinović
Decentralization of Government Authority
- Sava Aksić
Definition of the Legal System

Dragana Ćorić

Property and Contractual Rights of Spouses Under the Family Code of the Russian Federation

Tatjana Lukić

Judicial Appointments and Termination of Judicial Tenure in Yugoslavia

II INTERNATIONAL COOPERATION

Petar Gergenji

Renovation of Police That is in Crisis

Mladjen S. Mandić, Ph. D.

Historical Constitutional Development of Bosnia and Herzegovina from Ottoman Empire to the War of 1992

III REVIEWS AND NOTES

Sanja Savčić

Dr Slobodan M. Marković: Copyrights and Some Related Rights

IV FACULTY NEWS

Maja Stanivuković, Ph. D.

Master's Program "Civil and Commercial Law of the European Union"

Gordana Kovaček-Stanić, Ph. D.

Practical Legal Education at the School of Law in Novi Sad

V IN MEMORIAM

Aleksandar Djurdjev, Ph. D.

Professor Radoje Radulović, Ph. D. (in memoriam)

SOMMARIE

I Articles et discussions

Dr Milijan Popovic

Le modèle de théorie analytique du droit

Dr Obrad Peric

La position des mineurs dans le droit pénal yougoslave du point de vue de protection des droits de l'Homme

Dr Milo Boskovic

L'importance criminogène des drogues

Dr Marija Vuckovic-Radovanovic

L'assurance des relations de créance (crédits) et la jonction des moyens de sécurité d'accomplissement des devoirs par la couverture d'assurance

Dr Danica Popov

Conceptions sur la propriété

Dr Dusan Nikolic

Sur un projet législatif irréalisé

Dr Aleksandar Durdev

Quelques expériences dans l'organisation des états complexes: les problèmes actuels du yougosféralisme

Dr Zoran Loncar

La régulation juridique de responsabilité des ministres

Dr Milan Inic i Dragan Jovanovic

L'influence de la crise et des sanctions de la communauté internationale sur l'état de sécurité des transports en Yougoslavie

Dr Snežana Brkić

La forme sommaire dans le droit angloaméricain

Mr Branislav Ristivojevic

Sur l'origine et le développement de la responsabilité de commandement

Dragisa Drakic

Le comportement agressif

Aleksandar Martinovic

Sur la décentralisation du pouvoir de l'état

Sava Aksic

La notion du système de droit

Dragana Coric

Les relations de propriété des conjoints selon le code de famille de la Fédération Russe de 1995

Tatjana Lukic

Les élections et la destitution des juges selon l'acte de droit positif de RF Yougoslavie

II Collaboration avec les facultés à l'étranger

Petar Gerenji

Le rétablissement de la police dans la crise profonde

Dr Mladen S. Mandic

Le développement historique de la constitution de Bosnie-Herzégovine depuis l'époque de l'Empire ottoman jusqu'à la guerre en 1992

III À lire

Sanja Savcic

Dr Slobodan M. Markovic: *Le droit d'auteur et les droits proches*

IV De la vie de faculté

Dr Maja Stanovukovic

DEA en "Droit civil et commercial de l'Union européenne"

Dr Gordana Kovacek-Stanic

Sur l'éducation pratique de droit à la Faculté de droit de Novi Sad

V Nécrologie

Dr Aleksandar Durdev

Prof. dr Radoje Radulovic (in memoriam)

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ

УДК
Изворни научни рад
Предато: мај 2002.
BIBLID

*Др Милијан Поповић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

МОДЕЛ АНАЛИТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА

Сажетак: *Општа теорија права се првобитно јавила као аналитичка теорија права у Енглеској тридесетих година XIX века са њеним оснивачем Џоном Остином.*

Са појавом Келзена и његове чисте теорије права, аналитичка теорија права добија готово савршену логичку форму.

Аналитичка теорија права афирмише општу теорију права као правну науку и метод структуралне анализе као главни метод изучавања и стварања опште теорије права. Келзенев методски поступак структуралне анализе припада експликативној функционалној анализи (као вишем ступњу од дескриптивне анализе).

Доприноси аналитичке теорије права, посебно Келзенови, су огромни. Келзен је на прецизан начин разграничио теорију права, као општу правну науку, од наука и дисциплина о праву: социологије права, историје права, психологије права и филозофије права. Поред тога, аналитички модел издвојио је неке основне правне појмове непознате синтетичким теоријама права, као што је посебно појам урачунавања. Од великог је значаја и Келзеново схватање важења правних норми и схватање правних норми као депсихологизираних заповести, а нарочито његово динамичко схватање права, као процеса самостварања права, процеса у којем је сваки правни акт (изузев акта извршења) у исто време и акт стварања и акт примене права.

Кључне речи: Формална теорија права, чиста теорија права, структурална анализа права, основни правни појмови, динамичко схватање права.

Уводне напомене

Првобитно општа теорија права је настала као аналитичка теорија права у англосаксонској књижевности, са Џоном Остином, са његовим делом *Предавања о јуриспруденцији или филозофији позитивног права* (*Lectures on Jurisprudence or the Philosophie of positive law*) неколико деценија пре појаве Меркелове синтетичке теорије права.

Са логичког становишта тај првобитни модел аналитичке теорије права није био дотеран. Тек са појавом Келзена и његове чисте теорије права, модел аналитичке теорије права добија готово савршену логичку форму. Иако по употребљеном методу, аналитичком, различитом од метода синтетичке теорије права, аналитичка теорија права достојно репрезентује теорију права као општу правну науку. Ако код Остина има још социолошких примеса у одређивању основних правних појмова, са Келзенем теорија права израсла је у праву општу правну науку, са прецизно одређеним истраживачким објектима и задацима које на тим објектима треба да обави теорија права, превасходном употребом логичког метода анализе.

Келзенев модел аналитичке теорије права успешно су применили Алфред Меркел и Фердрос (у области међународног права), Леонид Питамиц, са оригиналним додацима, и наш Слободан Јовановић.

1. Остинов модел

С обзиром на природу енглеског права заснованог на обичајном праву и судским прецедентима, много више него на законима, бар у време кад је Остин стварао, постојала је потреба, и то не само са становишта правног образовања, за једном општом правном дисциплином. Ту потребу, на ваљан начин, нису могли да задовоље радови Остинових претходника, под чијим је утицајем и сам стварао. Беконови (Bacon) радови, нарочито дело *Legus Regum*, Хобсов (Thomas Hobbes) *Левијатан* (*Leviathan*), а нарочито Блекстонови (W. Blackston) *Коментарии енглеских права* (*Commentaries on the laws of England*) и Бентамови (Jeremy Bentham) *Принципи морала и законодавства* (*Principles of morals and legislation*), свакако су подстицајно деловали на Остинову правнодуховну делатност, као и Хугоово (Hugo) дело *Уџбеник природног права или филозофије позитивног права* (*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*) које, без обзира на свој назив, проблематизује позитивно право.

Остин своју теорију права назива општом јуриспруденцијом и филозофијом позитивног права. Има писаца, на пример, Harrison, који Остинов правац називају

енглеска аналитичка школа јуриспруденције (the analitical english school of jurisprudence). Тај се назив данас одомаћио. Сам израз јуриспруденција је вишезначан, па може да изазове забуну. Њиме се, понекад, означава скуп свих правних наука, а понекад, особито у француској књижевности, судске одлуке, односно судска пракса. За означавање своје теорије права Остин се користи, поред израза општа јуриспруденција, и изразом универзална, упоредна или апстрактна јуриспруденција (universal, or, comparative, or, abstract jurisprudence), с обзиром на њене објекте изучавања.

У складу са енглеском емпиристичком филозофијом, Остин настојава да своју теорију права утемељи као (општу) правну науку, потискујући тако сасвим филозофију природног права у Енглеској. Истраживачки предмет његове теорије права је позитивно право. Тиме је одвојио теорију права као правну науку како од филозофије права, тако и од етике, али и од политике. Наведеним стазама ићи ће касније и Ханс Келзен, још радикалније од Остина.

Прецизирајући објекте своје теорије права, Остин каже да су то појмови који су заједнички разним системима позитивног права. Као и у моделу синтетичке теорије права, предмет теорије права је позитивно право (а не некакво филозофско, социолошко итд. право). Међутим, разлика је у томе што у моделу синтетичке теорије права истраживачки објекти су појмови заједнички свим правним наукама (Меркел), док су код Остина то појмови који су заједнички свим законодавствима односно, како Остин каже, зрелим законодавствима. Модел синтетичке теорије права се ослања на резултате специјалних правних наука, а модел аналитичке теорије права се гради без ослонаца на основне појмове специјалних правних наука. Остин и није био у прилици да гради модел синтетичке теорије права, с обзиром на то да су специјалне правне науке у Енглеској несинтетичке. Оне немају, чак ни данас, створене системе појмова, несистематске су.

Под појмовима који су заједнички свим законодавствима, Остин подразумева појмове, који се, како он каже, неизбежно садрже у сваком законодавству. Поред појмова заједничких свим законодавствима, Остин додаје још и принципе и разликовања, имајући у виду, на пример, разлике између приватног и кривичног деликта. Кад каже да су истраживачки објекти његове теорије права појмови заједнички свим законодавствима, онда Остин мисли на појмове који су заједнички како свим гранама права, тако и на појмове који су заједнички само једној грани права, у сваком позитивном праву. На тај начин Остинови највиши појмови нису истог појамног ранга, не налазе се у односу координације.

Макар и у оваквом облику, Остинова аналитичка теорија права, имала је велики значај за развој правне мисли у Енглеској, дуго је била владајућа и имала велики број присталица, као што су, од познатијих, на пример, Г. Кемпбел (G. Campbell) / *Анализе Остинових предавања из јуриспруденције или филозофије позитивног права* (An analysis of Austin's Lectures on jurisprudence or philosophie of positive law)/, Р. Кемпбел (R. Campbell) / *Предавања из јуриспруденције или филозофије позитивног права* (Lectures on jurisprudence or philosophy of positive law)/, В. Ј. Браун (W. J. Brown) / *Остинова теорија права* (The Austinian theory of law)/ и Иствуд (Eastwood) / *Кратак увод у Остинову теорију позитивног права и суверенитет* (A

brief introduction to Austin's theory of positive law and sovereignty)/. Било је, међутим, и оштрих критичара, од којих се посебно издваја Полок (Pollock), посебно у делу *Есеји из јуриспруденције и етике (Essays in jurisprudence and ethics)*, који оспорава Остинову апстрактну јуриспруденцију, сматрајући је непотребном, пошто се она, наводно, прећутно садржи у специјалним правним наукама.

2. Келзенов модел

Ханс Келзен је главни представник модела аналитичке теорије права, који је уз Живановићев модел синтетичке теорије права, са становишта логичког, најуспешнији модел теорије права у свету.

Много хваљен, али још више несхваћен и оспораван, углавном, неоправдано, веома је заслужан за изградњу теорије права, као правне науке, ослобођене свих ванправних елемената, како филозофскоправних, тако исто и социолошких, психолошких, идеолошких и политичких.

Келзен је био потпуно свестан да је право повезано са светим друштвених појава, са светом вредности, са светом психичких појава, итд., али је сматрао да те везе нису истраживачки предмет теорије права, већ других дисциплина. Што се могло постићи употребом аналитичког метода, Келзен је постигао. У том погледу, питање је да ли се даље може уопште ићи. Оно што је себи одредио као истраживачки предмет, као и задатке које треба да уради на том предмету, методом анализе, а то је да издвоји оно што је специфично правно и да то објасни, урадио је на најбоље могући начин. Он је попут “технолога”, специфичним “технолошким” методом екстраховао из “руде”, оно што је специфично правно, а то је правно требање, препустивши осталима: социолозима, психолозима, филозофима и другима остало, што припада свету бивства или метафизичком и етичком свету. То је урадио са неупоредивом снагом једног, готово, генијалног мислиоца. У том погледу, он је далеко превазишао своје претходнике, Остина, у Енглеској и Паула Лабанда (Paul Laband) и Јелинека (Georg Jellinek) у Немачкој. Та надмоћ Келзенова огледа се посебно у пропитивању права као идеалне појаве, његовог постојања као нематеријалног бића, тј. као духовног (интелигибилног) бића, чије се постојање испољава у важењу, а посебно у аналитичко-логичким извођењима.

Келзен је извршио велики утицај и на нашу правну мисао. Од великих наших правних писаца под његовим утицајем су стварали посебно Слободан Јовановић, али и Ђорђе Тасић и Радомир Лукић. О његовом делу написане су и три докторске дисертације. Прва је, по реду, Тадићева, и најбоља, *Филозофске основе правне теорије Ханса Келзена. Прилог критици “чисте теорије права”* (1962. год.). Потом Грехова, *Маркс и Келзен. Критичка анализа Келзенове критике научне основаности Марксовог схватања друштва, државе и права* (1979. год.). Најзад, Снежана Савић, *Појам права као нормативног поретка. Прилог критици Келзенове нормативне доктрине* (1995. год.). Љубомир Тадић и Здравко Грехо, у својим дисертацијама, оспоравају Келзена с марксистичког становишта. Њихове критике нису иманентне (са становишта Келзенове доктрине), већ трансцендентне (са

становишта друге, марксистичке доктрине). Снежана Савић је писала са доста симпатија о Келзену, местимице са јаком аргументацијом, а каткад непродубљено, дижући га у небеса, вероватно под Лукићевим¹ утицајем.

Можда је још већи Келзенов утицај на европску правну мисао. О Келзеновом делу написан је огроман број радова. Неке радове ћу да поменем. Кауфман (Felix Kaufmann) је писао о логици и правној науци у чистој теорији права (*Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines System der reinen Rechtslehre*, 1922. год.), док је Јегер (Francis Jaeger) проблематизовао Келзенову доктрину суверенитета (*Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen. Exposé et critique*, 1932. год.). Тревес (Renato Treves) је објавио озбиљно дело о Келзену, о филозофском основу Келзенове чисте теорије права (*Flondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, 1934. год.). Ман (Ernst Man) је пришао Келзеновом делу са становишта међународног права, уставног права, и теорије права у својој докторској дисертацији *Бечка школа и развој људских права (L'Ecole de Vienne et le développement du droit des gens*, 1938. год.). После Другог светског рата, у бившим социјалистичким земљама, Пољској, Совјетском Савезу и Бугарској објављена су, са становишта марксистичког, критички интонирана дела о Келзеновој чистој теорији права. Вроблевски (Jerzy Wroblewski) је објавио књигу *Критика нормативистичке теорије права и државе Ханса Келзена (Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena*, 1955. год.), Туманов *Критику савремене буржоаске теорије права (Критика современной буржуазной теории права*, 1957. год.), а Попов, опсежну књигу *Критика савременог буржоаског правног нормативизма (Критика на современния буржоазен правен нормативизм)*, 1964. Келзенов научни опус је огроман. Међутим, са становишта представљања његовог модела аналитичке теорије права битне су три књиге: *Темељни проблеми државноправне науке (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911. год.). *Чиста теорија права (Reine Rechtslehre*, 1934. год.) и *Општа теорија права и државе (General Theorie of Law and State*, 1945. год.), особито ова последња, иначе све три преведене и на српски језик², поред и неких других значајних Келзенових дела, као што је, на пример, *Шта је правда*³.

¹ В. др Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права I Филозофија II Филозофија права, Сабрана дела*, Четврти том Београд, Завод за уџбенике и наставна средства, БИГЗ, 1995, с. 365-366. "Можда се може рећи да је Келзен сувише дубок, у извесној мери претерано префињен и обдарен дух, који види много више него остали и да као такав изазива саблазан и нагонско опирање осталих, који не могу да га прате вијугавим и вратоломним стазама његове мисли и то утолико више уколико изгледа да је та мисао у основи тачна, и да ју је тешко побијати. Јер, у ствари, изгледа да нико (укључујући ту и писца ових редака кад је био млад) није довољно разумео Келзена, није сишао у дубину његове мисли да би га могао успешно и засновано критиковати. Сви су остали на површини и њихова критика је била критика глувих, који се не разумеју – они су га критиковали за нешто што он никад није ни помислио да тврди, за тврдње које је он, чак, изрично и одбацио тврдећи изричито и речито супротно". "Невоља Келзена с правницима потиче из чињенице да је он био за неколико копаља изнад њих – он је био филозоф – правник, а они, нажалост, само правници. Он је хтео да их подигне на висину филозофије, али они нису били способни за то".

² В. Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права* (развијени из учења о правном пропису), превео Данило Н. Баста, разговор Стеван К. Врачар, Београд-Подгорица, Службени лист СРЈ – ЦИД, 2001; Ханс Келзен, *Чиста теорија права*. Увод у проблематику правне науке, превео Данило Н.

Келзен је неупоредиво утицајнији мислилац од нашег Томе Живановића, вероватно и због тога што је радио у великим светским центрима, у Европи и Сједињеним Америчким Државама и што је све своје радове објављивао на великим светским језицима, пре свега на немачком и енглеском језику. Мада су и главни радови Томе Живановића преведени на француски језик ипак је он некако остао недовољно познат у Европи и свету а, нажалост, и у нашој земљи, и ако по својим духовним донетима можда није испод Келзена.

Са непуних тридесет година Келзен је објавио своје *Главне проблеме државног права*. Ту је изложио своје основне идеје, па и основе своје чисте теорије права. У другим својим радовима, касније објављеним, углавном је само разрађивао своје мисли, изнете у наведеној књизи, која је по свом карактеру, програмска. У том погледу с њим је сличан наш Тома Живановић, који је идеје, изнете у својој програмској књизи *Науци о синтетичкој правној филозофији* (1921. год.), деценијама разрађивао, не одступајући од њих. У том погледу, Живановић је доследнији од Келзена.

Да би се схватио модел аналитичке теорије права Ханса Келзена, можда је најбоље да се, прво, изврши увид у његове исказе садржане у предговорима његових *Главних проблема државног права* (од 1911. и 1923. год.). Келзен каже да је његова “мисао – водиља” била да “*правни пропис*” (буде) сазнат као централни појам правне конструкције” и то на основу “ревизије методолошких основа”⁴.

Овим је Келзен директно указао на два главна питања своје теорије права, питање њеног објекта и питање метода. При том је посебно истакао да “рад има поглавито методолошки карактер” и да се “принцип метода (...) понекад у тој мери ставља у први план да се приказивање и решавање проблема теорије државног права, који се јављају у оквирима повучених граница, не дешава толико зарад њих самих, колико, напротив, зарад очигледне егземплификације методолошких принципа, који су спознати као исправни”⁵. За Келзена је, очито, по његовом властитом казивању, проблем метода главни проблем, посебно кад се имају у виду “гранична подручја” оних наука и дисциплина које се с теоријом права додирују, а то су пре свега социологија права и филозофија права. Да се (о)лако напушта терен теорије права, као опште правне науке, и улази у друге дисциплине, као што су онтологија права, антропологија права, социологија права, априористичка феноменолошка филозофија права, критика права, итд., чак и “Школа економске анализе права” (за коју се каже да је “модерна правно-теоријска концепција и оријентација”), што је довело до превеликог разводњавања теорије права, као опште правне науке, нека као илустрација послужи и недавно публикована књига *Теорија права I*⁶.

Баста, Београд, Издавачки центар Правног факултета, 1998; Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе. О границама између правничке и социолошке методе*, Београд, Издавачки центар Правног факултета, 1998.

³ В. Ханс Келзен, *Шта је правда*, Четири огледа, превели Данило Н. Баста и Коста Чавошки, поговор Данило Н. Баста, Београд, Филип Вишњић, 1998.

⁴ В. Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права* (развијени из учења о правном пропису), с. 5.

⁵ Исто, с. 5-6.

⁶ В. Радивој Степанов-Гордана Вукадиновић, *Теорија права I*, Петроварадин, Футура, 2001.

Келзен, потом, објашњава појаву методолошког синкретизма у правним наукама. У правним наукама, каже Келзен, “на сваком кораку (се) наилази на таква гранична подручја, пошто јој њен предмет: друштвена појава право, припада само једном једином страном, а великим делом, можда чак највећим, подређен је начину разматрања других наука, као што су социологија или психологија”⁷.

Како Келзен схвата метод, посебно правни метод? Да ли му је он средство објашњења права или начин да прецизира свој истраживачки предмет? Келзен жели да истакне само своје “полазиште”, јер је “реч о принципијелним претпоставкама које, у суштини, имају корен у погледу на свет, па су због тога субјективне и о њима се не може дискутовати”⁸. Он под методом уопште, очито је, подразумева теоријски метод, као скуп знања о природи и духу, а под правним методом, теоријски метод, као скуп сопствених знања о праву као духовној појави. Наравно, ово значење метода, не треба мешати са аналитичким методом, којим се Келзен служио у изградњи своје теорије права. Како ће бити показано, Келзен се у структуралној анализи позитивног права (као истраживачког предмета), готово искључиво користио анализом, као логичким методом.

Келзен принципијелно разликује бивствовање и требање, садржину и форму. Ови се појмови, сматра Келзен, међусобно искључују. Не могу се повезати у неко више јединство. Јер, како каже Келзен, постоји неподношљив расцеп “између Ја и света, душе и тела, субјекта и објекта, форме и садржине”⁹. Из разлика бивства и требања, проистичу и принципијелне разлике између експликативних дисциплина, које каузално објашњавају свет бивства, помоћу природних закона, и нормативних дисциплина “које су окренуте свету требања и нормама”. Наравно, под нормативном науком Келзен не подразумева науку која прописује норме, за понашање људи, “у смислу власти која ствара право”. Због тога је израз “нормативна наука”, каже Келзен, “проблематичан термин”. Тим изразом се, ипак, користи зато што су те дисциплине окренуте свету норми позитивног права, њиховом особеном схватању. Зато правна историја није нормативна наука, већ грана историјских наука. Она право (историјско) а не позитивно право, изучава на каузалан начин као што то раде и природне науке, па између ње и, на пример, догматске јуриспруденције, “не постоји никаква веза”, заправо, постоји само “спољашња” веза. Да би се издвојили основни правни појмови мора се одбацити све што је експликативно. Довољан је и једино дозвољен нормативан приступ. На сличан начин Келзен фиксира граничне линије и према социологији права и према психологији права. Кад поглед није усмерен само на свет требања, онда су могуће и “необичне грдобе сада толико омиљене ‘психолошке’ јуриспруденције”¹⁰. Келзен препоручује сваком теоретичару права “најдалекосежније самоограничење” да би избегао у свом систему појмова, унутрашње противуречности, како би створио “логички одрживе основне појмове”¹¹. Свет

⁷ В. Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права* (развијени из учења о правном пропису), с. 6.

⁸ Исто, с. 7.

⁹ Исто, с. 7.

¹⁰ Исто, с. 8.

¹¹ Исто, с. 9.

бивствовања и требања не могу се повезати појмовима. Посао је социолога права и психолога права да објасне (каузално) “стварно збивање, делање људи”, а посао теоретичара права “да схвати правне норме”¹².

Келзен прави још једно претходно, методско, ограничење. Он хоће теорију права, као чисто формалну науку, потпуно ослобођену садржине. Подвргава критици оне теорије права у којима се основни правни појмови одређују формално и материјално. Свет права је идеални свет, а не реалан. За идеалан свет је примерена само “формална спекулација”.

Што се тиче филозофије права, Келзен сматра да она треба да буде (а још није) спона “између малог света правне науке и великог света једног универзалног филозофског система”¹³.

У предговору својих *Главних проблема теорије државног права* (II издање, 1923. год.), Келзен износи још неколико изузетно важних напомена. Он, прво, појашњава сврху свога првенца, а у ствари капиталног дела, а то је “Чиста теорија права као теорија позитивног права”, или другим речима, “самосталност права као предмета научног сазнања”¹⁴. Прво, су постављене граничне линије како према социологији права, тако и према филозофији природног права. То значи да правна наука може да ствара своја сазнања у виду појмова и судова “само од материјала позитивног права”. Тиме се чува самосталност правних наука и теорије права као опште правне науке од њиховог разводњавања у некаквој социолошкој или филозофској општој теорији права¹⁵. Потом, Келзен са свом снагом указује на кључни значај категорије требања, пошто је она, како каже Келзен, “израз за властиту законитост права коју треба да одреди правна наука”¹⁶. При том се Келзен ослањао, како сам каже, на Винделбандову и Зимлову интерпретацију Канта. Овим се показује директна и одлучујућа веза Келзена с неокантовском филозофијом.

Правна наука се, поред појмова, састоји из “правних ставова” (у логичком смислу судова). Они су својеврсни правни закони (научни правни закони) у којима се “манифестује специфична законитост права”, а то је, како је речено, требање¹⁷. У

¹² Исто, с. 9.” Иначе се излаже опасности да падне у исту грешку која се може пребацити теоретичарима природног права који умишљају да један социолошки проблем могу да реше правном конструкцијом када на питање: како је настала држава?, дају одговор: путем уговора. Спајање начина разматрања који се међусобно искључују нужно води ка *фикцији*, тврђењу једне реалности у свесној супротности са стварношћу.

¹³ Исто, с. 11.

¹⁴ Исто, с. 13.

¹⁵ Исто, с. 14.

¹⁶ Келзену, наравно, не пада на памет да “забрањује” правнику да се бави социолошким и другим истраживањима. Он само каже да су таква истраживања по својој природи експликативна и да им није место у правној науци. “Разуме се само по себи да је формално, строго нормативно гледиште правника једнострано и да нипошто није у стању да схвати целокупну правну појаву. Не треба рећи да правник не сме да предузима и социолошка, психолошка, да не сме да предузима, рецимо, историјска истраживања. Напротив! Она су потребна; само правник вазда мора остати свестан да он као социолог, психолог или историчар иде сасвим другчијим путем од онога који га води ка његовим специфично правним сазнањима, резултате свога експликативног разматрања он никада не сме да преузме у своје нормативне појмовне конструкције” (в. Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права*, с. 61).

¹⁷ Исто, с. 14.

правном ставу (научном правном закону), као и у суду природног закона, “за одређени услов (се) везује одређена последица”, само без “каузалног нексуса”, али са “не мањом строгошћу требања”¹⁸. Овде Келзен мисли на повезивање деликта са санкцијом који је нужно повезан, као што су нужно повезани услов и последица у сфери природе. Келзен неће да каже да је и ово експликативно објашњење правне норме, пошто израз “експликативан” користи у ужем значењу, у значењу каузалног објашњења. Битно је, међутим, да правни став (научни правни закон) има исти степен важења као и суд природног закона. Језичко је питање, а не суштинско да ли ће се реч “експликативан” користити у ужем (уобичајеном) или ширем значењу. Тамо се ради о природној, а овде о логичкој законитости (јер између духовних бића /деликта и санкције, као састојака правне норме/ није могућа каузална законитост), али са истим степеном важења. Правни став (научни правни закон) је, у логичком смислу, хипотетички суд, исто тако објективан, као што је објективан и суд природног закона. Овим Келзен утемељује правну науку, као науку, одбацујући став о правној норми као императиву (као нечему субјективном). У вези са специфичном законитошћу права, Келзен уводи у поље анализе и урачунавање “као везу која постоји између елемената обухваћених у правном ставу, ону везу која се граматички успоставља помоћу ‘треба’”¹⁹.

Да би сачувао јединствен систем права, Келзен укида дуализам објективног и субјективног права, свођењем “субјективног права на објективно”, као и дуализам јавног и приватног права и дуализам државе и права. Он сматра да “државна природа права и правна природа државе не значе материјално ништа различито; то су само две стране *једне* медаље”²⁰. Исто тако, Келзен сматра, с правног становишта, “између такозваних ‘физичких’ и такозваних правних лица не може постојати никаква разлика” и да могу “постојати само *правна* лица и да особито држава као правно лице мора бити исто што и сва друга правна лица”²¹.

Као главну промену у својој Чистој теорији права, Келзен наводи динамичко схватање поретка правних норми, које је произашло из Меркелове²² теорије ступњевања. Ту теорију ступњевања Келзен је, како сам каже, “преузео у систем чисте теорије права као (њен) суштински саставни део”. Тако су поред општих правних норми, супротно традиционалном схватању, у састав ушле и појединачне правне норме. Да би се успоставило јединство система општих и појединачних правних норми, наметала се потреба, да се “прва правна норма” на нечему заснује, а то је Келзенова “основна норма (...) као врховно правило стварања за прописивање дру-

¹⁸ Исто, с. 14.

¹⁹ Исто, с. 16.

²⁰ Исто, с. 22.

²¹ Исто, с. 23.

²² Исто, с. 21.” Заслуга да је правни поредак спознао и приказао као *генетички* систем правних норми, које у ступњевитој конкретизацији напредују од устава преко закона и уредбе и осталих међуступњева до појединачних правних аката извршавања, припада Адолфу Мерклу. Он је у низу радова (...) ту теорију *ступњевитости права* као теорију *правне динамике*, енергично изложио против предрасуде о праву садржаном једино у општем закону, које се *Главни проблеми* још држе, и *релативисао* – до апсолута укрућену – супротност између закона и извршења, стварања права и примене права, опште и појединачне, апстрактне и конкретне норме”.

гих правних норми, правило које заснива јединство целокупног система, али да се она сама мора *претпоставити*, а не узети као *прописана* сходно правној норми”²³. Ова основна норма (пранорма) се показује, у логичком смислу, као основ важења система норми позитивног права.

Од изузетног значаја је и Келзенов предговор његовој књизи *Општа теорија права и државе*, која обухвата не само проблеме “грађанског континенталног права”, какав је случај био са *Чистом теоријом права* (*Reine Rechtslehre* из 1934. год.), већ и “проблеме и установе енглеског и америчког права”²⁴. Келзен каже да је то општа теорија позитивног права “изашла из упоредне анализе различитих правних поредака”²⁵. Тек овде Келзен, по први пут, користи реч и појам анализа (каже упоредна анализа пошто ствара општу, а не националну теорију права), у смислу метода конструкције (изградње) своје теорије права. Њен је циљ изградња основних правних појмова и то “искључиво из садржине позитивноправних норми”. Појашњавајући природу овог аналитичког поступка, Келзен каже да је његова теорија права “управљена (...) на структуралну анализу позитивног права”²⁶. Да не би било никакве двојбе, Келзен истиче да су оријентације његове Чисте теорије права и Остинове аналитичке јуриспруденције “у начелу” истоветне и да он хоће “да дође до резултата искључиво анализом позитивног права”, додајући да се “чистоћа њеног метода постиже (...) само свођењем јуриспруденције на структуралну анализу позитивног права”²⁷.

Сада као предмет теорије права (“главни предмет” како он каже), одређује правне норме, њихове елементе, њихово тумачење, правни поредак као целину, његову структуру, однос између различитих правних поредака и јединство права у мноштву позитивних правних поредака²⁸. То је оно исто, раније, одређење да је то позитивно право уопште само сада рашчлањено на више својих саставних момената, али и посматрано као целина у односу према другим таквим целинама, али и као момент универзалног система позитивног права (јединство међународног права и позитивног права свих држава).

Келзенова Чиста теорија права се превасходно појављује као систем основних правних појмова, при чему је појам права притежалац осталих основних правних појмова. Он одређује право као принудни систем важећих норми о људском понашању, као “специфичну друштвену технику принудног поретка”²⁹. Овим се право, као нормативни систем, јасно разликује од других, по неким елементима сличних, нормативних система, какав је, на пример, морал. Поред тога, оваквом еластичном дефиницијом права, обухваћена су не само позитивна права појединих држава, већ

²³ Исто, с. 20.

²⁴ В. Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе. О границама између правничке и социолошке методе*, с. 47.

²⁵ Исто, с. 47.

²⁶ Исто, с. 48.

²⁷ Исто, с. 49.

²⁸ Исто, с. 47.

²⁹ Исто, с. 55, 71, 72, 89.

и међународно право. Јер, и оно је принудни систем важећих норми о понашању држава (а посредно, људи).

За Келзенову теорију права од необичног значаја је принцип важења. Важење је, уосталом, један од кључних момената и у дефиницији права. Под важењем Келзен подразумева “специфично постојање норме. Рећи да норма важи, то значи да ми сматрамо да она постоји или, (...) да сматрамо да има 'обавезну снагу' за оне чије понашање регулише”³⁰. При том, ефикасност се јавља као “услов важења; услов, а не разлог важења”³¹.

Генеричко обележје у дефиницији права је правна норма. Под њом Келзен подразумева норму која “прописује одређен принудан акт, тј. санкцију”³², а никакав императив или заповест. При том је “одређена санкција учињена зависном од извесних услова, чија се зависност изражава појмом 'треба'”³³. Уз то, правна норма се појављује и као критеријум за оцењивање “у смислу да сачињава основу за специфичан суд о вредности који квалификује понашање органа или субјекта као сагласно праву (законито, правно) или противправно (незаконито, криво)”³⁴.

Тако се показује да је појам правне норме “централни (...) појам правне науке”³⁵. Остали основни правни појмови су само елементи правне норме, те тако подређени појму правна норма. Основни правни појмови које Келзен аналитичким путем открива у правној норми су: санкција, деликт, правна обавеза, и у вези с њом правна одговорност, субјективно право, надлежност, урачунавање и правни субјект. Кад се њима дода још и појам право, има укупно девет основних правних појмова, као и код Живановића. Шест основних појмова, и код Келзана и код Живановића, су исти и по називу: појам право, субјективно право, правна обавеза, правни субјект (с тим што Живановић појам правног субјекта раздваја у два одвојена основна правна појма: субјект права и субјект неправа), деликт и санкција. Живановић издваја још и радњу (функцију) и колизију права, а Келзен правну одговорност, надлежност и урачунавање. Наоко супротним методама, анализом односно синтезом, дошли су до, у претежном свом делу, истоветних резултата.

Келзеново динамичко схватање права надмоћно је Живановићевом синтетичком схватању права. Док је Живановић право одредио (у екстензивном смислу), као скуп општих правних норми, Келзен, прихватајући Меркелову теорију ступњевања, одређује право као скуп и општих и појединачних норми, које у свом јединству сачињавају правни поредак. При том, сви правни акти, као облици права, садржаоци правних норми, су и акти стварања и акти примене права. Такви су и појединачни правни акти, какав је, рецимо, судски акт. На тај начин и судија својим

³⁰ Исто, с. 83.” Важење права значи да су правне норме обавезне, да људи треба да се понашају онако како прописују правне норме, да људи треба да се покорављају правним нормама и да их примењују” (с. 92). При том, важење права” је квалитет права”, док је ефикасност права” квалитет стварног понашања људи”.

³¹ Исто, с. 94.

³² Исто, с. 97.

³³ Исто, с. 97.

³⁴ Исто, с. 100.

³⁵ Исто, с. 103.

актом (судским) не само да примењује право (закон, на пример), већ га и нужно ствара.

Келзенова основна норма је основ важења правног поретка. Она обезбеђује његово јединство. Келзен каже: “Норму чије се важење не може извести из неке више норме ми називамо 'основном' нормом. Све норме чије се важење може везати за једну исту основну норму чине један систем норми или један поредак”³⁶. Појашњавајући карактер основне норме он додаје: “Основ важења норме јесте једна претпоставка, једна норма за коју се претпоставља да је крајње важећа тј. да је основна норма”³⁷, она је “само нужна претпоставка сваке позитивистичке интерпретације правног материјала”³⁸. Основна норма није, дакле, позитивноправна норма. Њу не ствара држава. Ипак, она “важи зато што без те претпоставке ниједан људски акт не може да се схвати као правни акт, а посебице – као акт којим се ствара право”³⁹.

Постулат Келзенове теорије права је јединство позитивног права појединих држава и међународног права. При том, права појединих држава су нижи пореци који своје важење изводе из међународног права, као вишег поретка⁴⁰. Келзен сматра да је основна норма међународног права, “норма која обичај конституисан узајамним понашањем држава успоставља као чињенично стање које ствара право”⁴¹. На тај начин, како каже Келзен, “основна норма вишег поретка – као највишег ступња целокупног поретка – представља врховни основ важења свих норми, па и норми нижих поредака”⁴².

Да се Келзен користио преваходно аналитичким поступком у стварању своје теорије права, показао сам. У вези с тим, међутим, поставља се ипак једно питање. Којој врсти анализе припада Келзенов поступак? У својим *Основима логики*, Петронијевић под анализом подразумева “или *објективним* процес растављања једне ствари или једне појаве у њихове саставне делове, или *субјективни* процес којим репродукујемо у представама објективни аналитички процес, односно којим у представама вршимо издвајање делова из целине”⁴³. Он додаје да се под анализом као логичким методом, углавном, подразумева “субјективни психички процес којим се представа целине раставља у представе делова, да би се дошло до сазнања објекта замишљених у представама”⁴⁴. Ако се анализа схвати као субјективни процес, могуће су четири њене врсте: 1. дескриптивна анализа 2. експликативна анализа 3. репродуктивна анализа 4. продуктивна анализа. Под дескриптивном анализом се

³⁶ Исто, с. 168.

³⁷ Исто, с. 168.

³⁸ Исто, с. 173.

³⁹ Исто, с. 173.

⁴⁰ Исто, с. 437. “Нижи поредак има своју релативну основну норму, а то значи основ који одређује његово стварање у вишем поретку”.

⁴¹ В. Ханс Келзен, *Чиста теорија права*. Увод у проблематику правне науке, превео Данило Н. Баста, Београд, Центар за публикације Правног факултета, 1998, с. 84.

⁴² Исто, с. 89.

⁴³ В. др Бранислав Петронијевић, *Основи логики*. Формална логика и општа методологија, Београд, Штампарија «Давидовић», Павловића и друга, 1990, с. (Репринт издање из 1932.), с. 171.

⁴⁴ Исто, с. 171.

подразумева “констатовање и набрајање саставних делова једне целине, која је растављена у делове анализом као објективним процесом”⁴⁵. Потом, под њом се подразумева и “набрајање релација сличности и различитости (квалитативне и квантитативне) које међу тим деловима постоје”⁴⁶. Експликативном анализом, као вишим ступњем од дескриптивне анализе, се “констатују релације *зависности* које постоје међу деловима једне целине”⁴⁷. Експликативна анализа може бити каузална (“односи /се/ на целине чији су делови *сукцесивно* дати тако да претходни делови условљавају оне које за њима следе, и састоји се у констатовању ових сукцесивних *каузалних веза*”) и функционална (“односи /се/ на целине чији су делови *истовремено* дати и састоји се у констатовању *функционалних веза* /веза истовремене зависности/ које међу тим деловима постоје”)⁴⁸. Најзад, репродуктивна анализа се “састоји у простој репродукцији анализе као објективног процеса, анализа постаје *продуктивном* ако се њоме *изолирају* поједини делови једне анализиране целине који се објективном анализом не могу одвојити један од другог”⁴⁹.

Ван сваке је сумње да је Келзен своју теорију права градио експликативном функционалном анализом. Основни правни појмови садржани у правној норми, издвојени су анализом, њих осам, а потом су констатоване функционалне везе (везе истовремене зависности) како између појединих основних правних појмова, тако и са целином правне норме, и шире, права као принудног система важећих норми. Таква је, на пример, функционална веза између санкције (као правне последице) и деликта (као услова), између правне обавезе и правне одговорности, између правне обавезе и субјективног права, између правног субјекта и субјективних права и правних обавеза итд. Уз анализу, Келзен се служио и синтезом, као логичким методом, али секундарно. Из анализом растављених делова, он конструише појам права као принудног система важећих норми и прати ток самостварања права (кад се право динамички схвати). Показује се, као и код Живановића, да се Келзен, у ствари, користио аналитичко-синтетичким методом. С тим што је код Живановића акценат стављен на синтетички, а код Келзена на аналитички метод.

3. Оцена аналитичког модела

Аналитички модел теорије права, особито у Келзеновој варијанти, потврдио је достојанство теорије права, као опште *правне* науке. Издавањем из целине права, као социјалног феномена, његове идеалне, духовне стране, као истраживачког предмета правних наука, оне су на прецизан начин разграничене од наука о праву: историје права, социологије права, психологије права, као и од филозофије права. То је епохалан допринос Келзенове чисте теорије права. Поред тога, аналитичким методом издвојени су и неки основни правни појмови, непознати синтетичким тео-

⁴⁵ Исто, с. 172.

⁴⁶ Исто, с. 172.

⁴⁷ Исто, с. 172.

⁴⁸ Исто, с. 172.

⁴⁹ Исто, с. 173.

ријама права, као што је појам урачунавања. У епохалне Келзенове доприносе свакако треба убрајати његово схватање важења правних норми и схватање правних норми као депсихоложираних заповести, као и његово (од Меркела преузето, али са оригиналном Келзеновом интерпретациом) динамичко схватање права, као процеса самостварања права, процеса у којем је сваки правни акт (изузев акта извршења) у исто време и акт стварања и акт примене права. Тиме је превладано традиционално учење по којем у састав права улазе само опште, а не и појединачне правне норме. Келзен је поред низа других ствари, на нов начин осветлио и појам деликта, као специфичног услова права и тако деликт схватио, супротно традиционалном схватању које га схвата као неправо, као право⁵⁰. Особено је, и у основи тачно, Келзеново гледиште да су субјективно право и правна обавеза састојци правне норме. Од апстрактних субјективних права и правних обавеза (уставних, законских, подзаконских), путем конкретизације појединачним правним актима (правним послом, управним актом и судским актом) постају субјективна права и правне обавезе у ужем (специфичном) смислу речи. Уместо етатистичке дефиниције права, која право своди на систем државних норми, Келзен даје ширу дефиницију (право као принудан поредак важећих норми, у којој има места и за међународно право).

У сваком случају може се констатовати, да су два наведена, владајућа, модела теорије права, аналитички и синтетички, у много чему дошли до истих или сличних резултата. Та два модела, по својим приносима, се неискључују, већ се складно допуњују. Захваљујући њиховом постојању и њиховим епохалним резултатима, данас је већ могуће да се приступи конструкцији и трећег, аксиоматског модела теорије права. Тек тада ће теорија права, аксиоматски створена и изложена, постати наука у правом смислу речи, попут геометрије, аритметике и појединих грана физике.

⁵⁰ В. Ханс Келзен, *Чиста теорија права*. Увод у проблематику правне науке, с. 25." (...) неправо постаје од негације права, која се таквом чини са правнополитичког становишта, специфичан услов права и тек тако могући предмет правног сазнања. Ово може и неправо да појми само као право. Појам неправа напушта свој екстрасистемски положај, у којем га може држати само једна преднаучна наивна јуриспруденција, и заузима интрасистемску позицију" (с. 25).

Milijan Popović, Ph. D.

Full Professor of the School of Law in Novi Sad

MODEL OF THE ANALITICAL THEORY OF LAW

Abstract

John Austin set foundations of the general theory of law by creating analytical theory of law in England during 30-ties of the 19th century.

Kelsen's contribution was that the analytical theory of law attained almost perfect logical structure.

Analytical theory of law puts forward the concept that general theory of law is a legal science and method of structural analysis as the principal method for analyzing and creating general law theory. Kelsen's methodology of structural analysis belongs to explicative functional analysis which is on the higher level than pure descriptive analysis.

Importance of analytical theory of law, and Kelsen himself, is immense. Kelsen was very precise in delimiting theory of law as a general legal science from other sciences and legal disciplines: sociology of law, history of law, psychology of law, and philosophy of law. Besides, analytical model detected few legal terms which stayed unknown for synthetic theories of law, such as computing. Also, Kelsen has his own concept of validity of legal norms and he finds that legal norms are commands regardless of its psychological content. It is worth mentioning his dynamic system of law according to which the law is a self-creative as every legal act (excluding enforcement) is both an act of creation and application.

Др Обрад Перић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОЛОЖАЈ МАЛОЛЕТНИКА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СА СТАНОВИШТА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

***Сажетак:** У раду се, најпре, разматра развој људских права, а у том контексту и права затвореника. Код ове категорије, тек стварањем УН устанављају се општи стандарди права. Аутор потом разматра настанак и развој посебног кривичноправног положаја малолетника, код кога је могућно да се уоче његова два модела. Даљим променама, а истовремено и успостављању одређених стандарда права ове старосне категорије умногоме је допринело доношење – током 90-тих година века који је иза нас – неколико докумената од стране УН, којима су, што се тиче стандарда, обухваћене неке компоненте статуса ове категорије учинилаца. После њихове анализе аутор испитује југословенски систем и констатује да највећа подударност у прихватању стандарда постоји у области извршења кривичних санкција. Разматрања аутора се на крају свде на закључак да би најбоље решење било да се све одредбе о малолетницима издвоје из општег законодавства у посебан правни акт којим би се у целини регулисао кривичноправни положај малолетника. То би, истовремено, била прилика да се у тај акт уграде најзначајнија решења из међународних докумената о правима малолетника.*

Кључне речи: кривично право, малолетници, кривичне санкције, извршење кривичних санкција, међународни документи.

I

1. О људским правима, а у том контексту и о правима затвореника, из различитих разлога доста се говори. Ограничавајући се овом приликом само на права пунолетних лица лишених слободе, треба нагласити да то и није толико нов проблем¹, јер се по завршетку Другог светског рата, упоредо са истицањем једне нове области – пенитенцијарног права, говори о “праву осуђених”. Ово је у првом реду било карактеристично за нордијске земље у којима су таква права посебно наглашена². Код тог проблема, као и у многим другим случајевима, одлучујућу улогу имале су Уједињене нације. Наиме, поред универзалних права којима се штити човек и његово људско достојанство, која на одговарајући начин долазе до изражаја и према осуђеним као и неким другим лицима којима је слобода одузета или ограничена, установљавају се и општи стандарди права затвореника³. Нешто касније, чему је посебно допринео VII конгрес УН за спречавање злочина и поступање са преступницима, уочава се још једна специфична група права затвореника, која се односе на ближе одређене категорије те скупине⁴. Човечанство, дакле, одавно није равнодушно како се извршавају казне, а потом и друге мере које подразумевају лишење слободе.

Разлог зашто се то предузима према лицима лишеним слободе доста је једноставан. Доласком у установу такво лице не губи сва права која је до тада имало већ се само, одлуком надлежног органа, за извесно време лишава неких права, међу којима је, неспорно, слобода кретања, док му се већина других права не ускраћује⁵. Управо због тога што се код ових лица погађа једно од најосновнијих права – право на слободу кретања, потребно је да постоје гаранције у којој мери се може одступити од тог изузетно значајног права којим располаже људска јединка⁶. Разумљиво је стога што су многа питања у вези са тим проблемом обухваћена низом докумената међународног карактера. Индивидуа је сада, укључујући и категорије о којима је било речи, у улози субјекта права која произлазе из међународног права⁷.

¹ Проблемима стандарда у заштити људских права осуђених (пунолетних) лица својевремено се бавила Међународна комисија за кривично право и казнене заводе (основана 1872. године), која је 1929. године редиговала *Скуп правила о поступању са затвореницима*. Ова правила је неколико година касније одобрило Друштво народа резолуцијом од 26. септембра 1934. Међутим, рад на правилима, односно стандардима и за друге категорије лица лишених слободе интензивно је настављен тек много година касније. – Уп. : М. Милутиновић, *Пенологија*, Београд 1985, стр. 38-39.

² Уп. : *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale* (sous la direction de M. Ancel et avec le concours de Ph. Schemithé), La Documentation française, Paris 1981, p. 29.

³ Најпознатији међународни документ ове врсте је *Скуп минималних правила о поступању са затвореницима* (*Standard Minimum Rules of the Treatment of Prisoners*), усвојен на I конгресу УН за сузбијање злочина и поступање са преступницима, одржаном у Женеви 1955.

⁴ З. П. Шепаровић, *Међународни стандарди људских права затвореника*, Пенолошке теме, 1-2/1986, стр. 1.

⁵ *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, op. cit., p. 29

⁶ З. П. Шепаровић, op. cit., стр. 3.

⁷ А. Yotopoulos-Marangopoulos, *Introduction au cours "La peine privative de liberté selon l'optique des droits de l'Homme"*, 42e Cours International de Criminologie, Athènes 1991, p. 28.

Покушај да се наброје права која затвореници уживају неминовно крије опасност да се остане непотпун. И поред тога, неће се погрешити ако се истакне да је међу најважнијим право на живот и физички интегритет. То даље искључује примену тортуре, сурових казни и сличних мера. Поред тога, лица лишена слободе имају право на друштвени интегритет, право на рад, информисање, очување достojанства, право да буду третирани с поштовањем које припада људском бићу⁸.

2. Малолетни учиниоци кривичних дела одавно су категорија за себе, која у односу на пунолетне има посебан кривичноправни положај (статус). Ако се прихвати да кривичноправни положај малолетника подразумева неколико основних елемената, као што су кривична одговорност, надлежни органи, поступак који они примењују, а обухвата и целокупну проблематику санкција, може се тврдити да у периоду који је претходио школама кривичног права ниједно од тих питања није било на целовит начин решено. "Статус" се сводио, најчешће, на блаже кажњавање, односно посебан режим издржавања казне, али не увек и не за сва кривична дела. О другачијем кривичноправном положају малолетника у правом смислу може бити говора од настанка првих школа кривичног права, при чему треба узети у обзир чињеницу да се решења, другачија од оних за пунолетне, ни тада нису односила на све његове елементе. У том погледу може се разликовати неколико посебно значајних развојних етапа⁹. Концепција првих школа (класичне и неокласичне) имала је, на пример, одраза на другачије решење кривичне одговорности која је долазила до изражаја преко разбора (*discernement*) као посебне врсте малолетникове урачунљивости. Друге школе су утицале на преостале компоненте статуса – на појаву посебних судова и органа надлежних за малолетнике, а нарочито на санкције. Тако се, почевши од Ferria, а касније и F. von Liszta, ствара један нови модел кривичноправног положаја малолетника. У периоду који је потом уследио он је само допуњаван и усавршаван.¹⁰

Ипак, за ову област посебно је значајно време по завршетку Другог светског рата карактеристично, између осталог, и по наглом порасту криминалитета малолетника и појави неких његових нових облика. Постало је очигледно да до тада коришћени инструменти нису више у довољној мери могли да буду ефикасни и да одговоре новонасталим условима. Не улазећи подробније у објашњења свих измена у кривичноправном статусу малолетника насталих највећим делом под утицајем једног новог струјања у криминалној политици – покрета нове друштвене одбране, треба само рећи да су оне биле бројне и обухватале су све компоненте. Оно што је основно јесте малолетникова личност, њено стање и потребе. Уједно, на овакав мо-

⁸ Cf. npr. : *Conseil de l'Europe*, Doc. 4594 (16 sept. 1980).

⁹ Тако нпр. D. Kalogeropoulos, наводећи Galtunga (1981), износи да треба разликовати три модела кривичноправног положаја малолетника: "плави модел" који, реагујући на феудално друштво, одговара класичној и неокласичној школи кривичног права; "црвени модел" одговара либералном друштву крајем 18. и почетком 19. века; "зелени модел" почиње с појавом Ferrieve позитивне школе. – D. Kalogeropoulos, *L'ensemble des Règles minima des NU concernant l'administration de la justice des mineurs (ou Règles de Beiging) en contexte de criminologie*, 42e Cours international de criminologie, *op. cit.*, pp. 314-316.

¹⁰ N. Kourakis, *Droits des mineurs et droits de l'homme. Tendances anciennes et actuelles en Grèce et ailleurs*, 42e Cours international de criminologie, *op. cit.*, p. 413.

дел оптимистички је гледано као на право сутрашњице за све учиниоце кривичних дела¹¹.

Међутим, нарочито између 1980. и 1990. године века који је иза нас, претходни модел, дуго изграђиван и усавршаван, не само што се доводи у питање већ се све више и потискује. У режиму малолетника тражено је више јасноће, већа заштита његових права и прибегавање само у изузетним случајевима лишењу слободе, па и тада у што краћем времену¹². У том раздобљу извршене су значајне промене, не само у оквиру система правосуђа, већ и “глобалне друштвене интервенције у односу на малолетнике”¹³. Кретања се уочавају не само на међународном плану, имајући у виду да су малолетници били предмет појачане пажње УН¹⁴ и неких других организација, него и у правним системима већег броја земаља, јер су претходне промене довеле до правог реформаторског покрета који се одразио на доношење новог законодавства или бар на темељите захвате у постојећем. Захваљујући свему томе у садашњем времену изграђује се један нови и у великој мери оригиналан приступ у кривичноправном положају малолетника.

II

1. Уколико се апстрахује првобитни, репресивни модел, може се уочити да је, практично од почетка 20. века, изграђиван а касније у време значајних друштвених промена усавршаван један посебан модел кривичноправног положаја малолетника. То је *Welfare* (заштитнички) модел који се одликује низом карактеристика, које би се, сажето, могле свести на неколико основних: дискрециона овлашћења судије су велика; напуштен је принцип пропорционалности санкција и у сваком погледу примарна је личност малолетника; уместо кажњавања малолетнику се помаже; кривични поступак не одликује формализам, а јавност је рестриктивна. Овом моделу својствено је исто тако да фаворизује неодређеност кривичних санкција, а и критеријуми за кривичну одговорност доста су неодређени. Ипак, упркос свим недостацима, *Welfare* модел био је више или мање заступљен у скоро свим законским текстовима насталим по завршетку Другог светског рата¹⁵.

Изложене карактеристике *Welfare* модела, а нарочито промене прилике које се запажају у западном друштву, мало-помало довеле су до другачијег гледања на проблем малолетника. У не тако давној прошлости уочава се измењен приступ кривичноправном положају малолетника и ове измене се манифестују у облику новог модела који можемо означити као *Justice* (правосудни) модел (извесни аутори га

¹¹ Cf. : M. Ancel, *La Défense sociale nouvelle*, troisième édition revue et augmentée, Cujas, Paris 1981, p. 269.

¹² У том смислу : J. Zermatten, *L'intervention face aux jeunes délinquants, modèle "protection" ou modèle "justice"*, Droit de l'enfance et de la famille, 1/1992, p. 151.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ N. Queloz, *La détention sous l'angle des travaux des Nations Unies pour l'administration de la justice pour mineurs*, Revue pénale suisse, 3/1989, p. 303.

¹⁵ N. Kourakis, *op. cit.*, p. 414.

називају *модел правичности*; тако нпр. Шкулић – Стевановић, *Малолетни делинквенти у Србији*, Југословенски центар за права детета, Београд 1999, стр. 13). Основно у овом моделу је да малолетник и његове потребе нису више оно што је примарно и о чему искључиво треба водити рачуна. Уместо тога, у први план се истиче жртва кривичног дела и интереси самог друштва¹⁶. Поред тога, посебна пажња се придаје “друштвеној одговорности” малолетника, при чему је овај појам доста неодређен и нејасан¹⁷. Затим, траже се и проналазе супститути казнама, као и за кривични поступак, па се, кад год је то могуће, прибегава одвраћању од кривичног поступка (*diversion*). Казне и сваки други институционални третман су последње средство коме се прибегава, а решења се проналазе у алтернативама овим санкцијама. Санкција се изриче у наглашено формалном поступку, а процедурална права малолетника су појачана. Неодређеност санкција, карактеристична за *Welfare* модел одбацује се, па је лишење слободе унапред ограничено у трајању а, с друге стране, настоји се да буде што краће. Коначно, потребно је обештетити како жртву кривичног дела, тако и друштво у коме малолетник живи.

Ипак, ни један ни други модел у чистом облику у новонасталим условима нису погодни за примену. За *Welfare* модел то је на неки начин већ јасно, јер он – како му се приговара – врви од општости, а неодређено трајање мера по правилу дозвољава злоупотребе¹⁸. Али, и *Justice* модел, у својој основној концепцији, поуздано би довео до неокласицизма, пропорционалности казне учињеном делу и, што је веома значајно, занемарио би принцип индивидуализације с обзиром на личност учиниоца и околности кривичног дела. Решење, очигледно, лежи у синтези, у узи-мању у обзир предности једног и другог система, што би имало за резултат један нови, *Welfare-Justice* модел у регулисању кривичноправног положаја малолетника¹⁹.

2. У претходним моделима, посебно у мешовитом, изузетна пажња се придаје санкцијама и слободно се може тврдити да је ова област доживела прави препород²⁰. Међу санкцијама се налазе и оне које подразумевају третман у “отвореној

¹⁶ A. Lahalle, *Les règles internationales et les grands systèmes de droit de mineurs en Europe occidentale (approche comparative)*, CRIV, Vaucresson 1990, p. 28.

¹⁷ Како се сликовито изражава Ch. Lazerges (*Seuil d'âge et responsabilité pénale en Europe*. En hommage à Marc Ancel, Cahiers de Défense sociale 1990/1991, p. 95) скоро свако законодавство говори о одговорности, али ниједно неће да ризикује и одреди њен јасан садржај. Слично је и са појмом “друштвене одговорности” на коме се инсистира у *Justice* моделу, који је крајње неодређен. Тако нпр. према једном објашњењу (*Réactions sociales à la délinquance juvénile*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1989, pp. 28 et 40), појачана “друштвена одговорност” малолетника се своди на то да он положи рачун о својим актима и последицама које они имају по друге (слично објашњење даје и Zermatten, *op. cit.*, p. 157). Ова концепција не значи да малолетника треба третирати на репресиван начин, примењујући исте казне као и за пунолетне, већ пре да треба тражити сарадњу малолетника код мера које се примењују, што је и иначе неопходан услов за успех.

¹⁸ N. Kourakis, *op. cit.*, pp. 415-416.

¹⁹ Вид. нпр. : J. Zermatten (*op. cit.*, p. 155 и сл.), који овај модел дефинише уз помоћ шест принципа.

²⁰ Приказ кретања у области кривичних санкција видети у: *Réactions sociales à la délinquance juvénile*, *op. cit.*, pp. 34-38. – За резултате у примени неких нових санкција и њихову заступљеност у законодавствима појединих земаља видети публикацију: *Nouvelles Tendances dans le Droit pénal des Mineurs*, éditée par F. Dünkel et J. Zermatten, Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., Band 42, Freiburg 1990.

средини”, али и такве које се свode на боравак у некој установи. Разумљиво је стога што је извршење санкција изузетно осетљиво питање о коме се без престанка расправља. Али, и у неким другим приликама малолетник се може наћи у установама које, практично, подразумевају одузимање слободе или бар њено ограничење (нпр. у току кривичног поступка малолетнику се може одредити притвор или применити неке мере издвајања које подразумевају боравак у установи, у појединим земљама које имају јединствен систем заштите малолетника може доћи у обзир институционални третман иако није извршено кривично дело). Коначно, не треба заборавити да се према малолетницима још увек изриче и казна лишења слободе. Све наведене ситуације доводе до одређених проблема, па је зато потребно да се пружи макар минимум гаранција од злоупотреба током кривичног поступка и, касније, у фази третмана, без обзира што се све мере и поступци одликују васпитним карактером.

3. Упркос суштинским променама у кривичноправном статусу малолетника, на међународном плану – све до релативно скоријег периода – као да се није много водило рачуна да те промене треба да прате и одговарајући стандарди којима би се посебно штитила нека елементарна права ове категорије. Наиме, у документима који су се односили на пунолетна лица лишена слободе, само су делимично помињани малолетници²¹. Неки други документи новијег датума су ову могућност чак још више сузили, мада су имали претензије да одразе друштвени развој²². Требало је стога чекати доста дуго како би се, на пример, схватило да је малолетницима током кривичног поступка потребно обезбедити посебна правна правила којима ће се штитити њихова основна права²³. Упркос позитивном помаку у решењу ове проблематике, није се, у исто време, уочило да треба, исто тако, установити и стандарде који би имали у виду лишење слободе малолетника²⁴. Тако се и на примеру заштите основних људских права, кад су у питању малолетници, само понављала историја настанка њиховог посебног кривичноправног положаја који се у националним оквирима, по правилу, формирао унутар општих одредаба намењених пунолетним учиниоцима кривичних дела.

²¹ Нпр. према одредбама *Скупа минималних правила о поступању са затвореницима* допуштена је могућност да само I део Правила може да се примени на установе за малолетнике (члан 5. став 1).

²² Код ове напомене има се у виду *Скуп минималних правила за поступање са затвореницима Савета Европе* из 1973. године, која правила су имала претензију да подвргну преиспитивању она из 1955. године како би "правила живота у затвору пратила еволуцију обичаја" (вид. : *Activité du Conseil de l'Europe, Affaires juridiques*, Strasbourg 1977, p. 47). Међутим, ту се само у једној уопштеној одредби (члан 7. став 1. тачка ц) помиње да млади затвореници треба да буду у условима који их штите од сваког штетног утицаја и треба да имају такав режим који води рачуна о посебним потребама њиховог узраста. – Вид. : Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Rés. (73) 5, *Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus* (adopté par le Comité des Ministres le 20 janv. 1973).

²³ А. Шелих, *Омладина, преступништво и правичност*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3/1988, стр. 223.

²⁴ F. Dünkel, *Zur Entwicklung von Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen zum Schutze inhaftierter Jugendlicher*, ZStW, 2/1988, S. 362 f.

III

1. У позадини ових значајних промена у кривичноправном статусу малолетника стајали су одређени међународни документи, који су посебан акценат стављали на људска права. Полазећи од тога, извесни аутори тврде да се “примећује опадање броја младих затвореника и повећање њихових права”²⁵. Посебно се у периоду између 1985. и 1990. године појавило неколико докумената од међународног значаја којима су обухваћени извесни аспекти малолетничког кривичноправног статуса. Код ових излагања, међутим, треба имати у виду да сви документи немају обавезујући карактер. Наиме, ако се има у виду да постоје три основа за правну обавезу државе да поштује људска права – међународни уговори, правила међународног обичајног права и “општа начела која признају просвећени народи”²⁶ – претежни део припада трећој категорији код које не постоји обавезност у примени. У питању су заправо стандарди који подлежу променама како услови налажу. Ипак, и сама њихова необавезност релативног је карактера, јер многа начела у њима садржана налазе се већ у неким другим међународним актима, најчешће уговорног карактера, који онда обавезују њихове потписнике. Што се тиче домаћаја, треба нагласити да су неки од ових докумената донети од стране УН, док су други регионалног значаја јер потичу од Савета Европе. Али, без обзира на то, и у једном и у другом случају садрже значајне принципе којих би се тешко могла одрећи било која цивилизована заједница.

Постоји сагласност да су на међународном плану од посебне важности четири документа УН²⁷. То су: “Пекиншка правила”²⁸ из 1985; “Ријадски принципи”²⁹ из 1990; “Хаванска правила”³⁰ из 1990; Конвенција УН о правима детета³¹ из 1989.

Полазећи од тога да се “Ријадски принципи” односе на превенцију малолетничке делинквенције, они неће бити предмет даљих разматрања. Што се тиче осталих докумената УН, разматрањима ће бити обухваћене само опште карактеристике будући да је њихова садржина одавно позната, а нека значајнија решења узеће се у обзир у вези са разматрањем југословенског законодавства.

А) Сматра се да међу свим поменутих документима “Пекиншка правила” представљају “угаони камен” нове политике према малолетницима³². Штавише, може се тврдити да је то фундаментални текст у свим областима судства за

²⁵ Тако нпр. : D. Szabo, *La privation de liberté dans le système pénal et les droits de l'homme (Conclusions générales)*, 42e Cours international de criminologie, *op. cit.*, p. 438.

²⁶ Уп. : В. Димитријевић, *Међународно заштићена људска права и Југославија*, Анали Правног факултета у Београду, 6/1987, стр. 715.

²⁷ Вид. нпр. : A. Lahalle, *op. cit.*, pp. 149-150; N. Queloz, *op. cit.*, p. 303, а сличног су мишљења и многи други аутори.

²⁸ *Ensemble de règles minima des NU concernant l'administration de la justice pour mineurs*, in: *Droits de l'homme – Recueil d'instruments internationaux*, NU, New York 1988, pp. 238-263.

²⁹ *Principes directeurs des NU pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Ryad)*, NU, Asssemblée générale, A/45/756 du 7 déc. 1990, pp. 43-55.

³⁰ *Règles des NU pour la protection des mineurs privés de liberté*, *ibid.*, pp. 55-72.

³¹ *La Convention sur les droits de l'Enfant*, посебна публикација Уницефа без ознаке године издања. Ову конвенцију Југославија је ратификовала 1990.

³² N. Queloz, *op. cit.*, p. 303.

малолетнике у коме се посебан акценат ставља на права човека³³. Премда “Пекиншка правила” у првом реду имају у виду проблеме правосуђа (у Правилима се нпр. истиче да правосуђе сачињава интегрални део развоја сваке земље), није изостало регулисање ни неких других проблема. Тако се у члану 17. истичу најважнији принципи којима би надлежни орган требало да се руководи приликом доношења одлуке. Одлука би морала да буде пропорционална не само околностима и тежини дела, већ и потребама учиниоца и друштва, а ограничење слободе могло би да уследи једино после детаљног испитивања личности. Све упућује на то да, по правилу, треба тражити неко алтернативно решење. Ако се, ипак, надлежни орган одлучи за институционални третман, дужан је да води рачуна да је “смештај малолетника у установу увек последња мера и њено трајање треба да буде што је могућно краће” (члан 19. 1). Препоручује се у том случају да се што раније користи условни отпуст. Сматра се, наиме, да је институционални третман из многих разлога штетан и доводи до низа негативних последица које се не свде само на одузимање слободе кретања.³⁴

Б) Лишење слободе последње је средство које се у изузетно ретким случајевима користи, али и тада треба да траје што краће. Ову основну идеју садржавао је Скуп минималних правила о поступању са затвореницима из 1955. у чијем се члану 5. 2) каже да млади преступници “не би требало да буду осуђени на казну затвора”. Ипак, као могућност, затвор постоји и у неким земљама се више, а у неким мање користи. Стога је било неопходно да се посебним актом утемеље основна права малолетника лишених слободе, што је и учињено “Хаванским правилима” из 1990. године³⁵. Посебну пажњу, између осталих решења, заслужује одређивање појма “лишење слободе”. Према овом документу то је сваки облик притварања, затварања или смештаја у неку установу по одлуци одговарајуће власти (судске или административне) из које се не може изаћи по сопственој вољи. Овим се у знатној мери проширује појам лишења слободе, обухватајући на тај начин и одређене санкције за које постоји дубоко уверење да су едукативног карактера. Од не мањег значаја је и одредба о притвору, према којој малолетник – кад се примени ова мера – мора бити одвојен од пунолетних.

В) Конвенција УН о правима детета полази, између осталог, од “Пекиншких правила” али иде и даље зато што преузима и решења садржана у неким другим документима о малолетницима, а у Конвенцији су садржана и нова права детета.

³³ U. Gatti, *La protection spécifique des mineurs et des jeunes délinquants privés de liberté*, in: 42e Cours international de criminologie, *op. cit.*, p. 370.

³⁴ Ово детаљније анализира Gatti (*ibid.*, pp. 369-370) који, између осталог, истиче да затвор доприноси изградњи негативног идентитета.

³⁵ О “Хаванским правилима” дуго је расправљано и на њихову адресу упућиване су оштре примедбе нарочито из нордијских и неких других земаља, зато што се у оквиру Савета Европе настоји да се лишење слободе малолетника прогресивно потисне. Ипак, на VIII конгресу УН за сузбијање злочина и поступање са учиниоцима кривичних дела, одржаном августа 1990. у Хавани, превагнуло је гледиште да лишење слободе као казна постоји у већини земаља и да се издржава у немогућим условима, па је то био најважнији разлог за усвајање поменутих Правила. – Више о томе: A. Tsitsoura, *Le huitième congrès des NU pour la Prévention du crime et le Traitement des Délinquants* (La Havane, Cuba – 27 août – 7 sept. 1990), *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1/1991, p. 106.

Неки због свега овог сматрају да Конвенција представља каталог права детета као људског бића признат од стране међународне заједнице³⁶.

2. Ова излагања остала би непотпуна ако се не би поменуле и две препоруке Савета Европе које је донео Комитет министара: Препорука Р (87) 20 о друштвеном реаговању на делинквенцију малолетника од 17. септембра 1987. и Препорука Р (88) 6 о друштвеном реаговању на делинквентно понашање младих који потичу из мигрантских породица³⁷. Премда се обе препоруке односе на земље чланице Савета Европе, принципи у њима садржани имају далеко шири домашај, нарочито што се тиче прве препоруке која је од општег значаја. Напоменимо да су у овој препоруци садржани углавном исти принципи као у “Пекиншким правилима”, премда неки сматрају да се овде акценат ставља на неопходност преваспитног третмана малолетника³⁸.

Као што је поменуто, у законодавствима многих земаља, захваљујући кретањима на међународном плану, извршене су опсежне реформе. У целини посматрано, преко међународних инструмената малолетницима се обезбеђују већа права, а уводе се и нека нова (тзв. нова генерација људских права)³⁹. Поставља се питање каква је ситуација у југословенском кривичном праву?

IV

1. Одредбе о малолетницима (материјалне, процесне и извршне) у југословенском законодавству налазе се у оквиру општих одредаба као посебна поглавља. При томе, код материјалних одредаба треба указати да од 1977. године постоји подељена надлежност између савезне државе и република чланица. Ово решење прихвата и садашњи Устав СРЈ од 1992. Процесне одредбе, међутим, примењују се на целом подручју СРЈ, а што се тиче одредаба о извршењу – оне су у искључивој надлежности република. Упркос овом доста компликованом решењу, једно је извесно: југословенско законодавство је са доста закашњења прихватило савремене токове, практично тек са значајним изменама учињеним 1959. године. Без много двоумљења се може тврдити да је опсежна реформа из тог периода учињена великим делом под утицајем покрета нове друштвене одбране⁴⁰. Са свим тим изменама југословенско право је углавном прихватило *Welfare* модел, што је, као што се могло запазити, био мање-више случај са законодавствима из послератног периода. Неки озбиљнији покушаји да се изврше промене – бар што се тиче

³⁶ A. Lopatka, *La Convention relative aux droits de l'enfant*, Revue internationale de droit pénal, 3-4/1991, p. 776.

³⁷ Текст обе препоруке дат је у публикацији *Réactions sociales à la délinquance juvénile*, op. cit., pp. 7-19.

³⁸ Подробије о томе: N. Kourakis, op. cit., p. 418.

³⁹ A. Yotopoulos-Marangopoulos, op. cit., p. 28.

⁴⁰ Опширније у нашем раду: *Les idées de la Défense sociale nouvelle et la condition juridique du ineur délinquant en droit yougoslave*, Cahiers de Défense sociale, numéro spécial dédié à M. Ancel, 1990/1991, p. 109 et s.

материјалне и процесне области - још увек се не примећују. То нас, међутим, не спречава да анализирамо југословенски систем поредећи га са разматраним документима, мада ови документи стављају акценат само на неке аспекте кривичноправног статуса малолетника као што су надлежни органи и поступак, а посебно на санкције, док нпр. остављају по страни решење кривичне одговорности, и поред тога што је ово кључно питање које се одражава на све компоненте малолетничког статуса.

Улажење у све детаље превазилазило би намену овог рада. Стога ће се у најкраћим цртама изложити запажања у вези са надлежним органима, извесним карактеристикама поступка, а посебна пажња ће се обратити на проблематику санкција, зато што је и законодавство из ове области скорашњег датума. Наиме, и међународни документи управо стављају акценат на ове компоненте малолетничког кривичноправног статуса, а у том контексту на извршење мера институционалног карактера. Поред тога, имаће се у виду само *малолетна лица*, под којима се у југословенском праву подразумевају они чији је узраст у време извршења кривичног дела био између 14 и 18 година, разликујући у оквиру ове старосне границе млађе (14-16) и старије малолетнике (16-18 година). То значи да ће се оставити по страни неке друге категорије, као што су млађа пунолетна лица или друге групе на које би се, такође, могле примењивати одредбе поменутих међународних докумената.

2. “Пекиншка правила” у погледу органа надлежних за малолетнике не заузимају чврст став, јер тај орган може да буде не само суд већ и административни орган са професионалним или непрофесионалним саставом. Југославија припада земљама у којима су за кривична дела малолетника надлежни судови. Али, не постоје организационо издвојени посебни судови, већ су у питању само посебна већа за малолетнике у оквиру судова опште надлежности. Уколико се проблем надлежних органа колико-толико уклапа у међународне стандарде, више због тога што не постоји доследан став по томе, оно што противречи јесте недостатак специјализације надлежних органа. Код судова, у фази суђења, то се ублажава унеколико тиме што одредбе Законика о кривичном поступку (“Службени лист СРЈ”, број 70/01) налажу да судије-поротници (за малолетнике увек је надлежно веће а не судија појединац) морају бити из редова учитеља, професора, васпитача и других који имају искуства у васпитању малолетника (члан 475. став 4. ЗКП).

У вези са одредбом члана 17. 4 “Пекиншких правила” потребно је да се нешто више каже о принципу опортунитета кривичног гоњења. Према одредбама ЗКП (члан 480. став 1) ова могућност за државног тужиоца постоји само за дела мање друштвене опасности – за она за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Међутим, у поступку пред већем за малолетнике (члан 497. став 2) поступак се може обуставити, поред осталог, кад веће нађе да није целисходно (опортуно) малолетнику изрећи ни казну нити васпитну меру. Не постоје никаква ограничења с обзиром на прописану казну. У целини посматрано, изложена решења не дозвољавају да се одредба поменутог члана Правила у потпуности примени, зато што тамо стоји да надлежни орган може да прекине поступак у сваком тренутку.

И “Пекиншка” а и “Хаванска правила” доста пажње посвећују притвору као изузетној мери. Притвор треба да буде последње средство, а његово трајање што краће и кад год је то могуће треба га заменити неком другом мером. Притвореним малолетницима треба обезбедити посебан режим.

У југословенском праву притвор је, истина, изузетна мера, али закон не познаје никаква ограничења, тако да се притвор може подједнако примењивати и према млађим и према старијим малолетницима. Притвор може да траје највише месец дана, а ако постоје оправдани разлози може се продужити још за два месеца (члан 486. став 2. ЗКП). Произлази да је једина сврха притвора изоловање малолетника и да је он, што се тиче садржине, лишен сваког едукативног смисла. Стога, у југословенском праву притвор није ни последње средство нити се може рећи да кратко траје.

3. Поменути међународни документи садрже посебна ограничења у случају лишења слободе малолетника, односно у погледу третмана који подразумева боравак у установи. У том смислу наводи се кад се може применити лишење слободе, које су друге алтернативе, а посебно је истакнут принцип да је смештај у неку установу последње средство чије трајање треба да буде што краће. На одговарајућем месту је речено шта се према овим документима сматра под лишењем слободе. Ако је већ до тога дошло, “Хаванска правила” садрже минимум гаранција. С обзиром на различитост проблематике, ова питања је потребно посебно размотрити најпре код казне малолетничког затвора за коју није спорно да подразумева одузимање слободе за одређено време, а затим код неких васпитних мера институционалног карактера.

Ни један ни други документ не забрањује изрицање казне и третман који она подразумева. Другим речима, признаје се да у неким случајевима постоји друштвена потреба за репресијом⁴¹, само што је сведена на најмању меру. Захтевима ове врсте погодује и то што је циљ казне према малолетницима третман и друштвени рекласман⁴². Са тог становишта посматрано, казна малолетничког затвора, као једина казна према категорији старијих малолетника (лица од 16 до 18 година), по неким решењима се уклапа у изложене основне поставке, али по другима у битној мери одступа.

Имајући у виду услове за изрицање ове санкције, као и факултативност у примени, може се тврдити да је ова казна заиста последње средство коме се прибегава. Тако посматрано, чини се да она испуњава први услов који се тражи према међународним документима. Штавише, у складу је и са одредбама “Хаванских правила” према којима лишење слободе не би требало дозволити у односу на малолетнике чији је узраст сувише низак. Одступања од стандарда примећују се у првом реду што се тиче трајања, јер ова санкција може да траје од једне до 10 година. Минимум од једне године тешко је уклопити у “кратко трајање”, а максимум од 10 година има још мање оправдања. Казна малолетничког затвора се увек изриче одређујући унапред њено трајање. С обзиром на озбиљност ове санкције, чини се

⁴¹ Y. de Thevenard, *Rapport général de la Société internationale de Défense sociale*, in: Jeunesse, crime et justice, Document submitted to the Bellagio Sixt Joint Colloquium (April 25th – 28th 1984), A/CONF. 121/NGO 2, pp. 72-73.

⁴² J. Pinatel, *La Société criminogène*, Calmann-Levy, Paris 1971, p. 227.

да је то у складу са гаранцијама које треба да има малолетник. Све остало, међутим, не иде у прилог овој казни. Не постоји могућност за примену пробације, нити се може, као у неким правним системима, одложити њено извршење. На извештај начин у складу је са постојећим документима једино условни отпуст који се може дозволити после 1/3 издржане казне, али не пре протекла од године дана.

Код институционалних васпитних мера које се у суштини своде на одузимање или ограничавање слободе малолетника, проблем се показује у другом светлу. У југословенском кривичном праву према малолетницима се примењују три васпитне мере институционалног карактера: упућивање у васпитну установу; упућивање у васпитно-поправни дом; упућивање у специјалну установу. Прве две су релативно неодређеног трајања, а последња је, као мера медицинског карактера, апсолутно неодређена у трајању. Код изрицања ових мера води се рачуна о потребама малолетника, а само се код једне (упућивање у васпитно-поправни дом) узима у обзир тежина и природа учињеног дела и да ли се малолетник налази у поврату. Према тим карактеристикама једино би се ова мера уклапала у критеријуме члана 17. став 1. тачка ц) “Пекиншких правила”. Осим тога, ова мера има још једну предност, јер се код ње предвиђа могућност условног отпуста о коме одлучује суд. Али, код исте мере може се поставити питање колико су минимум и максимум (од једне до пет година) у складу са захтевима што краћег задржавања у установи. Слично је и код мере упућивања у васпитну установу (може да траје од 6 месеци до 3 године). Заједничко је, међутим, овим васпитним мерама да се у моменту изрицања суд не изјашњава о тачном трајању, јер се о томе одлучује касније. Све то није у складу са захтевима који произлазе из међународних докумената.

Чини се да би било погрешно у свим случајевима инсистирати на доследном задовољавању критеријума који произлазе из међународних докумената. Одузимање или ограничавање слободе малолетника врши се из различитих разлога, па је, штавише, негде немогуће, а негде непотребно настојати да се доследно испуне критеријуми о којима је било речи. Најбољи пример у југословенском праву је упућивање у специјалну установу. То је васпитна мера медицинског карактера намењена ретардираним, а у извесним случајевима и неурачунљивим малолетницима. Инсистирање на неким другим критеријумима осим потреба малолетника за таквим третманом сукобило би нас са реалношћу.

4. Извршење свих кривичних санкција, па и оних за малолетнике у искључивој је надлежности република чланица. С обзиром на то да је Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије ступио на снагу 1. јануара 1998, многа решења из овог закона, кад су у питању малолетници, имају упориште у “Хаванским правилима”. Тако се већ на самом почетку главе VIII, која садржи посебне одредбе о извршењу кривичних санкција изречених малолетницима, истиче да су малолетници према којима се извршавају кривичне санкције равноправни без обзира на порекло, породичне прилике и друштвени положај родитеља, што је, иначе садржано у свим документима који су били предмет разматрања. Закон, даље, садржи одредбу, уздигнуту на ниво принципа, да се према малолетницима не може одредити усамљење, затим забрањује се ношење ватреног оружја од стране особља унутар установе где се извршава заводска васпитна мера или казна малолетничког

затвора, што је све у складу са чл. 77, односно 65. "Хаванских правила". Утицај ових Правила најбоље се види код одредаба о правима малолетника: малолетници носе рубље и цивилну одећу примерену годишњем добу и месним климатским приликама; исхрана је дијететски, хигијенски и здравствено прилагођена њиховом узрасту и подразумева најмање три оброка дневно; постоји могућност похађања наставе изван установе; по правилу малолетник има могућност за неограниченим комуницирањем са спољним светом (пакети, писма, новчане и друге пошिल्ке, посете чланова породице и других лица); постоји право и обавеза рада у складу са законом, уз накнаду за рад чији се један део ставља на страну и предаје малолетнику кад излази из установе; за добро понашање малолетник може да ужива низ погодности; међу дисциплинским мерама нема ни једне која би подразумевала суров, нехуман и деградирајући третман. Одредбе о извршењу казне малолетничког затвора подразумевају само неколико чланова, јер се већи део одредаба о извршењу васпитних мера институционалног карактера сходно примењује и на ову санкцију, што само сведочи о примату едукативног над репресивним. Нису занемарљиве ни одредбе о постпеналној помоћи. Штавише, одредбе о извршењу регулишу нека питања којима се међународни документи не баве, мада би томе било места. То су нпр. одредбе о годишњем одмору малолетника и могућностима посете блиских лица и кад малолетник није на годишњем одмору.

*

* *

Анализа југословенског правног система указује на неуједначеност у прихватању међународних стандарда који се односе на права малолетних делинквентата. Ситуација је, међутим, различита с обзиром на област у питању. Материјалне и процесне одредбе којима се регулише кривичноправни положај малолетника у приличној мери су у несагласности са међународним документима. Али, ово се може разумети уколико се има у виду да је еволуција у овој области текла споро и да је тек реформом од 1959. заживео *Welfare* систем. И друге измене материјалног кривичног законодавства вршене су пре појаве међународних докумената (последња реформа тог законодавства концепцијске природе била је 1977. године). С друге стране, не треба заборавити ни чињеницу да се сви међународни документи заснивају на мешовитом (*Welfare-Justice*) моделу⁴³, док ниједна реформа југословенског материјалног, па на жалост ни управо усвојени Законик о кривичном поступку, нису отишли даље од *Welfare* модела.

Ако се, пак, има у виду извршење кривичних санкција, ситуација је другачија. У пенитенцијарној области Југославија је још одраније прихватала и, штавише, унапређивала стандарде о поступању са затвореницима⁴⁴, што је нпр. посебно био случај са Скупом минималних правила о поступању са затвореницима. Тако је учињено и овога пута кад су у питању малолетници. У Закону о извршењу кривичних санкција Републике Србије, који се примењује од почетка 1998. године, пре-

⁴³ N. Kourakis, (*op. cit.*, p. 419) и још неки други аутори

⁴⁴ Тако нпр. З. П. Шепаровић, *op. cit.*, стр. 1.

познатљив је код већине решења велики утицај у првом реду “Хаванских правила”. Било би, разуме се, најбоље ако би целовитом реформом, у виду посебног закона који се односи на малолетнике, као што је то случај у доста земаља, били обухваћени и усаглашени са међународним стандардима сви делови кривичноправног статуса малолетника.

Obrad Perić, Ph. D.

Full Professor of the School of Law in Novi Sad

STATUS OF JUVENILES IN YUGOSLAV CRIMINAL LAW SYSTEM: HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Abstract

This article begins with development of human rights protection with special reference to the status of prisoners. As far as the status of imprisoned adults is concerned, this issue was a matter of consideration during the period of the League of Nations. However, general safeguards for imprisoned adults were adopted only after the UN had been created.

Next issue discussed is the idea and development of criminal law status of juveniles for which the period after the Second World War is quite important. There are two models of the criminal law status of juveniles. However, the solution would be to accept the mixed model. Several UN documents which exclusively deal with juvenile justice, adopted during 90ties of the last century, substantially contributed to development of juvenile justice by establishing certain legal standards for this category. The author then tests the conformity of Yugoslav system with these international standards. This analysis includes substantial, procedural and enforcement standards for administration of juvenile justice. It is the Yugoslav enforcement system which complies with international standards to greatest extent, probably because the relevant legislation of the Republic of Serbia was enacted after the most of international documents had been adopted. However, it is difficult to explain why the latest amendments of criminal procedure did not follow the same pattern. The author believes that the best solution would be reached if all provisions regarding juvenile justice were gathered in a special act with purpose to regulate all aspects of criminal justice for juveniles. Also, such an act would certainly facilitate appropriate implementation of international standards on juvenile justice.

Др Мило Бошковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КРИМИНОГЕНИ ЗНАЧАЈ ДРОГА

Сажетак: Повезаност наркоманије са криминалитетом етиолошки је условљена, јер где год постоји злоупотреба дроге, тамо је и неки од видова делинквентног понашања. У криминолошком смислу постоје три врсте такве делинквенције: неовлашћена производња, трговина и уживање дрога; вршење криминалних деликата под утицајем наркотика; и организовани облици међународне трговине дрогама. Висок проценат наркомана пре него што су постали зависници од дроге претходно био склон делинквентном понашању указују на то да је криминална средина један од важних урочника наркоманије, и обрнуто.

Промет наркотика у свету је један од највећих бизниса, а у скоро свим земљама неовлашћена производња и илегална продаја дрога је квалификована као кривично дело; друго криминалитет се јавља и као последица потребе наркомана да по сваку цену дође до наркотичних препарата; и, треће, само подстицање (наговарање) на употребу наркотика у многим земљама, такође, представља кривичну радњу.

Трговина опојним дрогама спада у ред најмасовнијих облика илегалне и организованог криминала уопште. Облик криминалних активности одвија се по систему уређене организације и мреже која функционише по одређеној хијерархији од произвођача дрога, купаца и власника складишта, транспортне мреже и организација за прерасподелу у потрошачким подручјима.

Кључне речи: дроге, наркоманија, криминалитет, илегална трговина.

1. Уводне напомене

Мада је озбиљна и организована друштвена реакција због злоупотреба дрога наступила тек у другој половини 20. века, коришћење наркотичних средстава, у разне сврхе, почело је пре више миленијума. Могло би се закључити да не постоји,

ни старије негативне социјалне појаве ни спорије друштвене реакције на њене очигледне и тешке последице.

Наркоманија је, данас, достигла размере универзалне појаве у свету да се то стање у многим међународним, посебно у неким регионалним организацијама оцењује забрињавајућим. Дроге су последњих година удвострене у промету. Оне су за висок проценат популације постале свакодневица субкултурног ритуала и смисла живота. Могу се набавити било где, а незаобилазни су садржај многих свечаности, забава по клубовима, део живота у кафићима, на улици, по парковима и у становама. Тренд потрошње је у сталном порасту, а доња граница доби корисника рапидно се помера на млађе узрасте.

Наркоманија у савременим условима има размере појаве да се с разлогом може назвати епидемијом. То се огледа у њеном присуству у скоро свим регионима и земљама света, све распрострањенијој појави коришћења разних супститутивних препарата, повећаној илегалној производњи дрога већег степена утицаја на психичко стање и физичко здравље људи, и у све бржем ширењу на разне друштвене слојеве друштва. На таква својства појаве указују и статистички показатељи полицијских, социјалних и здравствених организација. Међутим, појава је тим више алармантна, јер је “тамна бројка” статистике далеко већа од обухваћених у извештајима званичних институција.¹

Колумбија и Авганистан су главни произвођачи кокаина и опијума. Колумбија испоручује светском тржишту око 80% укупно произведених количина кокаина. Авганистан производи више опијума (сирови материјал од кога се прави хероин) него све друге земље света. Кокаина се произведе око 1000, а хероина око 300 тона годишње.²

Наркоманијом су највише погођене развијене индустријске земље и урбанизоване средине, а међу њима САД се матрају најугроженијим државним подручјем.³ Од европских земаља дрогом су најшире захваћене В. Британија, Р. Ирска, Холандија, Француска, Италија, Русија, Данска, Шведска и Швајцарска. Према званичним подацима у Кини, и поред ригорозних прописа, има 500. 000 наркомана, а према незваничним проценама и читавих два милиона.⁴

¹. О броју уживалаца и зависника постоје многе процене. Рачуна се да у свету има око 200 милиона зависника од дрога. Према студији Међународног програма за контролу наркотика УН (из 1997), посвећене проценама производње, продаје и последица узимања дроге, стање је следеће: 2, 5% популације или око 140 милиона људи у свету пуши марихуану; 13 милиона конзумира разне врсте кокаина; 8 милиона користи хероин; 30 милиона људи користи разне стимулансе на бази амфетамина. Све то подмирује илегална производња наркотика, за коју стоје следеће процене: засади за производњу опијума у свету крећу се на 300. 000 хектара површине, од чега највећи део у Азији.

² Према подацима УН, годишња производња авганистанског опијума је у сталном порасту. Тако је у овој земљи 1980. године произведено 400 тона, 1991. године 500 тона, 1995 г. 2. 500 тона, 1996 г. 2. 800 тона, да би 1999. године било произведено читавих 5. 000 тона.

³ Неке статистике (из 1998. г.) говоре о томе да се на дроге троши близу 60 милијарди долара, око милион људи су зависници од хероина, док се број оних који су у било каквој вези с дрогом креће на око 40 милиона.

⁴ Према службеним извештајима у САД (1982) је било 492. 000 особа које уживају хероин, 10 милиона уживалаца кокаина и 43 милиона потрошача марихуане; у СР Немачкој 65. 000 потрошача хероина; у Француској 80-120. 000; у Италији 60-80. 000; у Тајланду (по броју становника приближна

Југославија и њено окружење, познато по традиционалним балканским путевима дроге, није више само транзитно подручје наркотика, него и озбиљан проблем коришћења. Албанија је постала центар тих путева, док је албанска мафија од Косова створила „Меку” и слободну зону наркобизниса, а Бугарска преузела место турских дилера у спрези с албанским нарко дилерима. Македонија је неизбежно захваћено подручје нарко тржишта, не само транзита него и потрошње. У Босни и Херцеговини рат је, по закономерности донео дрогу као борбени стимуланс, тако да су се дуго времена све три зараћене стране међусобно оптуживале да својим ратницима дају дрогу. Стање у Хрватској представници здравствених и образовних институција сматрају већ алармантним.⁵

Талас наркоманије последњих година није мимоишао ни нашу земљу. Пре само десет година процењивало се да у Србији има око 10. 000 наркомана, да би данас тај број нарастао на читавих 80. 000, од чега само у Београду 35. 000, већина особа у адолесцентном узрасту.⁶ У Црној Гори не тако давно није било регистрованих наркомана у мери која би се сматрала индикативном. Међутим, последњих година и ова република изменила је традиционалну слику непорочности те врсте.⁷

2. Социјалне и друге последице наркоманије

Последице наркоманије су веома бројне и могу се, у основи, поделити на угрожавање физичког здравља, поремећаје психичких функција и социјалног понашања личности. Здравствени проблеми и извесни симптоми психичких промена настају веома рано. Биохемијски процеси, условљени коришћењем дрога, изазивају акутна и хронична тровања, праћена психичким и неуролошким сметњама. Најтеже последице наркоманије везане су за АИДС, чије размере су такве да, према подацима УНАИДС, сваког минута пет младих људи између 10 и 24 године инфицира се ХИВ вирусом, од чега половина због интравенског коришћења дрога. Такав наркоман је

бившој Југославији) 500. 000; у Британији око 300. 000 потрошача марихуане. Пошто постоје бројне и непотпуне статистике, међусобно некомпаративне шире о распрострањености и броју уживалаца дроге види: В. Кушевић, “Злоупотреба дрога”, Загреб, 1987, стр. 12-20; М. Антонијевић и група аутора, “Наркоманије младих”, Београд, 1971. стр. 211-216; А. Деспотовић и група аутора, “Човек и дроге”, Београд, 1971. стр. 347-352; Ј. Шпадијер, Џинић, “Просторна распрострањеност злоупотребе дрога”, Београд, 1980.

⁵ Према званичним подацима (Извештај Националне комисије за сузбијање дрога, Вјесник 4. листопад, 1999. г.) у Хрватској има око 15. 000 зависника од дрога, од чега 10. 000 од хероина. Неке анкете и подаци Психијатријске болнице Врапче указују на то да је стварно стање далеко неповољније. Наиме, тврди се да је чак половина средњошколаца била у контакту с дрогом, али и цела трећина укупног становништва.

⁶ Анкета, извршена 1998. године, међу 6. 200 ученика из Новог Београда показала је да је 20% ученика редовних корисника разних врста дрога. Слична ситуација је и у другим већим местима. У Новом Саду 12, 6% ученика користи дрогу, што је за три пута више него 1991. године. У Крагујевцу се процене крећу на око 6-8. 000 наркомана.

⁷ Подаци Завода за заштиту здравља из Подгорице из фебруара 1999. године, указују на то да 2, 3% деце до 14 година, 3, 2% до 16 година и чак 13, 3% до 18 година користи неки од наркотика. Види шире: Ј. Букелић, Дрога у школској клупи, Београд, 1997.

преносник и других заразних болести. Његово здравствено стање је у тој мери угрожено да је у прекомерном коришћењу наркотика чест исход и смрт. Неки подаци указују да је смртност у структури наркомана пет пута већа него код њихових вршњака који не користе дрогу.

Психичке последице испољавају се у разним видовима поремећаја воље, опажања, перцепције, мишљења, емоција и карактера, особина што од наркомана стварају личност посебне психоструктуре, која је више стечена него што је последица урођених диспозиција.

Поред трајних утицаја на физичко здравље и психичко стање, наркоманија има теже и повремене последице за редовне кориснике наркотика и у ситуацијама свесне или принудне апстиненције, у стању тзв. апстиненцијалног синдрома.

Најозбиљније последице се манифестују се у појавама поремећаја социјалних релација: у активностима везаним за продуктивно радну активност, у стању изолације, отежаној комуникацији, социјалној неприлагодљивости и незаинтересованости; затим, у асоцијалним поступцима – склоностима непридржавања друштвених норми.

Друга врста социјалних последица огледа се у проблемима социјалне неадаптибилности у породичним односима, радној и животној средини и у тежњи наркомана да се од њих изолују. Исход свега је повезаност наркоманије с разним облицима социјалних девијација и делинквенције, нарочито с појавама паразитизма (беспосличарења и скитње), коцке, проституције и посебно криминалитета.

Од свих социјално патолошких појава наркоманија је у најтежњој вези с криминалитетом. Та везаност је објективне природе и етиолошки условљена, јер где год постоји злоупотреба дроге, тамо је и неки од видова делинквентног понашања. Висок проценат криминалаца међу зависницима од дроге указују на то да је криминална средина један од најважнијих узрочника појаве наркоманије.

Више од два века међународна заједница и друштво, безуспешно, покушава да се супротстави илегалној производњи, ширењу и злоупотреби дроге, управо због њене несумњиве везаности с криминалитетом. Скоро све државе света, на националном, регионалном и међународном нивоу предузимају разне организоване и планске мере у циљу сузбијања илегалне производње, промета и коришћења дрога. Довољно је подсетити да се такве активности на међународном плану спроводе још од 1912. године, интернационалним скупом у Хагу, који представља почетак низа континуираних активности ради сузбијања појаве наркоманије, односно злоупотребе дрога. Већ јула 1914. године следи нови интернационални скуп, али је први светски рат спречио даљу активност међународне заједнице на овом плану, да би већ 1924. године у Женеви, на међународној конференцији, била усвојена Конвенција, која је ступила на снагу 1931. године, после усвајања од стране шездесет четири земље потписнице. Конвенцијом су образована и посебна тела, с циљем контроле производње, промета опијума и његових деривата, лишћа коке, њених соли и других дрога.⁸ Конвенција је била увод низа каснијих међународних активности и докумената политичког, правног и законодавног карак-

⁸ Види шире: М. Ницовић, Дрога, царство зла, Београд, 1996. стр. 115.

тера, те правила и принципа организационе природе на плану сузбијања и спречавања појаве. У систем координације мера и активности на међународном и интернационалном плану уведени су институционални оквири путем Комисије за наркотику УН и Међународне криминалистичке полиције – Интерпола.

3. Криминолошки и кривично-правни значај проблема

Проблем односа наркоманије и криминалитета може се тумачити с неколико становишта, првенствено као недозвољена производња и промет опојних дрога, из чега произлазе остала битна питања. У општем смислу, криминалитет наркомана – делинквента може се двојако посматрати: као криминална радња и врста деликата наркомана да би дошли до дроге; и као криминал наркомана под утицајем дроге. Пре свега, наркоманија је криминогеног карактера у свим својим елементима. Наиме, производња и промет наркотику у свету један је од највећих бизниса, а у скоро свим земљама илегална продаја дрога оквалификована је као кривично дело; друго – криминалитет се јавља и као последица потребе наркомана да по сваку цену дође до наркотичних препарата; и, треће, само подстицање (наговарање) на употребу наркотику у многим земљама, представља кривичну радњу.

У кривично-правној и криминолошкој литератури се наводе три врсте најчешћих деликата које чине наркомани:

а) кривична дела узрокована неодрживом потребом за прибављањем дроге или средстава за њихову куповину (фалсификовање, крађе, разбојништва, преваре и проневере);

б) кривична дела почињена услед поремећаја личности насталих злоупотребом наркотичних средстава (убиства, телесне повреде, сексуални деликти и други видови насилништва); и

ц) кривична дела у вези с производњом, прометом, кријумчарењем и илегалном трговином дрогама.

Зависност од дроге која доминира личношћу нарконама и стрепња од кризе, имају за последицу објективну потребу и снажну мотивацију за прибављањем наркотику и на други начин, ако већ легално није могућ. Отуда су наркоманија и криминалитет увек били у уској узрочној вези, јер зависност сваког наркомана чини потенцијалним делинквентом, због чега се наркоманија с правом сматра “изнуђеним обликом делинквенције”. Наиме, ако се изузму деликти почињени од стране наркомана да би дошли до дроге, или до средстава за дрогу, долазимо до закључка да они нису ништа присутнији у делинквентној популацији од осталих грађана. Само из тог простог разлога и објашњења међу наркоманима је висок проценат извршилаца кривичних дела.⁹ Наркотична средства могу бити узрок

⁹ Према подацима Градског завода за заштиту здравља у Београду (упоредна анализа 1996-2000) две трећине лечених наркомана регистровани су као извршиоци кривичних деликата), а према подацима Болнице Централног затвора из 1996. године највећи број рецидивиста (85% осуђених на меру обавезног лечења су наркомани – рецидивисти и мултирецидивисти).

криминогеног значаја у случајевима када зависном наркоману, посебно у периодима апстиненцијалних криза, недостају средства за куповину на “тржишту”. То стање постепено деградира личност и припрема је за злочин, нарочито ако су у питању личности психопатске природе.

Криминалитет наркомана почиње обично у другој или трећој години наркоманског стажа, а облици криминалне активности зависи од више фактора: од врсте дроге коју користи, степена стечене зависности, личности наркомана, и материјалне ситуираности. Малолетник је чешће него одрасла особа принуђен на деликтне активности да би задовољио потребе за наркотицима. Он за то нема довољно средстава за набавку, а дрога има високу цену.¹⁰ Када наркоман исцрпи могућности “кућног буџета”, за прибављање дроге остају му на располагању само два пута: оба криминалне природе. У првом случају, врши једну врсту криминала да би дошао посредно до средстава за куповину дроге;¹¹ а у другом, кривичним актима (провала, крађа, фалсификата, и сл.) непосредно долази до препарата с наркотичним својствима, претежно фармацеутских производа. Провале и крађе не упућују на неки значајан степен професионализма. У питању су груби поступци с доста трогова на месту извршења. Постоје и неки подаци који говоре о томе да у нашој земљи већ међу 15-годишњацима има врло успешних уличних дилера дроге, који су већ прошли развојни пут од куповине, пробања, и коришћења до распродаје.

Према неким типологијама, међу зависницима од дроге разликују се три типа криминалаца:

1. зависник, већином морфијски тип, односно политоксикоман, у примарној каријери наркомана и социјално запуштен;
2. мањи зависници, већином потрошачи хероина који га шмрчу, као и потрошачи средстава за умирење као прилагођеног супститута за дрогу; и
3. чисти трговац, без посебног односа према дроги.¹²

4. Дрога и насиље

Многе студије у свету упућују да постоји значајна веза између дрога и насиља, али мало њих указује на јасну везу међу тим појавама, на директне узрочно-последичне везе. Више се закључци крећу у схемама објективне условљености

¹⁰ Тако се грам чистог кокаина у Београду креће до 200 DM, хероина око 100 DM, LSD око 30 DM, хашиша око 15 марака и марихуане око 10 динара.

¹¹ Процене на тлу САД се крећу у следећим релацијама. За редовну једнодневну употребу дроге наркоману је потребно 30 долара, што је годишње преко 10. 000 долара. Да би дошао до 1 долара за куповину дроге наркоман, ако нема других извора, мора путем криминала да дође и прода робу 3, 5 – 5 пута веће вредности, што годишње износи око 35. 000 – 50. 000 долара. Види: В. Bisio, “Психа и дрога”, Загреб, 1977. стр. 28.

¹² К. Wanke i К. L. Tashner, Straftaten unter Einfluss von Drogen, Zeitschrift fir rechtsmedizin, бр. 3/79, стр. 214.

многоструким факторима, на чега указују и неки инострани и југословенски извори.¹³

Ова појава, поред своје објективне, има и субјективну страну, јер се извршила криминалних радњи под утицајем дроге осећа сигурнијим и мање одговорним за последице дела, док су неке врсте дроге и облици наркотичних стања стимулативно-агресивне природе и подстичу на акте насиља. Тако, на пример, марихуана и опијати привремено иницирају насилничко понашање, а апстиненцијална криза доводи до изненадних и агресивних “одбрамбених” реакција.

Од дрога које својим својствима изазивају насилничко понашање помињу се амфетамини, кокаин, LSD и PCP. У вези с тим констатује се да халуциногени (LSD и PCP) немају директан утицај на конзументе да се насилно понашају, али с обзиром на то да се ради о дугогодишњим хроничним корисницима, с дугом историјом психоза и антисоцијалних понашања, то понашање је међусобно условљено и мултиплицира се.

Везу насиља и дроге неки аутори (Голдштајн, 1986) доводе у могућа три модела: а) системски – насиље је последица стављања дроге у промет, б) економско компулзивни – веза између дрога и насиља је имовинска, насиље омогућава средства за прибављање дрога, ц) психофармаколошка – насилничко понашање је непосредно проузроковано конзумирањем наркотика.¹⁴

Биро за правну статистику САД за 1992. годину констатује следеће индикације везе наркоманија и криминалитета: конзументи дроге имају већу умешаност у злочине и у већем проценту криминалистичка досијеа, од осталих особа; особе које имају криминалистичка досијеа имају већу склоност да постану наркомани од осталих; и укупан број злочина расте са злоупотребом дрога.¹⁵

Југословенски подаци доводе у везу наркоманију и неке облике најтежих имовинских дела – разбојништва и разбојничких крађа.¹⁶ Извршиоци су претежно средњошколски ученици из условно речено нормалних породица. Класични начини долажења до новца за куповину дрога су отимање пазара из продавница, киоска и

¹³ Према подацима америчког Бироа за правну статистику (Bureau of Justice Statistics, 1991) укупно 10% осуђеника у федералним затворима, 17% у државним и 13% правоснажно осуђених лица је изјавило да су кривична дела починили да би дошли до новца за дрогу. Кривична дела која су чињена да би се дошло до средстава за дрогу су најчешће провале (31%), пљачке (29%), уцене и крађе (25%) и око 15% отпада на остала кривична дела. Званична статистика у неким земљама, такође, указује и на извену објективну везу дроге и убистава. Према подацима ФБИ-а у периоду између 1986 и 1991. године годишње је почињено између 3, 9-7, 4% убистава која су била у вези са злоупотребом наркотика.

¹⁴ Извор: <http://www.umn.edu/isrnet/pdf/wp21.pdf>.

¹⁵ У вези с тим, у једној студији убистава почињених у Њујорку током 1998. године констатовано је да је 53% случајева било у вези са злоупотребом дроге, односно 39% у вези са дистрибуцијом, 8% у време фармаколошког дејства дроге на починиоца, 2% у вези са прибављањем средстава за куповину дроге и 4% случајева који су у вези са више претходних фактора. <http://www.umn.edu/isrnet/pdf/wp21.pdf>.

¹⁶ Тако, на пример, према подацима Окружног суда у Београду од 289 малолетника који су починили разбојништво и тешке случајеве разбојништва, њих 196 или две трећине су то учинили под утицајем дроге или да би дошли до средстава за куповину наркотика.

других радњи, отимање мобилних телефона, крађе бицикла и рекетирање ученика у школама.¹⁷

5. Илегална производња и дистрибуција дрога

Према свим критеријумима економије у појединим регионима света постоји развијена производња разних врста опојних дрога, у многим земљама као спорадични или секундарни, али у једном броју и као примарни вид привредног развоја. За потребе овог рада задржат ћемо се само на производњи најпознатијих дрога природног порекла - хероина и кокаина, указујући на нека њихова основна својства зависности код корисника и путеве кријумчарења.

Узгајање опијумовог мака обавља се у погодним климатским условима једног броја земаља, по правилу песковитог тла, где не влада ни обиље влаге нити велике суше. То су земље тзв. "златног полумесеца" (Пакистан, Иран, Авганистан) и земље "златног троугла" (Бурма, Лаос, Тајланд). У овим државама се, путем тајних лабораторија, рафинише сирови опијум у виду погача или коцака, а затим се зависно од додатака претвара у морфин различитог степена чистоће. Концетрат и најпознатији дериват морфина је хероин, различите сразмере и чистоће у сразмери од 1:9, до 1: 99. Из поменутих подручја се разним каналима, посебно преко турске и албанске мафије, преноси у разне западноевропске земље. Зависност опијатског типа везана је за коришћење опијума и његових деривата морфијума и хероина, односно синтетичких дрога (метадон и хептанон).¹⁸ Сви ови препарати сматрају се врстом наркотика што најбрже изазива стање зависности (према неким проценама после 10 дана може настати стање физичке зависности). Деловање је фазно: од краткотрајних телесних сензација, еуфорично медитативне, до хипнотичких ефеката, поспаности и неодрживе жеље за поновним конзумирањем дроге. Типови зависника од опијата називају се хероиномани, и разликују се четири врсте: "интелектуални" или рационални, који хероин узима из разлога нерашчишћених конфликта мишљења и професионалних проблема, с тенденцијом скептицизма и ироније у мишљењу; емоционално мотивисани тип – усамљеник (већином жене из уметничких кругова), интровертна, несигурна и емоционално колебљива личност; тип примитивца, који има потребу за дрогом по сваку цену; и психички и физички потпуни зависници.

Какве су разmere зараде на овој врсти дроге говори и података да један килограм хериона у земљама где се производи креће се на око 20. 000 долара, док се у земљама потрошача енормно увећава, тако да, на пример, цена у САД достиже и до 500. 000 долара по килограму.

¹⁷ Досије "Политике": Дрога у школи, 26, септембар, 2000.

¹⁸ Морфин је прах беле боје, снажан аналгетик и хипнотик, с јаким наркотичним својствима. Користи се у медицини за ублажавање болова. Хероин је полусинтетички дериват морфина, без мириса, али веома горког укуса. У пракси се ретко користи у чистом облику, јер је погодан за мешање с разним другим супстанцама, нпр. шећером. Користе се техникама ушмркавања, интравенски и у виду таблета.

Постоје различити путеви трговине хероином, при чему су познатији на правцу азијског и европског континента, и то тзв. јужни и северни пут. При том “северни пут” води од Ирана на тремеђи с бившим СССР и Турском, док “јужни пут” води правцима копненог саобраћаја од Хамадама у западном Ираку, према северозападу.

Кокаин је друга и најскупља врста дроге од које се остварују навећи промети. Добија се из лишћа коке која успева у Јужној Америци (од Магелановог мореуза до Кариба), на просторима од 500-2. 400 метара надморске висине. Зависност кокаинског типа настаје веома брзо коришћењем (ушмркавањем, интравенски, пушењем, жвакањем) кокаина.¹⁹ Уживалац у почетку и конзумирањем умерених количина има позитивна осећања самопоуздања, снаге, појачаних сексуалних нагона и чулних ефеката. Дуготрајније коришћење или у претераним количинама изазива разне физичке и психичке поремећаје (слушне и видне халуцинације, делирантне идеје, раздражљивост и тзв. кокаинско лудило. Зависност је искључиво психичка, а дрога традиционално код наркомана представља статусни симбол, јер због високе цене сматра се ексклузивном.

Највећи број тајних лабораторија за прераду коке у кокаин налази се у Колумбији и Боливији, а њихово откривање и уништавање скопчано је с проблемима организованог криминала, те лоцирања лабораторија и складишта у непрегледним шумским и планинским просторима и неприступачним џунглама. Поред тога, локално становништво је заинтересовано за производњу коке и заштиту индустрије кокаина, првенствено из економских разлога, практично једине врсте прихода. Колумбијски картели директно снабдевају највеће тржиште потрошње – САД. Кријумчарење се најчешће одвија поморским путем, у виду контејнера и разних транспортних терета и корупцијом лучких и царинских служби, преко Порторика, Бахама и источне обале Сједињених држава. Уз то САД су често и транзитно подручје за снабдевање кокаином Канаде, земаља западне Европе и Далеког истока

6. Организовани криминалитет и дроге

Са становишта друштвене опасности наркоманија сеже у појаве универзалних проблема криминалитета, па се, с правом, неки облици деловања у вези с њом сматрају међународном деликтном активношћу. У ствари, наркоманија је увелико попримила статус привредне гране, као подземна економија остваривања својеврсног криминалног профита. Где год је производња неке скупocene робе ограничена тамо је присутна појава њеног кријумчарења, илегално тржиште и криминални профит. Разлог је веома једноставан. У питању су, уз озбиљне ризике, велике зараде на лак и брз начин, јер је ценом обухваћена вредност робе, зарада,

¹⁹ Кокаин је дрога, у виду белог кристалног праха, која се добија из лишћа биље кока, која расте у Јужној Америци (Перу, Боливији и Колумбији). Користи се као стимулативно средство ублажавања умора. Настао је тако што је лишће коке средином 19. -тог века у Европу донео dr. Scherzer и дао га хемичару Wohleru, а овај свом асистенту Albertu Neimann-у, који је из њега изоловао посебан алкалоид и дао му име кокаин.

провизија и ризик. У овом случају није у питању обична купопродаја већ цео пирамидални систем и ланац организације од илегалне производње, преносилаца и трговаца дрогом, до крајњих потрошача, од којих је сваки у неком облику противправног кривично одговорног односа. Ради се, дакле, о типичном примеру једног од облика организованог – професионалног криминалитета, чији је основ дрога.

Енормни раст потрошње дроге и баснословни профити од ње доводе до забуне у погледу питања шта је чему узрок. Преовлађују мишљења да је интерес за профитом проузроковао појаву епидемија наркоманије више него сви други узроци заједно. Профити из међународне илегалне трговине дрогом омогућили су стварање тзв. подземне економије. Не постоји ни један поуздан систем процене профита из илегалне трговине дрогом због велике “тамне бројке” и великог броја посредника, од произвођача до крајњих купаца. У оптицају су разне прогнозе, а према проценама Интерпола само 5-10% илегалних трговаца дрогом буде откривено и кривично процесуирано, упркос техничком опремању и стручном усавршавању органа царине и полиције. Све се теже откривају плантаже сировина, илегалне лабораторије, складишта наркотика, приватни аеродроми и превозна средства.²⁰ Из студије Међународног програма за контролу наркотика УН за 1997. годину, посвећене проценама производње, продаје и последица узимања дроге, стоје констатације које само наговештавају могуће висине криминалног профита. Процене биланса илегалне трговине наркотицима од стране организованих корпорација према овој студији крећу се у приходима од око 400 милијарди долара. Неке раније процене указивале су и на 600-700 милијарди долара. Поређења ради то је више него целокупни национални доходак 53 најнеразвијеније земље света.²¹

Да је дрога један од најпрофитабилнијих производа у структури организованог криминалитета упозорава се и у највишим телима међународне заједнице. Директор програма за контролу дрога при УН (P. Orlacshi) о том питању суди на следећи начин: “Светско тржиште дрогама вештачки је створио организовани криминалитет, који на тај начин жели умножити зараду. Не ради се, дакле, о природном ширењу традиционалне употребе тих дрога. Организовани криминал и мрежа растурача почеле су активно промовисати дроге које би подстакле њихову потражњу”.²² На међународни карактер трговине на овом подручју, указује чињеница да се њено тржиште може подмирити дрогом само увозом из земаља Блиског, Средњег или Далеког истока и прекоморских земаља.

Везе наркомафије и власти појединих земаља су евидентне. За чланове колумбијске владе везе с кокаинском мафијом се сматрају нормалном појавом. Њихов картел у Калију уложио је у последњу изборну кампању председника Сампера 6

²⁰ М. Ницовић, *Дрога царство зла*, Београд, 1996, стр 180.

²¹ Када се ово има у виду није необично што се међу најбогатије људе, тзв. владаре света, убрајају и такве личности као што су колумбијски босови Пабло Ескобар и Хиберто Орехуела. Овај други контролише 60% пласмана кокаина у САД и освраује сваке године више од 4 милијарде долара промета. Или, као што је Бурманац Kim Njunt, нарко генерал шеф тајних служби Бурме који контролише 60% промета хероина из Бурме у САД.

²² <http://www.moravek.net/ovisnost/narkodržava>.

милиона долара. У извештају комисије холандског парламента из 1996. године, наводи се да су се наркодилери у Холандији обогатили уз помоћ органа саме државе јер су увезли 285 тона меке дроге уз прећутну сагласност полиције и правосудних органа.

Илегална трговина дрогом одвија се свуда по систему уређене организације и мреже која функционише по принципу хијерархије, од произвођача дрога, купаца и власника складишта, транспортне мреже и организације за прераспodelу у потрошачким подручјима. Сматра се да су у овој области најорганизованији криминални картели колумбијске (кокаинске) мафије, за коју се претпоставља да је највећим делом заслужна и за талас наркоманије у Европи, где се годишње заплени око 5 тона кокаина.²³ Колумбијски картели, као и сицилијански гангови, управљају међународним кокаинским трансакцијама поседујући сопствена шпедитерска предузећа за транспорт робе по целом свету, посебно у САД и Европу. Опасности утицаја организованог криминала с дрогом су тиме веће што у неким подручјима, због историјско племенских и религиозних разлога не постоје облици државне регулације или постоји политички и привредни интерес за производњу и извоз дроге. За ове потребе су, седамдесетих година, оформљене криминалне организације – гангови на свим континентима, које су организовале ланац трговине, транспорта и дистрибуције. Из тих послова обезбеђују се енормне зараде, које из тако огромних профита омогућују носиоцима посла да обезбеде подршку јавних служби и финансијских организација. Процене су да су у САД профити од продаје дроге крећу и на више десетина милијарди долара годишње. Према подацима DEA (Drug Enforcement Administration) – с буџетом од 12, 5 милијарди долара, запошљава 5. 700 полицијациа и има испоставе у 53 земље света) за 1993. годину, од наркомафије је заплениено новца, злата, дијаманата, кућа, авиона и бродова у вредности од око 114 милијарди долара, а према подацима УН трговци дрогом су у исто време зарадили око 640 милијарди долара.

Утицај организованог криминала преко производње, прераде и продаје дроге, кокаина из Јужне Америке и хероина с Блиског истока, постаје алармантан, како за САД, тако и за земље Западне Европе, на шта упућују и званични полицијски извештаји.²⁴

Подела тржишта на међународном плану је евидентна. Сицилијански гангови управљају међународним кокаинским трансакцијама у САД и на релацији прекоморске земље – Европа. У Европи је дуже време турска мафија држала монопол у контроли промета дроге, нарочито хероина, док афрички азианти освајају уличну продају дрога у градским центрима. Међутим, последњих година се у тај

²³ Педесет килограма кокаина или хероина на тржишту се продаје за око два милиона америчких долара.

²⁴ J. Jeschke, *Organisierte Ausländerkriminalität und internationale Zusammenarbeit am Beispiel der Drogenkriminalität*, *Der Kriminalistik*, бр. 12/88. стр. 426-469. ; Wernw Pietrzik, *Der internationalorganisierte Rauschgifthandel*, *Kriminalistik*, бр. 7-8/80. стр. 315-325.; и Walter Leamy, *Quelques caractéristiques inéquentes du phénomène actuel de la drogue*, *Revue internationale de police criminelle*, Paris, бр. 394/86. стр. 2-6.

посао озбиљно наметнула албанска мафија, (чак и потиснула турску) руска и друге источноевропске групације, а нарочито грузијска и јерменска мафија.

Овде треба имати у виду нову појаву укључења албанске мафије (која делује јединствено с подручја Косова, Македоније и Албаније) која је евидентирана у скоро свим случајевима откривених и заплених количина хероина последњих година у Швајцарској, Немачкој, Италији и Грчкој. Албанска мафија је повезана с грузијском и јерменском у чијим је рукама кавкаско тржиште производње (рафинерије и транспорт). Постоје озбиљни докази да албанска мафија поред дроге, коју продаје западној Европи, купује оружје у земљама бившег Совјетског Савеза, где је илегално тржиште овим производима такође веома развијено. Евидентна је веза и руске и пољске мафије, која делује као јединствена структура, а чији део припадника потиче из бившега апарата обавештајних служби и служби безбедности.²⁵

За дистрибуцију и растурање наркотика брину се читаве армије трговаца у појединим земљама, с тенденцијом да их буде све више. Бројке од 10. 000 – 30. 000 трговаца дрогом везују се за поједине земље и наркоманско тржиште у Канади, Француској, Италији, Јапану, Русији, Шведској, Швајцарској, Енглеској, Шпанији. У САД је њихов број далеко већи. Од укупног броја криминалаца међу странцима у земљама Западне Европе, на првом месту долазе трговци дрогом. Сматра се да наркотици чине предмет орагнизованог криминала у Холандији са 80%, Шпанији, 60%, Белгији 47%, Финској 35%, итд

Уколико се изузме деловање албанске мафије, те подручје Косова, нема довољно података у којој мери је наркоманија постала појава, а дрога средство и роба организованог криминалитета у нашој земљи. Међутим, с обзиром на висок број наркомана и нагло нарастање појаве, основане су индиције да је дрога роба од интереса криминалних гангова, и да се у вези с тим нека мистериозна и нерзјашњена убиства последњих година могу довести и у вези с проблемима освајања и развоја наркоманског тржишта у нашој земљи.

7. Прање новца добијеног трговином дрогама

У процесу кријумчарења и илегалне трговине дрогама један од највећих проблема представља легализација високих износа зарада. У том послу трговци дрогама, посебно из сфере организованог криминала прибегавају поступцима које им дозвољавају легални банкарски системи, финансијским манипулацијама, али и стварањем сопствених банкарских институција.

У функцији организованог криминала дроге налазе се разне фиктивне фирме и послови намењени за конспирацију пословања и прање новца, с принципом одвојености појединих ступњева организације. Група седам најразвијенијих земаља света формирала је 1991. године Специјални комитет за борбу против нових форми трговине дрогом. И поред тога преко 100 милијарди долара годишње се опере нарко

²⁵ Више о међународним аспектима и посебно примерима кријумчарења дроге видети: М. Ницовић, Дрога, царство зла, Београд, 1996.

трговином. Према проценама Интерпола од 300 милијарди профита од годишње трговине дрогом преко 70% се “пере” и инвестира у легалну економију, што доводи до озбиљних поремећаја у светском платном промету.²⁶

Познато је да у свету бизниса постоје бројни међународни центри који трговцима наркотицима омогућавају, разним законским олакшицама, те либералним системом улога, значајне олакшице при финансијским трансакцијама претварања “прљавог” новца у легалне улоге и инвестиције. Посебно им погодују финансијски системи и банке у којима је загарантована тајност улога и анонимност власника капитала. И једни и други системи не изазивају позорност институција контроле и медијску пажњу. Поред тога, у многим земљама могуће је вештачко оснивање или спајање разних компанија, чијим законским либералним приступом је кријумчарима омогућено да новац стечен на тржишту дроге пласирају у легалне послове као инвестицију компаније, а не као капитал кријумчара.

Дуже година Швајцарска је била земља с највећом тајношћу гаранције банкарских улога и права Мека за овако стечен капитал. Међутим, последњих година с усвајањем међудржавних споразума о правној помоћи, посебно оним с САД, Швајцарска је изгубила доминацију у привлачности новчаног капитала стеченог илегалном трговином. Уместо ње, примат имају неки градови Панаме, Карипских острва, Хонгконг и Бахами. Тако у Хонгконгу постоји посебан систем и ланац банкарских институција намењених само за прање новца од продаје наркотика. Два су битна разлога овог преусмерења. Пре свега, банкарске институције на овим просторима су близу тржишта пласмана, како дроге, тако и новца стеченог од њене продаје, а с друге јер су ван главних токова (путева кријумчарења) државне, посебно полицијске и царинске контроле.

Начини пребацивања новца стеченог илегалном трговином дрогама су веома разноврсни, од коришћења превозних средстава (авиона, аутобуса и др.) на редовним линијама, телефонске и компјутерске дознаке, поштанске упутнице. Поред тога, постоје и посебне криминалне организације за пребацивање новца и пружање услуга у вези с “прањем”, чија се провизија, зависно од количине и ризика, од 1-30%. Неретко се новац стечен кријумчарењем дрога или сами наркотици размењују за драгоцености или неку другу робу, као што је оружје, некретнине и слично.

²⁶ К. Rofer, руководилац Криминолошког института Париског универзитета, интервју НИН, бр. 2471, 1998.

Milo Bošković, Ph. D.

Full Professor of the School of Law in Novi Sad

CRIMINAL ASPECTS OF NARCOTICS

Abstract

As the abuse of narcotics is necessarily connected to delinquency, it shows there is the etiologically conditioned link between narcotism and criminality. Criminology knows three different types of such a delinquency: unauthorized production, sale and use of narcotics; criminal offenses committed under the influence of narcotics; international narcocleptocracy and organized crime. Very high percentage of drug users had shown delinquent behavior before they became drug addicts, which shows that criminal environment is one of very important causes of narcotism, and *vice versa*.

Large-scale narcotics traffic is one of the most profitable activities in the world and almost all countries criminalize unauthorized production and illegal sale of narcotics. Secondly, criminality is just a consequence of despair of a drug addict to get narcotics regardless of consequences. Thirdly, many countries criminalize incitement for a drug use.

Narcotics traffic is one of the most powerful and wide spread forms of organized crime. It is the system of stratified networks with well-structured organization involving different actors: producers, wholesale traders and warehouses owners, transport organizers and drug dealers in urban areas.

Др Марија Вучковић Радовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОСИГУРАЊЕ КРЕДИТНИХ ОДНОСА (КРЕДИТА), ТЕ ОБУХВАТАЊЕ ОСИГУРАВАЈУЋИМ ПОКРИЋЕМ НЕКИХ ОБЕЗБЕЂЕЊА ИЗВРШЕЊА ОБАВЕЗЕ

Сажетак: У раду је реч о једном од давно насталих уговора о услузи- о уговору о осигурању, тј. уговору којим се пружа услуга сигурности исплатом одређене суме новца по остварењу ризика обухваћеног осигуравајућим покрићем.

У раду је дата опишана дефиниција услуге као предмета размене и указано на нагли пораст, како разноврсности, тако и учесталости услуга у размени, а под утицајем постиндустријске револуције. Подвучено је постојање одређеног броја битних елемената који су присутни код сваког правног односа осигурања, истакнуте још неке особености уговора о осигурању, дефинисан кредитни однос тј. облигациони однос за који се везује осигурање потраживања (када, разуме се, потраживање доспева у будућности), подвучене особитости правног односа односно уговора о осигурању потраживања, и дате основне контуре разних врста осигурања кредита. Извршено је и разграничење између појма обезбеђења потраживања и појма посла осигуравања потраживања (кредита), уз напомињање да постоје и могућности осигуравања средстава обезбеђења потраживања (чије је закључивање мотивисано постојањем кредитног односа), те истакнуто да постоји и осигурање од ризика да се изигра поверење од стране саговорника (дужника) из облигационог односа које се, обично, назива осигурањем поверења.

Кључне речи: Услуге као предмет размене, постиндустријска револуција, разноврсност садржаја уговора о услугама, појам осигурања као услуге сигурности, битни елементи код сваког правног односа осигурања, осигурање потраживања (кредита,) те

нека друга осигурања везана за постојање обавеза из облигационих односа, укључив и осигурање поверења.

I

Правна природа и битни елементи (било ког) осигурања као услуге¹

1. Дефиниција услуге, те и услуге сигурности (осигурања)

Безброј је, данас, у следству одвијања постиндустријске револуције, нових предмета односно садржаја, тј. престација уговора о услугама. Осигурање је, међутим, услуга сигурности од времена Рима. Позната под називом уговора *foenus nauticum*, тј. мешовитог уговора тога доба – мешавине услуге сигурности са уговором о привременом коришћењу туђег новца, зајма. Радило се о зајму са каматом али увећаном за износ који је представљао цену ризика, дакле, премију осигурања. Осигурањем се, следствено реченом, пружа услуга сигурности, попут других разноврсних услуга пружања најразличитијих видова сигурности тј. пружања разноврсних правом допуштених начина обезбеђивања од наступања односно ненаступања (последича) неких догађаја или околности који се, за потребе осигурања, називају ризици². Осигурање, као специфичан начин обезбеђења унутар испољавања видова ризика обухваћених осигуравајућим покрићем, има, међутим, своје посебности, своје битне елементе, што ће рећи своју специфичну правну природу. То је посебна подврста финансијске услуге код кога је пружање услуге сигурности у односу на ризик како смо га већ дефинисали, једини предмет односно садржина престације из тог правног односа.

¹ Још као тек изабрани доцент за Облигационо право и Право осигурања, имала сам част да учествујем у постдипломској настави правно економског смера Правног факултета у Новом Саду, али нажалост само са 4 школска часа, а са, за моја тада још нејака плећа, сложенем облажћу осигурања ке кредита. Нарочито је било тешко доћи до пословне праксе, литература је била и недовољна и освојива уз изузетне интелектуалне напоре за научника – почетника. Закона није било у тој области, а општи услови пословања били су пословна тајна од највећег поверења. Било је то далеке школске 1972—73. године, а ја сам те своје скрипте, уз скраћивање које је испало и помало неспретно, одштампала на крају уджбеника „облигационо право” издавача „Савремене администрације” (Београд, 1989. г.) на странама 353 до 374. Руководила сам се тиме да је неопходно скренути правницима пажњу на ову значајну, аскоро им непознату, област осигурања ако се спремамо у Европу и за излазак на светско тржиште. Време за то је, на нашу жалост и срамоту, дошло тек после 30 година.

² То може бити *vis maior*, после кога имамо повећање потребе за новцем односно одређеним економским добрима, радње или пропусти других лица и сопствене радње односно пропуштање да се одређене радње предузму.

Појава дефинисања (и спорења око дефинисања) услуга³ као предмета уговора који се односи на људски рад, те тако и услуге сигурности означене правним термином осигурања, је новијег датума. После, за феудализам карактеристичног облика привређивања, епоха индустријске револуције је скоро сав људски рад подвела у добро нам, такође из Рима познат, уговор *location conductio operarum*, тј. уговор о раду, остављајући за уговоре о делу (*location conduction operis*) много мањи простор. Међутим, у следству постиндустријске револуције, предузетници су из збира својих делатности почели одбацивати све оне делове који су се могли прибавити путем уговора о делу (*location conduction operis*), који се сада јавља кроз сијасет именованих и неименованих уговора чија је садржина људски рад али не рад најамног радника за послодавца већ рад samozапосленог предузетника (тзв.

³ Своју дефиницију услуга (услуге) као предмета размене, овај аутор је, по свом знању, дао први или међу првима у свету. Ако је истоветну дефиницију дао негде у свету неки други аутор пре мене, то мени није било познато односно ни доступно, мада сам се у то време већ користио компјутером и претрагама преко интернета, а не само праћењем литературе на пређашњи, тј. ранији, тзв. класични начин. Та моја дефиниција је садржана у раду "Слобода уговарања и уговори о услугама (У интерпретацији Светске трговинске организације)" објављеном на страницама 239. до 251. у књизи "Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде", Нови Сад, 1998. изд. Правног факултета у Новом Саду. Још подробније, и зарумљиво и за неправнике, објашњена је дефиниција услуга у раду овог аутора (нарочито поглављу Услуге, стваралаштво и СТО, на странама 240 до 247) објављеном у књизи "Југославија и свет", зборнику радова Института за међународну политику и привреду и привреду, Београд, 2000. година. Назив једног рада овог аутора, у наведеној књизи је "Југославија, мондијализам и Светска трговинска организација – правни аспекти", стране 235 до 252, а другог, коауторског са мр Катарином Недељковић а посвећеног управо уговору о осигурању, је "Прилагођавање кинеског система осигурања СТО и поређење са Југославијом", стране 381 до 394.

Та дефиниција узима у обзир антички изглед уговора о услугама. При дефинисању се нарочито подвлачи већ издиференцирана разлика између резултата људског рада који се износи на тржиште, размењује, дакле, преко уговора о услугама између независних привредника (чији је представник римски *location conduction operis*, у нашем правном систему означен уговором о делу) и услуга – резултата рада најамних радника, везаних за послодавца уговором о раду (*location conduction operarum*), које на тржиште не износи најамни радници већ послодавци као предузетници тј. носиоци тржишних ризика. Ова моја општа дефиниција услуга као предмета размене не полази од њихове садржине, јер је садржина идентична са садржином рада најамних радника, већ од разматрања и поделе ризика које тржишна размена нужно собом носи. Уговоре о услугама склапају саговорници који су један од другог независни привредници.

Пораст услуга у ери посиндустријске револуције означава све већу поделу рада у односу на дотадашње стање ствари. Садржина људског рада није, дакле, *diferencia specifica* између садржаја престација односно резултата људског рада добијеног од најамног радника преко уговора његовог послодавца закљученог са корисником услуге или од тзв. samozапосленог даваоца истоветне престације по основу уговора о услузи који он закључује са корисником услуге. Разлика је у томе да ли вршилац рада, садржаја услуге, сноси тржишне ризике или је то сношење на саговорнику најамног радника – послодавца. Како о овом проблему на страницама 241. до 243. цитираног рада овог аутора, а ми ћемо само још додати да је резултат сваке услуге, независно од њихове разноврсности и бројности уговора, да представља промену у односу на дотадашње стање ствари код корисника услуге. Ово је једина могућа, и једина свеобухватна односно општа, дакле, најапстрактнија дефиниција услуге као предмета размене.

О услузи као једном од више врста предмета у мешовитом уговору, види у раду овог аутора "Држава као *fiscus* код финансирања произвођача (*location-financment, credit-bail, financial leasing*), нарочито стране 49 до 51, у књизи "Путеви конституисања Србије као модерне правне државе", са научног скупа одржаног на Правном факултету у Новом Саду 8. септембра 1995. године, изд. Правни факултет у Новом Саду.

бизнисмена) који плаћа порез држави и сноси тржишне ризике при пружању својих услуга. Ове новоименоване видове уговора о делу (*location conductio operis*), корисници закључују или са већ споменутим самозапошљавајућим предузетницима или, пак са предузетницима који не пружају лично услугу, већ то чине у својству послодаваца преко (људског) рада својих најамних радника. Међутим у улози давалаца услуге из уговора, дакле оног саговорника који има право на тржишну противвредност за пружену услугу, и ко одговара за њене недостатке и евентуално насталу штету, налази се, у том случају, послодавац а не запослени радник који обавља рад као садржај услуге. За разлику од уговора о раду и класичног уговора о делу чији је резултат неки производ, у овим новим врстама уговора о делу садржај престације није неки производ већ нека промена настала као резултат људског рада. У тим уговорима о услугама, и корисници услуга каква је и услуга осигурања, и даваоци услуга, су један у односу на другог независни предузетници, тј. субјекти који се срећу на тржишту као један од другог независни субјекти и носиоци тржишних ризика приликом обављања свако своје делатности. За разлику од доба индустријске револуције када су се садржаји садашњих услуга обављали претежно кроз, у ери постиндустријске револуције, од њих независни предузетници– њихови равноправни партнери– саговорници. Уместо да садржаје тих услуга добијају, како је то било у ери индустријске револуције, унутар своје фирме, од својих најамних радника, дакле путем уговора о раду који су закључивали са њима, данашњи привредници (предузетници) их добијају, уместо као послодавци, као корисници услуга од независних предузетника, својих пословних партнера, а преко именованих и или неименованих уговора о услугама.

2. Римски уговори о услугама и ми

Уговори о неколике класичне услуге – предмете тржишне размене, правно су уобличени још од времена Рима кроз *location conductio operis*, као и неке његове подврсте које су добиле посебне називе попут, на пр. оставе (*depositum*). То је, по нама, за добре познаваоце класичних права размене из старог и раног средњег века на нашим просторима,⁴ сасвим довољно да се, и у ово данашње постиндустријско доба, у коме су се услуге из дана у дан умножавале такорећи геометријском прогресијом, уобличи потпуно тачна дефиниција услуга као предмета размене, и то било тржишне или путем обављања људског рада унутар надлежности државне или јавне службе какав је случај у Европи (не и у САД) код социјалног осигурања, адвокатуре, здравства, образовања, социјалне заштите те и културе у обиму који је од значаја за дату европску државу (нацију) на пример. Следствено томе, услуга треба, и може, да се дефинише само као људски рад добијен изван уговора између послодавца и радника, дакле изван уговора о раду. Корисник услуге добија резултат таквог људског рада од даваоца који је у односу на њега независан, па било да је то

⁴ Види “Душанов законик – 650 година од његовог доношења” Бања Лука, 2000. , Академија наука и умјетности Републике Српске, те рад овог аутора на овом научном скупу под називом “Законодавство цара Душана и правни послови, посебно залога” , на странама од 159, до 198.

предузетник који услугу даје под тржишним условима или као установа која обавља јавну службу односно која је саставни део државе или локалне самоуправе. Садржај (резултат) сваке услуге своди се на промену пређашњег стања код корисника услуге, дакле, настанка новог стања након извршења услуге од стране даваоца. Када добијете лекарску дијагнозу, промена се састоји у информацији о вашем здрављу, када ангажујете чувара ваше имовине, степен њене угрожености је умањен, када вас излече, не болујете више од дате болести, када вас исшколују имате нови ниво знања и томе слично. Битно је да људски рад обухваћен најразноврснијим услугама не пружа давалац правно везан са корисником услуге уговором о (најамном) раду (*location conduction operarum*).

3. Битни елементи осигурање као правног односа

Све изнете особине услуге као предмета размене важе и за услугу сигурности која се добија кроз правни институт осигурања. Било да се обавља под тржишним условима (*insurance business*), било да је реч о јавној служби⁵. Сваки правни однос осигурања, тј правни однос између осигураваача и субјекта према коме настаје осигураваачева обавеза по наступању осигураног случаја, има своје неизбежне битне елементе, своју посебну правну природу. Овај правни однос је постепено настајао (уз повремене забране неких његових видова) кроз векове док се није дошло до једне правне институције врло успешно прилагођене намени пружања услуге сигурности, а без ризика да само постојање правног односа осигурања повећава број (доводи до повећаног испољавања) осигураних случајева. То је правни однос чије је најбитније обележје данас да *у себи садржи одређени број когнитивних правних нормама регулисаних битних елемената*. Осигурање без њих не може да има правну природу услуге сигурности. Тиме се оно легитимише тј. разликује од неких, само по привредној функцији, и само на први поглед, себи сличних, али по правној природи битно друкчијих, увек акцесорних правних института каква су средства обезбеђења извршења обавезе дужника из неког правног односа – средства обезбеђења потраживања. За разлику од њих осигурање је самосталан правни институт, институт који увек подразумева противдавање за пружену услугу сигурности као главни предмет тог правног односа којим се пружа услуга сигурности. Дакле, код њега се увек плаћа противвредност (премија, допринос) сразмерна тежини ризика на који се услуга сигурности односи. О овим битним елементима правног односа осигурања биће још речи у овом раду.

⁵ То јест обезбеђењу радника која су у симбиози са правима из уговора о (најамном) раду односно и њихово обезбеђење од незапослености, те евентуално и обезбеђивању и других социјално угрожених група становника по основу доприноса тј. економије, тачније актуаристичке технике процењивања ризика наступања угрожености становништва.

4. Дефиниција осигурања потраживања (кредита)

Будући да је главна тема овог рада осигурање кредита, приступићемо већ на овом месту сумарном дефинисању и ове подврсте осигурања. Овом врстом осигурања, осигурањем повериоца од ризика да му, у међувремену, дужник постане инсолвентан, поверилац се може осигурати од ризика инсолвентности дужника код сваког облигационог односа када је дужникова обавеза одложена у односу на обавезу повериоца – саговорника. Предмет осигурања кредита је потраживање повериоца из таквог, тј кредитног односа, а ризици обухваћени овом врстом осигурања су редовно тржишни ризици. Дакле, кад обавеза једне стране из облигационог односа доспева пре обавезе другог учесника из истог облигационог односа, а у међувремену може доћи до инсолвентности тог дужника, и то услед ризика карактеристичних за ђудљивост тржишта, упутно је обезбедити се од тога путем осигурања. Свакако да то, рекли смо већ, није једино средство заштите од инсолвентности дужника. Постоји много других правних инструмената са таквом привредном функцијом. Таква су, на пр. сва реална и лична средства обезбеђења потраживања. Она имају у себи и много заједничких правних обележја односно особина, но нас интересују разлике које постоје, и које су битне. Оне постоје између свих њих са једне стране и посла односно правног односа осигурања са друге.⁶

Осигурање кредита редовно обезбеђује, дакле, од тржишних ризика, док од катастрофалних и политичких врло ретко. Но и ове његове подврсте, дакле одсигурања кредита везана за катастрофалне и политичке ризике⁷, поседују, баш као и свако друго осигурање, а за разлику од средстава обезбеђења, истоветне битне елементе. Увек је то, наиме, теретан, двострано обавезан уговор чија премија (допринос) представља тржишну цену ризика од кога се осигурање врши.

Код осигурања кредита, међутим, за разлику од других врста осигурања, а нарочито код осигурања кредита од политичких ризика, период унутар кога се

⁶ У магистарској тези асистента овог факултета Б. П., урађеној под менторством професора Ј. С., а посвећеној средствима обезбеђења као једној од подтема магистарског курса из Облигационог права коме је присуствовао, кандидат је кредитни однос на који би требало да се односе средства обезбеђења, свео на уговор о кредиту као подврсте уговора о зајму у коме је зајмодавац банка, а који регулише чланови 1065 до 1071 Закона о облигационим односима, види у” Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања” Нови Сад, Правни факултет, 2001., стр. 118. Неразумевања има још, јер се, према овој магистарској тези код средства обезбеђења у питању ради не само о двостраном (мисли се на двостранообавезном) већ и о теретном, пошто је, како каже аутор, ” фидуцијант дужан да изврши пренос имовинскоправног овласћења на одређеној ствари на фидуцијара и трпи овакво правно стање, а фидуцијар је дужан да врати фидуцијанту право на ствари уколико овај изврши обавезу из претходног правног посла”, (в. стр. 121 in fine).

⁷ Код осигурања кредита од политичких ризика, о чему ће још бити речи, државе су склоне да, како би привукле стране инвеститоре, природу овог осигурања доведу у питање, тј. зају у зону дампиншких послова који изазивају реакцију земаља одакле потичу инвеститори. Критеријум оцењивања да ли се ради ипак о правној природи посла који се може подвести под осигурање кредита (у овом случају од политичких ризика) увек је да ли је премија која се за ову услугу плаћа стварна, тржишна цена ризика. Она то остаје и када се простирање изједначења, тј време просечног испољавања ризика протегне и на више деценија, док је то код, да тако кажемо, свакодобних или нормалних врста осигурања, те и осигурања кредита од тржишних ризика, период од три до пет шест до најдуже десет година.

врши (економско, актуаристичко) процењивање тежине ризика, тј. време за које се израчунава просечно испољавање ризика, је десетинама пута дуже него код осталих врста осигурања, те се, стога, најчешће, држава извозник јавља у улози гаранта у односу на испуњење обавезе осигураваача који се бави и или само осигурањем потраживања (кредита). Следствено томе, ако резерве сигурности код таквог осигураваача (некад је у тој улози извозно увозна банка) у датом моменту не буду довољне да се исплате повериоци (нарочито извозници) код којих је настао осигурани случај, обавезе већим или мањим делом плаћа држава уместо свог осигураваача чији је она гарант. Државе то, разуме се, чине уз обавезан регрес средстава од својих осигураваача, јер се, у супротном, не би радило о теретном правном послу осигурања, већ о дампиншком послу и санкцијама којима он подлеже. Регресом се, дакле, постиже растезање времена просечног испољавања ризика, те очување правне природе овог правног односа као осигурања, будући да, макар и на крају тако дугог временског периода у односу на обичне врсте осигурања, остаје присуство и овог битног елемента сваког осигурања, а који је *diferentio specifica* у односу на средства обезбеђења. Остаје се код правила да је, без изузетка, код сваког правног односа осигурања, присутна премија (допринос) као стварна цена ризика од кога се осигурање врши. Код осигурања кредита тај временски период у европским земљама средином двадесетог века ишао је и до тридесетогодишњег периода као релевантног чиниоца за утврђивање висине премије (доприноса) осигурања

5. Битни елементи премијског али и сваког другог, те и обавезног или добровољног осигурања

*Осигурање*⁸, следствено изнетом, независно од подврсте односно посебних правних подрежима (правних природа разних врста осигурања) независно, такође, од тога да ли је његово заснивање добровољно или обавезно, и независно од тога да ли је или није засновано на уговору о осигурању, односно да ли је регулисано интерним (државним) или наднационалним нормама, има своје карактеристичне битне елементе. То су :

(1)Постојање интереса осигурања како код осигурања лица тако и код свих других врста осигурања; (2)постојање ризика тј. догађаја чије је наступање неизвесно и не зависи од искључиве воље осигураника односно корисника осигурања. (Код осигурања живота на случај смрти неизвесност се односи на време наступања смрти осигураног лица). Код осталих осигурања ризик не сме већ бити у наступању у време заснивања осигурања, нити сме бити извесно да ће ризик наступити односно да не може да наступи; (3) Ризик мора бити омеђен јасно тако да се означи недвосмислено који су његови видови искључени а који обухваћени осигураним покрићем јер само ови последњи ризици представљају, када наступе,

⁸ Овде се мисли на правни однос осигурања а не на делатност осигурања која се може обављати као предузетништво (тржишна делатност), као јавна служба или директно радом државних органа или организација.

осигурани случај; (4) премија (допринос) осигурања мора бити економска (тржишна) противвредност тежине ризика, тј. посебном техником – економски - тзв. актуаристичком методом процењена цена ризика. Дејство уговора о сигурању, када је у питању време од кога настаје испуњење обавезе осигуравача из закљученог уговора, је по исплати бар прве премије и то ако је ова исплата учињена пре наступања осигураног случаја; (5) постојање обавезе осигуравача на плаћање у случају наступања ризика покривеног осигурањем – осигураног случаја. То је увек сума новца која код осигурања имовине мора имати само сврху накнаде штете (потпуне или до уговореног износа), а код осигурања лица се она одређује сразмерно износу премије (доприноса). Код осигурања грађанскоправне одговорности може се осигурањем обухватати или накнада штете коју осигураник проузрокује оштећеном у целини или до уговореног износа.

Будући да је осигурање формуларни (по приступу) уговор, осигуравач мора уручити саговорници опште услове пословања (општа, посебна, специјална правила за различите врсте осигурања, а саговорник, приликом потписивања полисе осигурања, својим потписом посебно потврђује пријем тих услова који чине делове уговора. Посебне, и то когентне законске норме садрже правила тумачења ових делова уговора као формуларног. Уручивање и потпис о пријему осигуравачевих услова (правила) пословања, такође, дакле, чини битан елемент овог уговора код највећег броја врста осигурања. Оба саговорника потписују полису осигурања или листу покрића, па је следствено томе, уговор о осигурању најчешће формалан. То је случај увек кад треба заштитити осигуравачевог саговорника као економски слабију страну уговорницу.

6. Контрола осигурања

Кроз битне елементе регулисане когентним нормама и присутне, код било које врсте осигурање, битне елементе правног односа осигурања, показује се да ова услуга сигурности, као некомпромитована честим стечајевима карактеристичним за остале предузетничке области, ужива посебну заштиту државе – друштва, и представља драгоцену услугу у смислу *посебног добра за свако друштво*. Стога је код те области коју, и када се обавља на тржишним принципима⁹ не карактеришу ликвидације односно стечајеви у проценту уобичајеном за остале врсте прибређивања, увек присутна појачана контрола државе односно друштва која се испољава на различите начине. У Француској се, на пр. врши појачаним бдењем министарства финансија над овом делатношћу у свим аспектима њеног одвијања, у Великој Британији обвезивањем осигуравача да пружи осигураницима могућност увида у осигуравачеве почетне резерве сигурности и у све остале финансијске фондове као и правила осигурања (опште услове уговора) у свим видовима делатности те и таквим каква су на пр. она намењена превенцији. У САД је посебно

⁹ Контрола ове делатности је највећа и најдиректнија када се и премијским осигурањем баве предузећа у својини државе или суто заводи, агенције као делови државне организације. Такав је био случај и код нас по завршетку Другог светског рата. Назив им је био: државни осигуравајући завод. осигуравајући завод.

строга, обимна и свестрана контрола делатности осигурања. Осигурање и банкарски послови су, у тој држави, најконтролисанија подручја бизниса тј. делатности којима се стиче добит по правилима приватног права. (О овом обимном послу контроле и њеним разноврсним видовима види опширна излагања код Edwin W. Patterson, *Essentials of Insurance Law*, 2. издање, McGraw-Hill, New York-Toronto-London, странице 1-60).

У бројним правним системима се посебни осигуравачи баве одређеним врстама осигурања, а и када то није случај воде се одвојена књиговодства за осигурања лица. Тада се не смеју мешати средства осигурања лица) због посебности математичке резерве код осигурања живота) са средствима осталих врста осигурања које обавља иста осигуравајућа компанија или завод односно одређена јавна установа.

И најужа, по обиму а не значају, контрола осигурања, осим надзора применом актуаристике (технике осигурања коју врше независни стручњаци бавећи се тим послом попут адвоката, дакле независни су од осигуравача), и над финансијама осигуравача, обухвата и надзор над правилима (општим условима уговора) и праћење тарифа премија осигурања као озбиљне цене ризика. И то важи за сваки правни однос осигурања, дакле и обавезна, и добровољна, и премијска и социјална, и осигурања имовине, осигурања лица осигурања од грађанскоправне одговорности, те и за осигурања кредита свих варијанти односно у најширем смислу речи. Што се тиче контроле нелојалне конкуренције међу осигуравачима, она се подразумева ако је систем осигурања на тржишним основама, тј. и ове компаније(на које се супсидијерно тада примењују прописи о трговачким друштвима), подлежу контроли по прописима о нелојалној конкуренцији, док код осигуравача као органа и организација из структуре државе контролу врше за то надлежни органи, па у неким случајевима и сами парламенти.

7. Социјализација ризика путем и изван социјалног осигурања обезбеђења)

Овај институт постоји, као опште прихваћено правно решење (у смислу заштите од неких ризика или у циљу, на пр. повећавања популације или нивоа знања, информација и слично као опште пожељног добра) у свим земљама развијеног Запада, али и у немалом броју осталих држава. Врши се социјализација ризика кроз одређени број и врсте обавезних осигурања. Тако, на пр. од ризика настајања штета трећим лицима употребом моторних возила и ваздухоплова, или осигурања одређених категорија лица као што је случај осигурања путника у јавном превозу. Не губимо из вида најреволуционарнију социјализацију у ери индустријске револуције: прелазак уговора о раду из приватног у јавно право. Од тада се, закључивањем уговора о раду, успоставља социјална заштита радне снаге. Наиме, самим закључивањем првог уговора, добро знаног *location condition operatum* римског права, настаје, као његова надоградња, социјално осигурање запосленог најамног радника које обухвата право на староосну или породичну пензију (за један круг лица унутар радникове породице), као и још одређени број права из области осигурања лица. Такође је ту и обавеза преговарања послодавачких са радничким

удружењима и, као њихов пожељан резултат, колективни уговори, а међу њима од посебног значаја грански којима се утврђује минимални износ наднице најмних радника у тој грани привређивања. Над синдикалним правима радника у светским размерама бди Међународна организација рада која је и нама ту недавно помагала колико је могла и (временски) стигла да последњи закон о раду Републике Србије (донет крајем 2001.) не буде још много гори него што је. Наша држава има све ове врсте социјализације ризика, и то како повезано са уговором о раду тако и унутар тржишног (премијског) осигурања, с тим што је одигуравајуће покриће код случајева обавезног премијског осигурања недовољно, и што се наговештава значајно сужавање права из социјалног осигурања, дакле прети битно смањење обавезног осигуравајућег покрића услуге ове врсте сигурности за најамне раднике

8. Осигурање и правна средства обезбеђења потраживања-разлике

Ова финансијска услуга сигурности, осигурање, се баш по већ наведеним битним елементима, лако препознаје међу средствима која имају исту привредну функцију: заштиту предузетника од тржишних ризика, али нису услуга осигурања; нису услуга сигурности. То су добро нама правницима позната средства обезбеђења потраживања које ми, у теорији, делимо на тзв. стварна (хипотека, ручна залога, кауција и сл) и лична средства обезбеђења код којих се или уз дужника обавезује још неко лице или се, пак ?

Осигурање се најчешће заснива уговором и то самосталним, тј. уговором којем је једина сврха пружање услуге сигурности. И када се заснива аутоматски закључењем неког другог уговора, какав је случај код закључења уговора о раду, оно собом носи садржину те комплетне услуге сигурности, дакле, све битне елементе. Тада смо у правној ситуацији институција мешовите правне природе где је увек обавезно присуство свих битних елемената осигурања. У наведеном случају присутне су правне природе уговора о раду и правног односа осигурања, с тим што су ова два правна односа нераздвојива.

Правна средства обезбеђења потраживања су само по привредној функцији слични осигурању. Она нису самостални правни инструменти, већ у функцији постојања неког другог правног односа који је основни. У односу на њега они су акцесорни правни однос, јер му служе као обезбеђење. Заправо они су у функцији обезбеђења повериоца из основног правног односа од ризика инсолвентности његовог дужника из тог односа. Такво средство обезбеђења може бити садржано и као једна клаузула у основном правном послу, или, пак, у посебном уговорном односу (какав је случај код уговарања јемства), али је увек, кад је реч о средству обезбеђења, битан његов елемент акцесорност. То средство обезбеђења потраживања не може обавезивати ако не постоји обавеза дужника из основног посла. Или је клаузула о обезбеђењу или посебно сачињен уговор о обезбеђењу обавезно, дакле увек, акцесорне природе. Следствено томе, средства обезбеђења потраживања од ризика инсолвентности дужника имају сличности са осигурањем, али само по привредној функцији, а никако и по правној природи. Те су друге институције везане за основни посао. Иза таквог кредитног односа

(посла), будући да је реч о правном односу, стоји државна принуда ако дужник не испуни обавезу када она, у будућности, доспе. Али невоља је у томе што повериоцев дужник у том будућем времену доспећа обавезе, јер реч је о кредитним, тј правним односима код којих једна од обавеза доспева у будућности, може бити инсолвентан. То је разлог што се основном правном односу додају средства обезбеђења, а она, пак, и јесу стога увек акцесорне правне природе. Додају се, дакле, због ризика инсолвентности дужника. Својим садржином она тај ризик у одређеној мери на разноврсне начине смањују, па тако, на пр. ако је дуг из основног посла обезбеђен хипотеком, поверилац ће дуг наплатити из цене добијене продајом ствари дужника која је под хипотеком, а ако је средство обезбеђења јемство, дуг ће наплатити од јемца сем уколико ни овај не буде инсолвентан.

Код правног односа осигурања, напротив, права и обавезе странака настају управо из тог односа, и он није акцесорне природе у односу на неки други правни однос ни када се аутоматски јавља са њим, већ они чине нераздвојну целину у којој осигурање увек испољава све своје битне елементе. Тако је и када правни однос осигурања не настаје уговором, већ на друге начине предвиђене законом. И тада, тако, без уговора о осигурању настао правни однос осигурања, карактеришу сви наведени, дакле, код осигурања увек присутни, битни елементи.

9. Посебности осигурања кредита

Осим дужег периода унутар кога се процењује ризик и који карактерише одређивање висине премије (доприноса) као адекватне цене ризика, осигурање кредита има још неколике специфичности. Законодавци га, на пр. искључују из регулисања. Наш Закон о облигационим односима изричито каже да се у њему регулисан уговор о осигурању не односи на неколике врсте осигурања па тако ни на осигурање кредита. Међутим друге врсте осигурања на која се не односи наш Закон о облигационим односима регулисане су нормама других закона као *lex specialis*, док таквих законских норми нема за област осигурања кредита. Француска је, далеко после доношења свог *Code civil* – а из доба Наполеона, дакле, тек 1930. регулисала уговор о осигурању посебним законом посвећеном само том уговору, али је његова примена на осигурање кредита искључена. Оцена тадашњег француског законодавца је била да је то осигурање, неким својим видовима, ближе природи банкарских послова, а да ни на оне подврсте заштите који поседују битне елементе осигурања, није упутно да се примени наведени закон јер би требало чинити бројне и важне изузетке, те да је боље ту област оставити пословној пракси.

10. Однос законодаваца према регулисању осигурања уопште и посебно према осигурању кредита

Уговор о осигурању није нашао место истовремено са већином уговора о размени робе и услуга. Законодавци су оклевали са његовим регулисањем. Остављали су време пословној пракси да нађе праву меру заштите равнотеже интереса између уговорника који су, у овом случају, економски у значајној мери

неједнаки. Тако је у земљама развијеног Запада у пракси неколико векова постојало осигуравање и имовине и лица а да није било законског регулисања тог правног односа. Одговор на такво стање ствари биле су повремене интервенције било законодавца (на пр, забрана осигуравања лица због повећаног изазивања осигураних случајева у категорији осигураних лица под директним утицајем закључивања уговора о осигурању, што се противи природи посла којим се пружа услуга сигурности), било судова у сврху заштите слабије стране. Почело је тод стране судова, тумачењем уговора на штету осигураваача везано за природу уговора као адхезионог (уговора по приступу), да би се завршило законским прописивањем таквог правила тумачења, а потом и увођењем правила да су све законске норме којим се регулише уговор о осигурању сматране когентним ако нису у интересу осигураника или ако закон изричито не оставља уговорницима да их уреде по својој вољи. Међу когентне одредбе спада и присуство свих битних елемената осигурања о којима је већ било речи. Код осигурања имовине постоје и забрана надосигурања и забрана кумулирања права из осигурања и права на накнаду штете нанете осигуранику. Код осигурања лица, неке категорије лица су изван могућности да буду осигурани, а када код добровољних осигурања осигурани случај треба да се деси осигураном лицу, а исплата бенефицијару, потребан је посебан пристанак осигураног лица, и то по предочавању осигураном лицу висине осигуране суме.

Све ове когентне норме бране претварање осигурања у своју супротност. Не дозвољавају да се повећава број осигураних случајева услед чињенице постојања правног односа осигурања.

У односу на осигурање кредита стање ствари је такво да нема ни законских норми нити одавања садржаја општих услова пословања компанија које се том делатношћу баве. Стога нема ни довољно цитирања тих правила осигурања од стране теоретичара. Могу се, изван правног режима пословне тајне осигураваача, наћи само сентенце и образложења судских или арбитражних одлука, али њих, из већ наведених и ваљда разумљивих вам разлога, скоро да уопште нема. На ову област свој поглед адвоката из Цириха (Швајцарска), бацио је у првом издању своје књиге (*Elements of credit insurance, An International Survey*), аутор Hans Karrer, на сса 200 страница текста. Књига је штампана далеко од места адвокатске праксе аутора, чак у Лондону, а издавач је Sir Isaacs Pitman and sons, Ltd. До мојих руку је доспелодруго издање овог дела). Чињеница да адвокат из Швајцарске тражи издавача и штампа књигу у Лондону, говори, по нама, сама за себе. Ако и дођете до сазнања о садржајима правила осигурања кредита као области нерегулисане никаквим, а не претежно или скоро искључиво когентним нормама, не можете их саопштавати, јер вам прете или велике уговорене уговорне казне (*stipulation poena*) или накнаде штете знатног износа.

II

Врсте осигурања потраживања (кредита), осигурања средстава

обезбеђења потраживања, те осигурање поверења у пословној пракси тржишног привређивања

11. Предности постојања осигурања кредита

. Носиоци извозних послова, посебно страних улагања која се далеко најчешће крећу из развијених земаља, као центара економске моћи, у тзв. капиталистичке полупериферне или периферне земље, веома много воде рачуна о присуству, у правном систему, осигурања кредита од тржишних, али и политичких ризика.¹⁰ Са тих разлога истраживачи -даваоци тржишних услуга обавештавају извознике и инвеститоре о тежини, нарочито политичких, ризика и условима и могућностима осигурања од њих у појединим земљама. Они сврставају државе у неколике категорије почев од оних процењених са нултим политичким ризицима (Европа, Северна Америка, Аустралија, Нови Зеланд и њима сличне још неколике мање земље), па до категорија где се уопште не препоручује улагање. Нажалост ми смо данас међу овим последњим. Пре избијања рата у Либану он је био једина азијска земља са нултим политичким ризиком, и називан је Венецијом Блиског Истока. *Tempora mutantur!* Данас већина неће поверовати да је некад тако било, па нека изволе да то провере.

Тржишни ризици су присутни, и у развијеним, и у оним другим наведеним категоријама земаља. Дакако не са истом тежином. Осигуравање од тржишних ризика је скоро императив у друштвима са тржишном разменом робе, услуга и тзв, деривата интелектуалне својине, што ће рећи уговора којима се она размењују (трајно или привремено преносе). Организовање осигурања кредита и осигурања везаних за средства обезбеђења потраживања и поверења међу странама из облигационих односа је и нужно, и редовна појава код модерних капиталистичких, тј. развијених земаља, а треба да буде и код оних других из тзв капиталистичке периферије и, нарочито, полупериферије. То је од користи, односно у интересу оних развијених (из којих углавном долази увоз робе и услуга, те улагања страног

¹⁰ Може постојати осигуравање и од тзв. катастрофалних ризика, ако је за осигурање од ризика у питању заинтересовано довољно учесника да према правилима актуаристике чине ризичну заједницу, тј. ако им њихова економска моћ допушта да плате довољно високу премију осигурања. Под наведеним условима можемо се осигуравати од свих ризика (догађања или пропуштања прилика) ако осигуравање од њих не излази изван граница слободе уговарања. Тако је, према писању новина (али не треба им увек веровати) један становник са југа Италије осигурао, код тада врло солвентног и чувеног Lloyd-а, од ризика да његова кћи не изгуби невиност од одласка на омладинску радну акцију у Југославији па до повратка очевој кући.

Данас би код нас било сасвим разумно и легитимно осигурати се од уписа ђака (студента) у одређену школу (факултет) под утицајем бучних реклама, а у ситуацији наглог отварања бројних нових образовних институција и брзоплетог давања без озбиљних провера одобрења за њихов рад од стране министарства просвете, те њиховог уписа код трговачких судова, како се ових дана код нас чини, а без могућности да они који плаћају високе школарине могу знати стоји ли или не стоји иза плаћених сума рекламама обећавани квалитет. Дакако, под условом да има довољан број заинтересованих осигураника (ризична заједница осигураних довољног обима) односно да се неко од наших или страних у нас присутних осигуравача прихвати и ове подврсте осигурања.

капитала), али и оних у које роба, услуге и страни капитал долази. Нарочито када је у питању улагање капитала који не носи епитет компрадорски, екстрапрофитерски односно грамзиви. Има, наиме, капитала и капитала, што ће рећи капиталиста који су умерени и опрезни у стицању капитала, те са већим уважавањем, између осталог и осигуравањем себе од тржишних, увек могућих, и никако на други начин успешно избегљивих, ризицима. Тиме они “паметно” штите своје стечено богатство. По правилу су опрезнији они који су га стицали уз просечан или исподпросечан профит, дакле мукотрпније.

12. Осигурање кредита у стриктном смислу речи – дефиниција и врсте

Врсте осигурања кредита у стриктном смислу те речи, а тачније речено такви уговори за које знамо да у пословној пракси постоје, нису ни претерано великог броја али ни малобројни. То су уговори који садрже у себи све битне елементе који се захтевају код сваког правног односа осигурања као услуге сигурности, и елементе односно посебности које карактеришу осигурање кредита, тј. осигурање потраживања од ризика немогућности његове наплате уопште или наплате о року, ако је то осигуравајућим покрићем прихваћен ризик. У оквиру, дакле тржишних ризика, може бити речи било о немогућност наплате услед дефинитивно установљене инсолвентност дужника, било о неплаћању о року као осигурањем покривеном тржишном ризику. Када је узрок ненаплате наступање ког од осигурањем обухваћених политичких или катастрофалних ризика, увек се у делатности осигурања јавља и држава извозник или односно каткад и држава увозник. Код осигурања тржишних ризика потребно је да има довољно чланова ризичне заједнице за дати хомогено испољив ризик. Ту је улога привагилаца ових ризика врло велика и многи обављају тај посао на велико задовољство осигураваца који их третирају као драгоцене, даровите ловце. Стварање ризичних заједница довољног обима око хомогених ризика у овој области осигурања је услов за отпочињање и настављање делатности. Код осигурања кредита осигуравач се обавезује на исплату уговорене суме односно накнаде штете повериоцу, ако дужник из основног посла (облигационог односа у коме обавеза његовог дужника доспева после, у будућности у односу на повериочеву обавезу из основног посла) не испуни обавезу уопште или је не испуни о року ако је то ризик покривен овим осигурањем. Обавеза дужника може бити новчана (исплата цене) или неновчана (испуна робе,

Уговор о осигурању кредита у овом смислу речи најчешће закључује поверилац из кредитног односа, он плаћа премије осигурања. Увек ће из таквог премијског (не, дакле узајамног) осигурања као теретног двостранообавезног односа плаћање из уговора осигуравач чинити повериоцу из кредитног односа, јер ће он увек имати интерес осигурања, тј. интерес да се не оствари осигурани случај. Само закључивање уговора и плаћање премија може бити наметнуто и дужнику из кредитног односа, дакле лицу које је дужно да испуни своју обавезу, а која представља потраживање због кога и долази до закључивља таквог уговора. Закључивање оваквог уговора од стране дужника из кредитног односа диктирају економски јаки повериоци (у односу на економску снагу дужника). Тада дужник

сноси све трошкове осигурања, а ако он и закључује уговор као уговарач осигурања, дакле, он плаћа у саме премије осигурања. У супротном сноси трошкове осигурања кроз уговорени регрес који ће, према њему, имати осигуравач после исплате потраживања носиоцу интереса осигурања, дакле повериоцу из кредитног односа.¹¹ Може и код повериоца, и код дужника постојати интерес осигурања ако се, на пример, због постојања кредитног односа и успостављене хипотеке на непокретности дужника из кредитног односа, осигурава непокретност (кућа, на пр.) имовинским осигурањем од ризика пожара и сл. А кућа има знатно већу вредност од износа осигураног потраживања. У случају наступања осигураног ризика и настале реалне суброгације (сума осигурања ступа на место нестале непокретности), по део суме, у сразмери са интересом осигурања, припада и једном и другом.

13. Осигурање и банкарска гаранција

Неки теоретичари сматрају да уговори о осигурању кредита уопште, дакле било они у стриктном смислу речи како смо их ми овде означили и дефинисали, било остале врсте које наводимо под појмовима осигурање (разних) обезбеђења, или, пак, осигурање поверења, нису, по правној природи, нешто што је битно друкчије, дакле нешто друго до банкарски уговори¹². Ми смо изнели наше аргументе против таквих становишта и сматрамо их неутемељеним, те, дакле неозбиљним, једном речи ставовима који правним решењима не придају адекватну пажњу. То су понашања која не воде рачуна о разноврсности и тежини ризика који прате пословање, и не придају значај правним начелима, правној сигурности и разноврсности правних средстава којима се може доскочити таквим ризицима или бар ублажити испољавање њихових, нарочито економски штетних последица. Исте замерке упућујемо и теоретичарима који сматрају да уговори о осигурању кредита (у најширем смислу речи) имају у себи и елементе осигурања и елементе банкарских послова, али да ови послердни елементи преовлађују. Не прихватамо ни евентуална мишљења (ако се појаве или су већ негде изречена) да преовлађују елементи осигурања. Не сматрамо да се ради о банкарским пословима, али је разумљиво да ове послове осигурања кредита у најширем смислу речи једнако квалитетно могу обављати како компаније које се баве осигурањем тако и банке односно друге финансијске установе, већ према позитивноправним решењима садржаним у датим правним системима. За ове послове или поједине њихове врсте

¹¹ Ово је прилика да укажемо да се пренос (продаја, преузимање дуга) код облигационог односа какав је, на пример, и овај из уговора о осигурању, може вршити са и без преноса права регреса према дужнику из основног посла. Дакле ако је на другог први осигуравач своје потраживање продао, пренео (обично то бива када уговор у овом својству закључује, на пример, банка) без права регреса према дужнику из кредитног односа, уговор о преносу (продаји), назива се продајом ђутуре односно, сада много чешће, форфетинг послом, преносом односно продајом. (Назив потиче из француског језика у коме се продаја по виђењу, ђутуре односно *telle – quelle*, назива продајом *‘a forfait’*).

¹² О осигурању кредита имају краће написе на нашем језику Ивица Јанковец (Осигурање кредита према правилима осигурања неких европских земаља, у Зборнику радова о страном и упоредном праву, Београд, 1965, св. III) и Вељко Томашевић (у књизи Осигурање у спољној трговини, Београд, 1970).

могу сеноснити и посебне институције у чијем називу не мора да стоји да су осигуравачи односно банке или друге уобичајене финансијске институције. Могу, дакле, бити регулисане посебним законом и појављивати се под посебним именом што не може утицати на правну природу осигурања кредита у стриктном смислу речи, односно и у најширем смислу речи ако су у уговору присутни битни елементи који их карактеришу.

Ризици код осигурања кредита у стриктном смислу ове речи су и бројни и разноврсни и ту је слобода уговарања врло широка. Нарочито када се ради о тржишним ризицима. Ми се њиховим набрајањем нећемо стога ни бавити. Они су предмет услова пословања (општих услова уговора) сваког осигуравача с тим што се на њих не простире дејство когентне норме из Закона о облигационим односима¹³. Бројности ризика одговара и бројност подврста (видова) овог осигурања, али се о њима и не зна, сем у случају судских спорова што се дешава врло изузетно. Ако неки осигуравач упозна са њима неког од теоретичара ове области права, овљај самим тим није овљашћен да их саопштава ни у сврхе образовања односно науке, осим ако за то добије изричито одобрење овлашћеног заступника компаније. И ако се овај последњи нађе у улози саговорника таквог осигуравача, биће идентична ситуација претходној, и само под тим условом му одавање тајне не навлачи на врат плаћање великог износа накнаде штете.

Изглед осигурања кредита у стриктном смислу речи, може се то са сигурношћу утврдити, је најчешће такав да у њему својство осигураника има оно лице које је дало (одобрило) кредит саговорнику из основног посла¹⁴, па се овим уговором осигурава од ненаплате свог потраживања из тог посла. Обавеза плаћања потраживања осигуранику може(већ према садржини уговореног) настати или услед дефинитивног губитка потраживања или услед неостваривања потраживања о року (ризик неплаћања о року или ризик продуженог неплаћања о року). Исплаћује се накнада услед неостваривања потраживања и може њоме бити обухваћена само стварна штета (као код иносигурања имовине на које се односе норме корпуса *ius cogens*, ако је тако уговорено, али и сума осигурања и када још није извесно да ли је настала штета како се она третира ког осигурања имовине у ужем смислу, дакле код осигурања обухваћених законима са скоро искључивим когентним нормама.

Уговор о осигурању кредита у стриктном смислу речи је двостранообавезан, увек теретан уговор. За разлику од банкарске гаранције, на пр. код које је чињеница да ли се за дату гаранцију дугује или не дугује противвредност небитан елемент тог правног односа. Премија која се дугује по основу уговора о осигурању кредита је стварна, актуаристичким методама уговорена, дакле, тржишна цена сношења ризика обухваћеног осигуравајућим покрићем као код било које друге врсте осигурања. Уговор о осигурању кредита је, следствено томе, једна од варијација

¹³ ЗОО, чланови 142 и 143.

¹⁴ Осигураник из осигурања кредита у ширем смислу речи може, међутим, бити на пр. банка која се обавезала банкарском гаранцијом ако је ризик покривеносигурањем кредита у ширем смислу немогућност остварења регресног потраживања од свог налогодавца по исплати уговорене суме кориснику банкарске гаранције.

осигурања имовине, али необухваћена когентним нормама какав је случај код осигурања имовине према законима (континенталном праву) који представљају *sedes materiae* за област осигурања имовина какав је случај са нашим ЗОО. Разумљиво је, стога, да се код њега, јер представља по правној природи осигурање тј, подразумева собом услугу сигурности а не један од познатих или новонастајућих банкарских услуга, плаћање се може вршити из овог уговора само носиоцу интереса осигурања, дакле повериоцу из кредитног односа независно од тога ко је закључио уговор, односно ко сноси плаћање премије осигурања или и целокупне трошкове овог посла

14. Уговор о осигурању извозних кредита¹⁵

Све примедбе које осигурању кредита оспоравају правну природу осигурања, везују се углавном за осигурање извозних кредита. Под тим називом се често скривају дампиншки послови, и неопходно је са посебном пажњом разматрати постоје ли, код случајева означених као осигурање извозних кредита, сви битни елементи правног односа осигурања или не. Нарочито се замерке односе на то да се код ове врсте не води довољно рачуна о актуаристици, а да је и она битан елемент правног односа осигурања. Ми се са тим не би сложили у потпуности, јер се актуаристиком “брани”, “чува” осигураник од ризика стечаја осигуравача, а код осигурања кредита и још код неких врста (на пр. социјалног осигурања) гаранција државе за обавезе осигураника елиминира тај ризик.

Друга примедба, код *del credere* осигурања кредита, је да се врше исплате, по основу овог осигурања, и када се потраживање не оствари о року, на време, а не тек када је дефинитивно престала могућност наплате потраживања. Ни ова примедба не стоји, јер је у свету послова са банкама и другим финансијским институцијама, време враћања дуга скоро увек битан елемент посла, а закашњавања се санкционишу раскидањем послова *ipso iure*. Стога је оправдано сматрати настанком осигураног случаја свако закашњење у испуњавању новчаних обавеза, ако је тако уговорено или предвиђено општим условима пословања осигуравача ове врсте осигурања. Врсте осигурања кредита у ширем смислу, када су подврста имовинског осигурања, осигуравач се суброгира у права свог осигураника према штетнику кадгод би његов осигураник, у својству оштећеног, имао право избора између права оштећеног према штетнику и права осигураника према осигуравачу.

Уговор о осигурању извозних кредита ће у истом смислу бити процењиван да ли је или не, у односу на битан елемент овог уговора–плаћање премије осигурања

¹⁵ У једном моменту смо имали осигурање извозних кредита регулисано на посредан начин: путем Закона о Југословенској банци за међународну економску сарадњу. Ова банка је обављала неке врсте осигурања потраживања везаних за извоз. То су били, на пр. осигурање продајчевог потраживања према купцу код продаје робе на кредит, осигурање потраживања из уговора о извођењу радова у иностранству, а на кредит, осигурање потраживања извођача радова из уговора о грађењу или из уговора кључ у руке (продаји будуће ствари) од ризика инсолвентности дужника или ризика неплаћања цене о року, осигурање од ризика да унапред плаћена роба не буде испоручена. О осталим случајевима осигурања кредита и у ужем и у ширем смислу речи види књигу (учбеник) овог аутора “Облигационо право”, Београд, 1989, издање Савремене администрације, нарочито стране 354 до 358.

као стварне (тржишне) цене ризика, како се то чини, на пример, и код процењивања уговора о продаји када је цена испод тржишне. Следствено томе, и уговори о осигурању извозних кредита, попут уговора о социјалном осигурању, подлежу, као сва друга осигурања, правилима технике осигурања, тј. правилима економичности обављања овог посла услуге сигурности, стручно названим, аналогно примењеним методама, актуаристика. И следствено томе, биће или не уговори о осигурању односно дампиншки послови, у зависности од тога да ли, на пр. има равнотеже између износа прикупљених од премија (доприноса) осигурања у фондове датих ризичних заједница, макар и у много дужем периоду него то бива код највећег броја односно врста осигурања, и исплаћених сума осигураницима по наступелим осигураним случајевима. Утом случају премије (доприноси) представљају стварну цену ризика. Дакле, макар то било и у много дужем периоду него код највећег броја (врста) осигурања, изједначавају се износи убраних премија по појединим врстама ризика, са једне стране, и износи које је по истом основу осигуравач исплатио члановима исте ризичне заједнице код којих су наступили ризици обухваћени осигуравајућим покрићем.

15. Осигурање обезбеђења потраживања¹⁶

Осигурања потраживања (кредита) нису, следствено томе, осигурања разноврсних обезбеђења извршења обавеза попут осигуравања живота дужника на случај (његове) смрти, на пример. Нестајање дужника повећава вероватноћу ненаплате потраживања, и поверилац потраживања, обвезивањем садужника да се осигура на случај смрти, повећава вероватноћу наплате свог потраживања. Није осигурање кредита ни осигуравање непокретне ствари (куће, на пр.) под хипотеком које чини дужник на захтев свог повериоца у чију је корист уговорена хипотека. То је осигуравање средства обезбеђења потраживања које такође повећава вероватноћу наплате, јер се и поред нестајања те куће као предмета хипотеке (када би и она сама, хипотека, престала да постоји), успева да осигурање то спречава, Осигурана сума (накнада штете због наступања осигураног случаја), ступа на место насталог предмета хипотеке (реална суброгација), те осигуравач не сме да исплати сауговарачу дуговану своту док се не врати дуг обезбеђен хипотеком, а ако до тога не дође наплата потраживања обезбеђеног хипотеком врши се из те своте. Код ових осигурања дужник из кредитног односа најчешће закључује уговор о осигурању (свог) живота на случај смрти, а корисник осигурања је осигуравач из осигурања кредита. Или такав дужник закључује уговор о осигурању куће под хипотеком од пожара и других природних догађаја који могу угрозити њено постојање, те и од радњи евентуалних штетника. Уговор се закључује на захтев повериоца из кредитног односа (основног посла), и у његову корист, тј поверилац је бенефицијар.

¹⁶ Види напомену 17.

16. Осигурање поверења

Ово осигурање има за предмет суму новца која се, по неком облигационоправном основу, налази код саговорника и може бити недоступна њеном власнику ако детентор новца изигра поверење титулара права на новцу на коме његов саговорник има само детенцију (fidelity insurance). Најчешће се у улози детентора знатних сума новца које може да проневери налази прокуриста с обзиром на широк обим овлашћења на заступање фирми које подразумева ова врста заступанства. Осигурање поверења осигураник се брани од ризика изигравања поверења од стране свог саговорника из најразличитијих облигационоправних односа, дакле саговорника са другим својствима, па тако све до банкарских службеника на шалтерима који у току свог дневног радног времена могу имати у детенцији немале суме новца. Навели смо случај прокуристе само као најтипичнији случај ове подврсте осигурања као осигурања кредита узетог у најширем смислу речи.

17. Уместо закључка

Најважнија функција осигурања потраживања (кредита) је отклањање ограничења за остваривање профита код страних улагања и извозних послова. Код организовања пословања осигуравајућих компанија области осигурања кредита, предлагемо јасну, лако доступну и свима разумљиву контролу од стране државе – друштва. Предлагемо да се осигуравачи обвезу да перманентно објављују извештаје о кретању обима послова и нарочито о свом финансијском стању као и, ако је и то део пословања, о обиму гаранције државе за њихове обавезе. Осигурање, у новокапиталистичким земљама па ни у нашој, не би смело да буде, такође, Елдorado за стицање профита нелимитираних граница. Како би се економским речником казало (додуше макијавелистички), нема апсолутног ограничења раста профита (тзв. продуктивистичка теорија), али је осигурање, те и осигурање потраживања код извозних послова и улагања страног капитала, скоро свуда у свету под посебном паском државе. Третира се, и са правног а не само са моралног становишта, попут уговорне камате. Максимални износи каматних стопа и профитне стопе осигурања нису унутар граница слободе уговарања. Функција овог осигурања: да отклања ограничења односно остваривање ризика који прече стицање профита из страних улагања и извозних послова, не треба да се креће само у корист капиталиста, и само у корист најразвијених како то моментално нама чини. А не чини нам се без разлога. То показује компрадорски (посреднички, за туђи рачун, а у спољнотрговинској области која се првенствено покрива осигурањем кредита) крупни капитал у земљама које се, еуфемистички, називају државама у транзицији, о чему је проницљиву анализу обавио уважени колега из Мађарске, др Тамаш Прутбергер (о чему ће надаље још бити речи). То је судбина која чека и нас, тачније речено увелико смо на путу таквог догађања. Грамзиви крупни капитал и у развијеним државама (тзв. капиталистичким центрима) продубљује јаз између богатих и сиромашних властитих држављана и повећава број ових последњих.

Богати Запад и сиромашни Југ су већ одавно ухотани испољавање слике света као целине.¹⁷

Стога и код увођења и ширења ове врсте осигурања (а то морамо учинити да би опстали као држава и народ на средокраћји путева на којима се, попут лавова у римској арени, сукобљавају интереси великих сила и њихових ортаклука – удруга), треба бити и мудар, и опрезан, истовремено попустљив и непопустљив. Треба увести врсте и начине овог осигурања који би нас одвели до чланства у Светској трговинској организацији и Европској унији попут Одисеја, све провлачењем између Сциле са једне, и Харибде, са друге стране. Не треба сметнути с ума да се тзв мондијализација не може избећи. Ово поготову када смо усред развијеног света и то на средокраћјама похода компанија најразвијенијих земаља на просторе богате сировинама и са новим законима подцењеном, учињеном јефтином радном снагом. Изведено непрестаним дробљењем држава, са једне, и укрупњавањем тих моћних компанија попут "Кока коле" на пр., са друге стране. Постиндустријска револуција не само да производи све већу међузависност у светској заједници, већ изазива промене темпом који није примерен биологији људских бића тако да има појава да се студенти, докторанди и предузетници (тзв. бизнисмени) подучавају животу у коме скоро да нема места ни за сан, који би био довољан тј, људском организму неопходан. (А о сновима и да не говоримо, осим ако нису плодотворно оваплоћени у уметничким делима који се на тржишту покажу као бестселери).

Није на нама као држави и народу да одлучујемо прихватамо ли или не глобализацију већ да се, што боље умемо, у њој снађемо и прилагодимо јој се. Најгоре ће бити ако некритично, добровољно и кобно по себе прихватимо правна решења која нам се понуде, изнебуха и богсамзна од кога, а да не покушамо да изнедримо боља а компатибилна са оним што носе токови даљег укрупњавања капитала и прихватања нових структура, и нове моћи компанија. То, одавно већ, више није само економска већ и политичка моћ и улога, тј конкуренција моћи држава као суверена. Моћне мултинационалне компаније, у спрези са великим (још већим и највећим) силама – државама, стварају правила привређивања и политичког понљашања која негирају и методе и садржаје досадашњих. Правила узимају у обзир достигнућа и садржаје постиндустријске револуције и скоро ништа више од старих процедура и досадашњег изгледа правде, права и морала. Све остало кроје по свом стасу. На нама осталима је да на време реагујемо када дара превагне над мером. Финансијска тржишта су постала глобална али не само она. Богате државе имају за оружје и ратове, али не и за помоћ државама угроженим сидом, на пример. Улагања страног капитала захтевају и осигурања и обезбеђења за

¹⁷ Овде нећемо шире о томе и стога што је у другим есејима и чланцима овог аутора било о томе више речи, те само упућујемо на писања других попут, на пр. рада др Прутбергер Тамаша преведеног и објављеног код нас под називом "Глобализација и право" у "Гласнику Адвокатске коморе Војводине", бр. 9-10/2001. г., у коме слика и критикује стање ствари насталих уз помоћ политике и права преко којих је предузетнички интерес запосзавио многе друге интересе и вредности. Он исцрпљује природне ресурсе локалног становништва, загађује природу, а прекомерним произвођењем уводи проблем отпада огромних количина чији је знатан део опасан. Равнотежа је поремећена и у високоразвијеним капиталистичким земљама, а у латиноамеричким, уемљама Трећег света и, после пада Берлинског зида, средње-источно европским дошло је до неупоредиво већег нарушавања до тада постојеће равнотеже.

која постсоцијалистичко –новокапиталистичке државе немају економске снаге, а не дају им јавне зајмове ни богате државе, ни међународни финансијери који одлуке доносе под њиховим упливом. О обнови нас, ратом разараним и разореним, и да не говоримо. Ако се према правилима ММФ мора 80% роба и услуга прометати без државне контроле, зашто не могу под контролом да буду струја и хлеб када их не увозимо ни из САД, ни из Русије. Зашто не могу, из јавних зајмова, из држава које су нас бомбардовале осиромашеним (а можда и обогаћеним) уранијумом, код нас да стигну кредити. Да то буду, на пр. кредити за мале подухвате подизања сунчаних колектора украјевима где има више од 200 дана сунца у години, ветрењача где има у изобиљу ветра, те електричних централа – поточара. Па да на те инсталације предузетници плаћају само порез на имовину попут оног на стан, пословни простор, броднице, ђерме и бунаре, и струја буде као до сада, јефтина, а попут радне снаге (која до сада није била толико, незамисливо колико, јефтина уместо да се подиже цена струје до висине коју одређује тржиште земаља које немају значајан број сунчаних дана у години, кошаву и остале буре и маестрале и потоке и реке. А све то што имамо може да утростручи количину киловат часова. И учини да наша роба на светском тржишту издржи конкуренцију захваљујући поседовању те наше јефтине сировине –струје. А да струју по европским ценама продајемо само када је извозимо. У земље у којима је живела и радила нови министар К. У. као и у остале земље, ако буду заинтересоване. То би нам могао бити точак замајац да се покрене свеколика привреда преко малих и средњих предузећа. Па да и ми станемо на зелену грану и равноправно доказујемо постојање својих интелектуалних и уметничких способности и вештина. И од тога стичемо добит, и боље него до сада збринемо своје избеглице и себе саме, те да живимо живот достојан људских бића. Живот у коме ће бити места и за мало више мирног сна, и за много више остварених малих људских жеља и снова. Да наставимо да се у томе такмичимо под равноправнијим условима са Старом дамом (Европом). У којој се ми сигурно налазимо, и били смо у њој пре оних који нам то тако жестоко и упорно оспоравају. И не дају да се на овим просторима, уз помоћ и те постиндустријске револуције и њене нове технологије, установи мало више од истина о постанку и пореклу људског рода (или можда родова – множина, дакле). Нема на нашој планети археолошких истраживања на просторима где би се постигло највише, а са најмање напора и пара. Планети, свакојаким и старим и новим оружјима преплављеној. Нека јој је сам Бог на помоћ, амин!

Marija Vučković-Radovanović, Ph.D.
Full Professor of the School of Law in Novi Sad

CREDIT INSURANCE: INCLUDING SOME TYPES OF LIENS INTO INSURABLE INTEREST

Abstract

This article defines the credit as a contractual relationship in which mutual obligations are not performed simultaneously, which may give rise to the insolvency of a debtor.

The article highlights special features and economic structure of this type of insurance. It is followed by the overview of types of insurance for liens in favor of a creditor as a party to the contract.

However, it is the business practice which regulates this kind of insurance rather than legislature.

Др Даница Попов, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

КОНЦЕПЦИЈЕ О ДРЖАВИНИ

Сажетак: *О појму државине су се у правној теорији издиференцирале две концепције, традиционална, римска која се назива и субјективна концепција, а друга модерна, германска или објективна концепција.*

Према римској концепцији, за појам државине су потребна два услова: corpus-фактичка власт на ствари, и animus-воља да се ствар држи као своја, да се има потпуна, искључива, власт на ствари (animus domini, animus rem sibi habendi). Лице које је држало ствар, али није имало вољу да је држи као своју, није било држалац него детентор и није уживало државинску заштиту. Ова концепција државине усвојена је у Code Civil-и из 1804, Аустријском грађанском законнику из 1811. Грађанском законнику за Кнежевину Србију из 1844. Општем имовинском законнику за Црну Гору из 1888. итд.

Према германској концепцији, државина представља фактичку власт на ствари. Конститутивни елемент овог појма је само corpus, али не и animus. Ова концепција која се назива и модерна, објективна, прихваћена је у Немачком грађанском законнику из 1896, Швајцарском грађанском законнику из 1907, али и нашем Закону о основама својинско-правних односа из 1996. године.

Циљ овог рада је да се критички размотре обе концепције и докаже да без воље (animusa) да се ствар држи као своја (својинска државина) или туђа (изведена државина) нема државине.

Кључне речи: традиционална, римска, субјективна концепција државине, модерна, германска, објективна концепција државине, corpus-фактичка власт на ствари, animus- воља да се ствар држи као своја,

Појам државине се у правној теорији и законодавству, одређује на два начина. Први, који је историјски претходио другом, потиче из римског права и назива се:

римска, романска, традиционална, субјективна концепција државине. Друга концепција државине, настала је у немачкој правној теорији и регулисана први пут у Немачком грађанском законнику, па се стога назива: германска, модерна, објективна концепција државине.

У правној литератури се говори о концепцијама државине, иако има предлога да се овај израз који је традиционално у употреби, замени адекватнијим као што је конструкција државине.¹ У образложењу овог изрази, проф. др М. Ведриш, истиче: “Концепција треба да одговори на питање да ли је посјед факат или право, а конструкција одговара на питање колико елемената мора имати *фактични* однос према ствари да би се у одређеном правном поретку могао назвати посједом”.² Тачно је да се ова два појма разликују, јер питање концепције државине претходи конструкцији, али чини нам се да ово образложење за разграничење није довољно. У том смислу а у недостатку другог изрази, ми ћемо се и надаље служити термином концепција.

Римска (традиционална, субјективна) концепција државине

Поред изрази римска, романска, за ову концепцију државине употребљавају се називи: традиционална, јер је од римског права до данашњих дана присутна у теорији и законодавству, а субјективна, јер за појам државине, пресудан субјективни елемент, воља да се ствар држи као своја.

У римском праву државина је спољна манифестација својине, она је фактичко извршавање садржаја права својине, корелат својине. Државина постоји кад год се неко према ствари понашао као власник, без обзира на који је начин је стекао ствар. За појам државине су потребна два услова: *corpus* - фактичка власт на ствари, и *animus* - воља да се ствар држи као своја, да се има потпуна власт на тој ствари (*animus domini, animus rem sibi habendi*).

Лице које је држало ствар, али није имало вољу да је држи као своју, (наприклад, послугопримац, закупац, пример, послугопримац, закупац, депозитар и сл.), није било држалац, него детентор и није уживало државинску заштиту. Док су закуп и услуга сматрани детенцијом дотле су, што је било нелогично, секвестра и заложног повериоца сматрали за држаоца, а не детентора, док је питање *емфитеуте*, суперфицијара и налазача било спорно.

Државинску заштиту уживали су сви држаоци, без обзира на начин стицања па било то *vi, clam, precario*. Из ови разлога и тврдња “да је класично римско право имало најужи појам државине, а најшири појам детенције”.³ Иако је класично римско право познавало само појам државине ствари касније је уведен и појам државине права - *quasi possessio*, која се односила на право плодоуживања и неке

¹ За овај израз залажу се: М. Ведриш, Уводне одредбе Закона о основним власничко правним односима, Зборник Правног факултета у Загребу, 1981/1-2, стр. 8, као и Р. Ковачевић, Куштримовић, Која конструкција државине, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1982, стр 261

² М. Ведриш, оп. цит. стр. 8.

³ О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1990. стр. 39.

стварне службености. Ово проширење државинске заштите и на неке врсте детен-тора које до тада нису уживале државинску заштиту изискивале су потребе све развијенијег промета. Постепено се под државином права почело подразумевати скоро свако трајније стање у којем је неко лице вршило извесно право, тј. вршио садржину тога права (*corpus*) и чинио то са вољом да се њиме користи у своје име (*animus*), па чак и када се радило о правима која су се извршавала без држања ствари у детенцији- право на име, породична права итд.

Канонско право је преузело и даље развило римску концепцију државине, а нарочито је проширило римски појам бестелесних ствари која се у ствари третирају као права. Под бестелесним стварима канонско право је сматрало не само стварна права различита од својине, као на пример залогу и службености, већ и брачна и породична субјективна права, статус, друштвени сталеж лица, црквене тајне (тзв. сакраменте), црквена звања, као и чисто црквена “права” било имовинска (на пр. право тзв. патронажа над неком задужбином), било црквено административна, па чак и право јурисдикције. По канонском праву сва ова права се могу стећи одржајем.⁴ Феудалном склопу друштвених односа овај појам државине права изванредно је одговарао јер је могао у себе укључити читав низ односа типичних за феудализам у виду разних права и привилегија.

Римска концепција државине прихваћена је у Code Civilu из 1804, Аустријском грађанском законнику из 1811, Грађанском законнику за Кнежевину Србију из 1844, Општем имовинском законнику за Црну Гору из 1888, Италијанском грађанском законнику из 1942, Чехословачком грађанском законнику из 1950, бугарском Законнику о својини из 1951. У нашој правној теорији и законодавству преовладала је све до доношења Закона о основним својинско-правним односима из 1980. године.

Критички осврт на римску концепцију државине

У римском концепту државине је нарочито критикован појам државине права који се супротставља државини ствари. Подела на државину ствари и државину права потиче отуда што су Римљани поистовећивали право својине са ствари на коју се то право односи. Отуда је државина ствари истовремено и државина права, па међу њима нема разлике. “Државина ствари и права само су потврда једног јединственог вишег појма, фактичке власти на стварима.”⁵ И А. Ранда такође сматра да је државина ствари у суштини државина права јер “ако је право својине правна власт на лица на ствари онда се државина појављује као фактичка власт”.⁶ Државина права је једна конструкција јер државина, као фактичка власт није могућа на правима. Ова конструкција државине права је била неопходна јер се помоћу ње у римској концепцији државине, могла проширити државинска заштита

⁴ А. Гамс, неки проблеми државине, *Анали Правног факултета у Београду*, 1954/1-3. стр. 2.

⁵ В. В. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906. I стр. 754.

⁶ А. Randa, *op. cit.* стр. 96.

и на неке облике детенције. У свим тим случајевима се иза државине права налази у ствари фактичко коришћење ствари, само не у оном обиму као код државине ствари (својинској државини), јер се овде лице не односи према ствари као својој.⁷

Државина права која је установљена ради заштите детентора проширила се до неслуђених размера у канонском праву. Свако лице чија је државина права била повређена могло је подићи *actio spoli* и тражити да му се ствар врати без обзира код кога се налази. Почев од тринаестог века световни судови су признавала и сполујску тужбу према којој: “Свако који је какву ствар једанпут посједовао или само детентирао, може искључиво на основу тог посједа сваког садашњег посједника тужити и искати повратак ствари, ако туженик не може доказати, да је тужитељ изгубио посјед законитим начином. Тужба дакле припада и детентору, она иде против сваког трећег, који се налази у посједу ствари, она је основана на ма који начин ко изгубио посјед, ако га сам није изгубио законитим правним средством.”⁸

Прве кодификације грађанског права преузеле су римску концепцију државине јер је у раној фази капитализма друштвеним потребама одговарао управо овај концепт. Овакав појам државине одражавао је период развоја индивидуалне својине засноване на сопственом раду, када се власник појављује и као држалац ствари. У свом даљем току развијени односи капитализма показују недостатке ове концепције, који су налагали измену појма државине и проширење државинске заштите. Римска концепција државине, у њеном изворном значењу постаје предмет критика нарочито немачких теоретичара, Jheringa, Gierkea и других.

Захтеви за проширењем државинске заштите и на детенторе је у даљем развоју друштвених односа била неминовност. Аустријски грађански законик, под утицајем феудалне традиције, преко конструкције државине права, омогућио је државинску заштиту на велики број лица која у свакодневном животу користе ствари у већем или мањем обиму, која по класичном римском праву нису уживала државинску заштиту. И француско право је путем посесорне тужбе *la reintegrande*, која је задржала највише елемената *actio spoli* из канонског права, проширила круг лица која су уживала државинску заштиту и на детенторе.

Помоћу римске конструкције државине права у суштини се постигао исти резултат у заштити држаоца и детентора, као и по германској, објективној концепцији државине. Између ове две концепције ипак постоји разлика јер се путем државине права ограничава заштита детенције на одређену меру, што не важи за германску концепцију. Помоћу државине права омогућава се проширење државинске заштите, а да се не мора прибећи потпуном укидању разликовања између државине и детенције, као што би то морало настати усвајањем германске концепције државине.⁹

Имајући у виду да је у нашем праву до доношења Закона о основним својинско-правним односима, из 1980. године, важила римска концепција држа-

⁷ В. Спаић, Проблеми задржавања института посједа у нашем праву, Народна управа, 1966/11-12. стр. 349. .

⁸ А. Egersdorfer, Предавања о Пандектама I, Загреб, 1929. стр. 225.

⁹ В. Спаић, оп. цит. стр. 349.

вине, у правној теорији је било мишљења да је она прихватљива за наше право у односу на германску концепцију државине.

Све замерке римској конструкцији државине у погледу државине права могле су се уклонити не дирајући у сам појам државине.

Једна од могућности била би да се задржи појам државине права као конструкција за фактичко коришћење ствари. Разлози за овакво одређење били би пре свега практичне природе: детентори би добили државинску заштиту помоћу конструкције која се уклапа у римски појам државине, и која поред вредности везаних за традицију не смета ни нашем данашњем правном уређењу.¹⁰

Друго могуће решење било би да се детенторима пружи посебна заштита, и да се као таква призна “а не да се навлачи на калуп државинске заштите иако у спровођењу неће бити разлике међу њима”.¹¹ Професор Р. Леградић сматра, да и поред тога што римски систем није развио директну државинску заштиту датентора, треба задржати римски систем државине јер је најцелисходнији. Разлози целисходности леже у чињеници што “детентор у ствари има парцијалан или временски ограничен монопол на ствари вољом власника као монополисте. Ту се ради о једном својинском овлашћењу које је привремено пренесено на други правни субјект с тим да се опет врати власнику”.¹² Овом мишљењу се може приговорити да је то важило за римско право у којем је значај детентора био далеко мањи него данас, где су односи који се могу квалификовати као детенција врло разумљиви и суптилни. “Не треба заборавити да је то био разлог што се у правним системима, капиталистичких земаља пружала директна заштита детенторима. То још увек не значи да би учесталост ових односа могла утицати на квалитет државинске заштите кроз државину права, под окриљем римске конструкције државине. Познато је да је француска судска пракса у крилу најчистије конструкције римске државине, признала *la reintegrande* - посесорну тужбу, као средство за заштиту у држаоца и детентора.”¹³

Германска, (модерна, објективна) концепција државине

Према германској концепцији, за појам државине потребна је само фактичка власт на ствари (*corpus*). Она се другачије назива модерном, јер се у односу на римску сматрала са вршенијом савременијом. Овај начин уређења државине прихваћен је у Немачком грађанском закону из 1896. године, а под његовим утицајем и касније кодификације. Поред поменутих, користи се и назив, објективна концепција, јер се из појма државине елиминише, субјективни елемент, воља (*animus*), чиме се изједначавају државина и детенција. “Државина је само

¹⁰ В. Спаић, Основи грађанског права, Сарајево, 1960. стр. 109.

¹¹ Р. Леградић, Теорија стварног прва и стварно право ФНРЈ, Скопје, 1957. стр. 131.

¹² Ibidem, стр. 130.

¹³ Р. Ковачевић, Куштримовић, Која конструкција државине, Зборник Правног факултета у Нишу, 1982. стр. 266.

друштвена реалност фактичке власти”.¹⁴ Факат држања неке ствари је спољна манифестација државине, али оно што се поуздано не може утврдити је воља (*animus*) ради чега се ствар држи. Она се према римској концепцији третира као воља да се ствар држи као своја (својинска воља), док према германској концепцији, она може бити не само својинска воља (*animus domini*), него и да ствар држи као туђу, одн. да на ствари врши неку ограничену, парцијалну власт (на пример, као послугопримац, закупац, залогопримац, депозитар ствари и сл.). Државинска воља уосталом није пресудна за појам државине, јер државину имају сва лица (непосредни и посредни држалац; својински и употребни; међудржалац и сл), која врше, или имају могућност да врше фактичку власт на ствари. Разлог за промену концепције државине лежи у чињеници проширења државинске заштите и на све детенторе, који су према римској концепцији, уживали заштиту посредно, као држаоци права (*quasi possessio*). Без државинске заштите у германском систему, остали су само, *Besitzdineri* -помоћници у државини, који се не сматрају држаоцима јер ствар држе за држаоца и дужни су да поступају по његовим упутствима.

За разлику од римске концепције која фаворизује својинску државину, германска концепција, фактичку власт на ствари сматра заједничком особином свих стварних права (*gewere*). *Gewere* је спољашњи појавни облик стварних права, спољна власт на ствари, као основна карактеристика стварних права.¹⁵

Објективној конструкцији државине у немачком праву допринела је још једна специфичност старог партикуларног права. Реч је о *summarissimum*, као посебном делу редовног посесорног поступка у коме је судија овлашћен да уреди државинске односе (док траје посесорна парница), ако постоји могућност да они буду насилно поремећени. Касније *summarissimum* постаје самостални посесорни поступак.¹⁶

Германска концепција државине је прихваћена у многим правним системима и послужила је као узор за појам државине у кодификацијама грађанског права XIX и XX века. Германска концепција државине усвојена је на пример, у Швајцарском грађанском закону из 1907, Мађарском грађанском закону из 1959, Пољском грађанском закону из 1964, Грчком грађанском закону итд. Наш Закон о основним (основама) својинско-правним односима из 1980. године, је рађен под утицајем Немачког грађанског законика, и прихвата германску концепцију државине. У образложењу Предлога Закона се истиче да је наше право напустило дотадашњу субјективну и усвојило објективну концепцију државине.¹⁷

¹⁴ O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Minhen, 1979. стр. 886.

¹⁵ O. Gierke, Deutsches Privatrecht, II Leipzig, 1905. стр. 190.

¹⁶ Р. Ковачевић, Куштримовић, Која конструкција државине, Зборник Правног факултета у Нишу, 1982. стр. 226.

¹⁷ Скупштина СФРЈ, АС, 93/23.

Критика германске (модерне, објективне) концепције државине

Германска концепција није никаква “модерна” концепција државине, она је заправо германска концепција која је преузета из канонског права (које се базира на римској концепцији) усвајањем тзв, *actio spolii*.¹⁸

Иако се ова концепција државине назива “германаском” због порекла из германског права, она није “германски” појам из следећих разлога.

За појам државине, према Немачком грађанском закону, захтева се само успостављање потпуне или делимичне фактичке власти на ствари. Иако се према овој дефиницији државине не захтева субјективни моменат, воља да се ствар држи као своја, него само, објективни елемент-*corpus*, то на значи да воља није и према овој концепцији потребна. Сам појам “власти” у себи имплицитно садржи субјективну вољу за држањем ствари. “Власт имплицира вољу владати. Ко нема ту вољу нема ни посјед (он је само *Besitzdiener*)”¹⁹. У правној литератури се ова воља назива “природном” вољом да би се разликовала од воље потребне за закључивање правних послова.²⁰ “Фактичка власт не бива без наше воље, ни против ње, а реч је о вољи без које у праву нема ни влаштине, ни обавеза, без које не бивамо наследници, па ипак никоме не пада на ум вољу сматрати “реквизитом” појма власништва, обавезе или наследства”.²¹

И Jhering је истицао, да фактичка власт садржи у себи и субјективан елемент, тј. субјективну намеру, која се манифестује у објективном владању, потчињавању ствари, која се самим тим објективизује и тиме постаје подређени, у објективни елемент укључени састојак државине.²²

Из наведеног, јасно произилази да нема државине без воље да се ствар држи, употребљава се и њоме фактички располаже. Воља држаоца се манифестује у вршењу фактичке власти на ствари која се поистовећује са садржином неког права. Немачки теоретичари и сами признају да је тешко одредити када постоји фактичка власт имајући у виду објективну концепцију коју усваја Немачки грађански законик. Неки чак иду дотле да сматрају “да су пропали сви покушаји да се одреди појам фактичке власти”²³ чини се да елиминација елемента воље, из појма државине, није ни била потребна имајући у виду тешкоће у погледу њеног поузданог утврђивања. Чак и када је извесно да неко лице врши фактичку власт на ствари, не зна се поуздано са каквом вољом врши ту власт, да ли са вољом да на њој има потпуну власт, као власник ствари или да врши парцијалну власт као закупац, залогопримац, депозитар ствари и сл. То у германском систему државине омогућава да у погледу исте ствари, може поред нечије непосредне државине постојати истовремено и нечињења посредна државина. За сваки облик државине, неопходно

¹⁸ М. Ведриш, *op. cit.* стр. 8.

¹⁹ Н. Гавелла, О посједниковој вољи, с обзиром на уређење посједовања засновано на објективној концепцији посједа, Зборник Правног факултета у Риједи, бр. 4. / 1983. стр. 131.

²⁰ Д. Стојановић, Нови концепт државине, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1981. стр. 87.

²¹ А. Egersdorfer, Предавања о пандактама, I, Загреб, 1928. стр. 182.

²² R. Jhering, *Das Besitzwille*, Jena, 1889. стр. 8-9, 16-17, 36.

²³ Ennecceus, Kipp; Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Recht*, III Marburg, 1932. стр. 16-17.

је да држалац има вољу одговарајућег садржаја. И државину права има само оно лице које извршава садржај права са вољом да га врши као своје право.

Из изложеног је евидентно да се германска, објективна и римска, субјективна концепција, у суштини, не разликују, поготово не у погледу *animusa*, јер је за настанак државине у оба случаја, потребан *corpus* и *animus*, с тим што у германској концепцији, *animus* није посебно истакнут.

Ни аргумент да је појам државине као фактичке власти на ствари последица германског “*gewere*”, није у потпуности тачна. “*Gewere* није било само пука фактичка власт на ствари већ је било и правна форма, признато право којем је фактичка власт сачињавала само садржину. Према томе *gewere* није било само фактичка већ и правна власт. Фактичка власт није морала непосредно да се врши, јер је постојало степенасто, подељено *gewere*. А шта је подељено, степенасто *gewere* у суштини друго, него подељена својина феудалног права. У том случају *gewere*, није специфичност германског права, већ феудалног права уопште, (иако тај аспект у другим феудалним правима није био истраживан као у германском праву). То је тако због подељености својине са једне стране, и због неразвијености правног система и правних појмова, њихових корена у примитивном неписаном, обичајном праву, недовољности апстракција и везаности права за спољне појавне облике с друге стране”.²⁴

Оно што је неоспорно, германска концепција државине, пружа непосредну правну заштиту детенторима чиме су избегнуте теоријске контроверзе у римском систему схватања државине. Али изједначавање детенције и државине, је у германском праву изведено само у погледу државинске заштите, што није случај са осталим правним последицама државине. Германска концепција државине, конципирана је тако да елиминише појам државине права. Изузетак који се помиње у пар. 1090. Немачког грађанског законика, неки немачки теоретичари не сматрају уопште државином права.²⁵

Државина према Закону основама својинско-правних односа

Наш Закон о основним својинско-правним односима, из 1980. године, успоставио је ново уређење државине, по узору на немачко и швајцарско право. Овај Закон усвојен је на седници Савезног већа Скупштине СФРЈ, 30. јануара 1980, а ступио је на снагу 1. септембра 1980. године.²⁶ Закон о основним својинско-

²⁴ А. Гамс, Неки проблеми државине, Анали Правног факултета у Београду, 1954. бр. 1. стр. 5.

²⁵ Већина немачких теоретичара слаже се са тим да у НГЗ не постоји државина права. М. Волф сматра да у НГЗ постоји државина права предвиђена пар. 900. и 1090. НГЗ. Ови прописи говоре о табуларном одржају, што представља нешто друго, а не државину права. Ennecerus, Kipp, Wolff. op. cit, стр. 66.

²⁶ Закон о основним својинско-правним односима, објављен је у “Службеном листу СФРЈ” бр. 6/1980. од 18. фебруара 1980. године.

правним односима новелиран је у два наврата. Први пут 1990²⁷, а друга значајнија измена извршена је 1996. године. Измене из 1996. су биле значајније, а и Закону је промењено име, у Закон о *основама* својинско-правних односа.²⁸ Државина се овим Законом (у даљем тексту ЗОСО) регулише на основама тзв. објективне, модерне концепције државине, према којој је за појам државине довољно, само постојање фактичке власти на ствари.

Приликом доношења Закона, у Комисији која је била задужена за његову израду било је великих дискусија и полемика у погледу опредељивања за објективну концепцију државине. Било је мишљења да треба задржати традиционални, римски, субјективни концепт државине, који је у нашем праву важио пре рата и има дугу традицију на југословенским просторима.²⁹ Чињеница је да се законодавац определио за нов начин уређења државине који је у односу на традиционални концепт пошао од шире и обухватније заштите лица која су се сматрала држаоцима.

У образложењу Предлога Закона је стајало: "Код регулисања државине, законодавац се определио за модерну (објективну) концепцију државине, по којој је држалац свако лице које врши фактичку власт на ствари, без обзира да ли при томе ту фактичку власт на ствари врши за себе или за другог. Битно је да она од вршења те фактичке власти за себе извлачи одређене користи и стога јој се пружа државинска заштита. Дакле напуштена је досадашња субјективна (римска) концепција државине коју су усвајала и правила из предратног права, по којој државинску заштиту ужива један ужи круг лила, док тзв. детентори (природни држаоци), који врше фактичку власт на ствари по неком другом правном основу, нису уживали директну државинску заштиту. По одредбама Предлога Закона, државинску заштиту не ужива само лице које по основу радног или сличног односа, или у домаћинству, врши фактичку власт на ствари за друго лице, и дужно је да поступа по упутствима тог другог лица (члан 71)".

У нашој правној теорији као што је напоменуто било је и критика на рачун објективне концепције државине. "Што се тиче теоријских разлога који су могли утицати на промену конструкције појма државине, њих једноставно нема. А они нису стајали ни онда када настаје објективна конструкција државине. Наиме, она не настаје ради побољшања државине у правнотехничком смислу, већ се појам државине мења само ради непосредне државинске заштите детентора. Проширење државинске заштите у немачком праву је било диктирано разлозима развијеног

²⁷ Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима ("Сл. Лист СФРЈ" бр. 36/1990. од 12. јуна 1990.).

²⁸ Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима ("Сл. Лист, СРЈ", бр. 29/1996. од 26. јуна 1996.)

²⁹ У поткомисији за својинско-правне односе Комисије за цивилни кодекс се за полазну основу узело објективно схватање државине (текст и коментар предлога законских одредби о државини израдила је и коментарисала, С. Крнета). У дискусији поводом предложеног текста водила се оштра полемика, имајући у виду залагање Ч. Рајачића за, традиционалну, римску концепцију државине(в. Ч. Рајачић, Посјед, опће одредбе са образложењем. С обзиром на подељеност чланова у Поткомисији, није дошло до усаглашавања ставова, тако да је коначну реч ење, донела Конисија за Цивилни кодекс која се определила за објективну концепцију државине, по узору на немачко и швајцарско право.

капитализма у коме све већи број субјеката различитих од власника долази у додир са капиталом”.³⁰

Иако је наш Закон о основама својинско-правних односа, усвојио германску, модерну концепцију државине “не би требало да нас много импресионира израз “модерна. Та “модерна концепција” није толико модерна, колико је правна теорија њоме била усхићена, онда је очигледно да “модерна, германско-канонска конструкција нема никаквог оправдања у нашем правном систему”.³¹

Без обзира на критике упућене на рачун објективне концепције која је прихваћена у Закону о основама својинско-правних односа, мишљења смо да је објективна концепција по својој ширини пружила државинску заштиту широком кругу лица која су по римској концепцији остала без државинске заштите. Појам државине права, који је био споран од његовог настанка до данас, сведен је, сасвим оправдано, само на државину права стварне службености (члан 70. став 3.). Без државинске заштите остали су само “помоћници у државини” (*Besitzdieneri* немачког права) који се не сматрају држаоцима. Наш Закон ова лица назива “лица која немају државину”. За ова лица се користе термини: “детентор”, “придржник”, “помоћник у држању или посједовању”, “државински слуга”, “извршитељ посједовних чина за другога” итд. Да би се отклонила недоумица у погледу назива ових лица, која постоји у правној теорији и пракси, законодавац је за ова лица ипак морао да креира адекватан израз. То су “лица која по основу радног или сличног односа, или у домаћинству врше фактичку власт на ствари за друго лице, а дужна су да поступају по упутствима тог другог лица”.³²

Државина се регулише у посебном поглављу V (чл. 70-81), иза оних која се односе на право својине, право службености, и права залогa.

Иако државина није субјективно право на ствари не значи да је у систематици Закона требала да буде регулисана после њих. Чини нам се логичнија систематика коју су усвојили грађански законици (аустријски, србијански, црногорски Општи имовински законик, немачки, швајцарски итд.), према којима се државина регулише пре свих субјективних права на ствари (својине и других стварних права). Значај државине у односу на право својине и друга стварна права је управо у чињеници да државина представља основу и претпоставку за вршење стварних права, па је стога требало регулисати пре њих.

Иако је Закон третира као фактичку власт, као фактички однос, државина има значење правног института, једне правне категорије унутар постојећег правног поретка. Какав ће конкретно бити карактер овог правног института зависи од постојећег уређења својинскоправних односа, унутар којих се и обликује државина као са њима увек повезан, континуиран институт, због наведене могућности фактичке реализације садржаја постојећих правних односа, због чега се и третира као *фактичко стање заштићено објективним правом*.³³

³⁰ Р. Ковачевић, Куштримовић, оп. цит. стр. 270.

³¹ М. Ведриш, оп. cit. стр. 8.

³² Закон о основама својинско-правних односа, члан 71.

³³ Б. Визнер, Коментар Закона о основним власничко-правним односима, Загреб, 1980. коментар чл. 71. стр. 450.

Државина се Законом изједначава са фактичком власти на ствари, ако се фактичка власт врши у интересу држаоца, а не неког другог лица, без обзира да ли држалац фактичку власт на ствари врши са или без правног основа.

Закон о основама својинско-правних односа, као ни његови узорци не одређују ближе појам фактичке власти, и то сасвим оправдано. Ни правна теорија, до сада, почев од Савињиа, Јеринга, Виншајда и других, није успела да нађе општеприхваћену дефиницију. Савремена правна теорија под појмом фактичке власти обично узима да је то “оно стање, које се у општој свести, људи у друштву, као такво прихвата”.³⁴

Закон о основама својинско-правних односа не дефинише државину на генералан, свеобухватан, начин, који би важио за све врсте државине, него утврђује правила која се односе на државину ствари и државину права, с тим што се у оквиру државине ствари разликује непосредна од посредне државине. Посебно се одређује појам судржавине и државине наследника.

Камен темељац целе концепције државине која се заснива на германском појму државине је непосредна државина. Она је дефинисана на типичан “германски, објективан, начин само са елементом *corpus*-а. “Непосредну државину има свако лице које непосредно врши фактичку власт на ствари”.³⁵ Законом су у даље у том истом члану 70, ставови 2. 3. 4. као и државина наследника у члану 73. регулисане остале врсте државине. Можда би било боље решење да је законодавац дефинисао државину ствари на један уопштен начин који би важио за све врсте државине, док би специфичности везане са сваку врсту појединачно посебно регулисао. Мислим да би одговарала једна генерална клаузула да је “државина фактички и однос који ужива правну заштиту” или “државина је фактичка однос која држаоцу омогућава фактичко располагање са ствари” и сл.

На овом месту се не би детаљније бавили појмом и врстама државине у нашем праву јер би то могла бити тема неког другог рада, него би само констатовали да су одредбе о државину у Закону о основама својинско правних односа требале бити боље и прецизније формулисане.

³⁴ M. Wolff, *op cit.* стр. 17.

³⁵ Закон о основама својинско-правних односа, члан 70. став 1.

Danica Popov, Ph. D.

Associate Professor of the School of Law in Novi Sad

CONCEPTS OF A POSSESSION

Abstract

There are two ways to define a possession. The first originates in Roman law which eventually determined its name: Roman, traditional or subjective possession. This concept of possession comprises two elements: *corpus* – effective possession, and *animus* – intention to keep a thing as ownership and to exercise all rights incorporated in property rights. Holders without this intention could not claim possession but only detention.

The other concept of possession is so-called German, modern, objective concept of possession which requires only one objective element, *corpus* – effective possession. Although *animus* is not a constitutive element of such a possession, there is no possession if appropriate intention does not exist. Contrary to the Roman concept of possession, the possession here exists if a holder's intention does not include determination to exercise all property rights, i. e. intention to be the owner. Possession will exist if there is intention to exercise only few property rights (as usufructuary, lessee, borrower, bailee, etc.). The Roman concept of possession had been accepted by our legal system before the Property Act of 1980 (its name was slightly changed in 1996). This Act accepted the German, objective concept of possession. This article highlighted both advantages and disadvantages of both concepts and put forward few suggestions how to improve the formulation of a possession in our law.

Др Душан Николић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

О ЈЕДНОМ НЕРЕАЛИЗОВАНОМ ЗАКОНОДАВНОМ ПРОЈЕКТУ

***Сажетак:** Готово два пуна века испуњена су безуспешним настојањем да се материја грађанског права уреди јединственим и оригиналним грађанским закоником који би одговарао нашим приликама. У раду су наведени подаци о најзначајнијим кодификаторским пројектима у тој области до средине XX века. Тај историјски преглед завршава се расветљавањем мање познате чињенице да је почетком четрдесетих година формиран експертски тим за израду оригиналног грађанског законика у чијем су саставу били млађи наставници београдског Универзитета: Михаило Константиновић, Божидар С. Марковић, Мехмед Беговић и Миливоје Марковић. О судбини овог пројекта сведоче документи који су наведени у раду.*

Кључне речи: Грађанско право, кодификација, унификација, грађански законик

I

Од обнављања српске државности, првих деценија XIX века, до наших дана, било је више покушаја да се материја грађанског права у целини уреди јединственим закоником који би по нормативним решењима одговарао културном наслеђу, економским приликама и реалним развојним могућностима.

II

Забележено је да је темишварски адвокат Максимилијан Симоновић још у време Другог српског устанка (1815 – 1830) превео Аустријски грађански законик (*Allgemeines österreichische bürgerliches Gesetzbuch*) из 1811. године, са немачког на српски, и да га је потом прилагодио приликама које су владале у тадашњој Србији. Требало је да текст буде одштампан у Бечу 1828. године, али аутор за то није добио сагласност дворског Ратног савета (*Hofkriegsrat*).¹ На основу расположиве документације може се закључити да је овај покушај увођења закона у Србију пропао из политичких разлога. Принц Хоенцолерн, тадашњи председник Ратног Савета и Кнез Метерних, аустријски државни канцелар, сматрали су да Срби својим понашањем не заслужују такву предус-ретљивост.²

III

Годину дана касније, кнез Милош Обреновић је наложио да отпочну службене припреме за израду српског законика. Најпре је наложено Грку Ге-оргију Захаријадесу да преведе Француски грађански законик (*Code civil des Français; Code Napoleon*) из 1804. године (са немачког на српски), јер се сматрало да тај кодекс може послужити као добра основа за кодификацију домаћег права. Међутим, по општем мишљењу превод је био прилично лош. *Законо-давна (Законодателна) комисија* која је формирана 1830. године са задатком да из страних прописа одабере одредбе примерене тадашњој Србији, ни након вишегодишњег рада није успела да од такве грађе сачини ваљан нацрт законика. Зато је Кнез одлучио да затражи помоћ са стране. Године 1836. позвао је Василија Лазаревића, градоначелника Земунa и Јована Хацића, сенатора новосадског Магистрата, да у Србији организују законодавни рад. Израда Грађанског законика поверена је Хацићу.³ Он је током четворогодишњег рада (1838 – 1842) сачинио нацрт који је у основи представљао скраћену и донекле измењену верзију Аустријског грађанског законика. Измене су у већини случајева биле толико мале да многи сматрају да је усвајање Хацићевог пројекта 1844. године⁴ означило делимичну рецепцију АГЗ-а и приступање Србије германском правном кругу.⁵ По општем мишљењу, *Законик грађански за Књажество Србију* био је већ у време доношења у нескладу са практичним потребама. Језик којим је писан био је стран народу. Уз то, многа нормативна

¹ Молба Максимилијана Симоновића заведена је у протоколу Ратног Савета под бројем 1343. од 21. децембра 1827. године.

² Опширније: Алекса Ивић, *Грађа за историју нашега права: Неуспели покушај штампања законика за Србију године 1828*, Архив за правне и друштвене науке, књига XXIII, бр. 5/1931, стр. 361-363.

³ В: Мираш Кићовић, *Јован Хацић (Милош Светић)*, Нови Сад, 1930, стр. 69. и др.

⁴ Законик је објављен марта 1844. године.

⁵ В: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2001, (треће издање) стр. 18. и 23.

решења дубоко су противречила традицији и тадашњим схватањима. Због свега тога Грађански законик је од самог почетка био предмет озбиљних критика.⁶

Наредних година текст Законика је у више наврата мењан и допуњаван да би се бар донекле ублажио растући несклад између нормативних решења и правне праксе.⁷ Међутим, никада није извршена целовита ревизија. Парцијалне измене и допуне су допринеле да и иначе недовољно систематичан Законик буде још мање прегледан и разумљив народу.⁸ Због тога је крајем XIX века у стручној јавности преовладало мишљење да се проблем може у потпуности решити само доношењем потпуно новог кодекса.

IV

Комисија за израду пројекта новог законика формирана је 1908. године. Њен задатак је био да нормативно уобличи материју општег дела, стварног и тражбеног (облигационог) права.⁹ Остале сегменте је, по мишљењу редактора, требало уредити посебним прописима, да би се избегле честе измене и допуне законика. На разложност таквог решења упућивало је искуство земаља које су се определиле за сличну нормативну концепцију.¹⁰ Стручна јавност је с разлогом очекивала да ће нови кодекс бити писан по узору на Швајцарски грађански законик (*Zivilgesetzbuch*) из 1907. године. Међутим, за основу су узета решења Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich*) из 1896. године.

Пројекат је завршен 1914. године, пред сам почетак Првог светског рата. У ратним условима рад на усвајању законика није могао да буде настављен, а потом је уследило уједињење. Околности су се тада битно промениле и пројекат је остао нереализован.

⁶ В: Павле Шероглић, Бачка вила за 1845; Павле Шероглић, *Реплика на одговор господина Милоша Светића*, Нови Сад, 1847; Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе*, прва свеска, Београд, 1908...

⁷ В: Новеле из 1864, 1869, 1872 и 1911.

⁸ Познати цивилиста и тадашњи професор Правног факултета у Београду, др Драг. Аранђеловић је тим поводом изнео следећу констатацију: "Наш грађански законик правнички је уникум првога реда. Мучно да би се могао наћи још који редактор закона, код кога би се толико испољила неспособност за састав законика, као што је то код редактора нашега законика. Без јасних правних појмова, без система, оскудицом прецизних израза и недовољним регулисањем најважнијих правних установа, наш је законик права срамота за правнички свет у Србији. (...) И за све се имало времена, само не за реформу грађанског законика, тог камена темеља свима приватно-правним односима у држави." (Драг. Аранђеловић, *Расправе из приватног права*, Београд, 1913, стр. 145.).

⁹ Опширније: Живојин Перић, *Један нов рад на кодификацији приватног права*, Архив за правне и друштвене науке, књига X, св. 6/1911.

¹⁰ В: *Општи имовински законик за Црну Гору* из 1888. године.

V

У време уједињења, 1918. године, на подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, био је наглашен партикуларизам у готово свим областима права. У складу са начелом правног континуитета свуда је примењивана затечена регулатива. На територији Србије (и данашње Македоније), примењиван је Грађански законик из 1844. године; у Црној Гори је важио Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године; у Словенији и Далмацији примењиван је Аустријски грађански законик са тзв. ратним новелама из 1914, 1915. и 1916; у Хрватској (без Далмације) и Славонији у примени је био неновелирани Аустријски грађански законик (*Onhi грађански законик*), у Босни и Херцеговини је у области имовинских односа примењиван Аустријски грађански законик, док су у области породичног и наследног права за хришћане важили црквени канони и обичајна правила понашања а за муслимане – шеријатско право; на подручју Међумурја, Прекомурја и Војводине (без Срема, а са делом Барање) важило је угарско обичајно и прецедентно право (изузетно, на подручју Окружног суда у Панчеву и среских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу, на простору некадашње Војне Крајине (границе), као *ius particulare* примењиван је Аустријски грађански законик.).

У Војводини је угарско правно наслеђе непрестано мењано. Непосредно након уједињења, стављени су ван снаге угарски прописи који су били противни интересима нове државе. Остатак наслеђене правне регулативе је повремено у потпунавањ, мењан или потискиван законима и подзаконским актима Краљевине СХС (Југославије).¹¹ Тако је у Војводини настајао особен систем приватног права који се разликовао од угарског правног наслеђа али и од права које је важило у другим деловима Краљевине. Због тих специфичности, 1920. године у Новом Саду је формирано посебно одељење Касационог суда (одељење Б), са веома широким овлашћењима. Оно је попут некадашње Краљевске Курије у Будимпешти, доносило одлуке прецедентног карактера. Захваљујући специфичној улози Касационог суда у Новом Саду, временом је уобличен аутохтони *систем војвођанског приватног права*.¹² Он је ажурно пратио промене у друштву и у релативно високом степену задовољавао потребе правне праксе.¹³ Међутим сама примена војвођанског приватног права била је прилично сложена. Изискивала је добро познавање бројних одлука које нису биле службено кодификоване. Неке од њих је пре више деценија донела угарска Краљевска Курија, па их је утолико било теже наћи. Осим тога, те

¹¹ В. нпр. Уредбу о ликвидацији ратног стања, од 9. VII 1920. (Службене новине, 148/1920); Закон о привременој измени појединих правила о поступању у неспорним делима и законика о судском поступку у грађанским парницама на територији Апелационог суда у Новом Саду, од 23. VI 1922 (Службене новине, 294/1922).

¹² В: Aleksander F. Jesensky – Паја Ј. Протић, *Приватно право у Војводини*, Сомбор, 1922; Звонимир Пишкулић – Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Београд, 1924; Глиша Богданфи – Никола Николић, *Опште приватно право које важи у Војводини*, Панчево, 1925.

¹³ В: Душан Николић, *Приватно право у Војводини и Српски грађански законик између два светска рата*, реферат на научном скупу *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 – 1994)*, објављен у истоименом зборнику, Ниш, 1995, стр. 45. и др.

одлуке су биле донете у битно другачијим историјским околностима, за други простор и за друго време. . .

Због свега тога, међу правницима није било спорно да у Краљевини без одлагања треба извршити кодификацију и унификацију права.

VI

Припреме за кодификацију и унификацију права отпочеле су непосредно након уједињења. О озбиљности намере да се у што краћем року превазиђе проблем правног партикуларизма, сведочи и чињеница да је форми-рано посебно министарство за изједначење закона.¹⁴ При Министарству правосуђа је 1919. године образован Стални законодавни савет који је био задужен за координацију рада министарстава и Законодавног одбора Народне скупштине.¹⁵ Видовданским Уставом из 1921. године уведен је скраћени поступак за разматрање и усвајање предлога закона који су имали за циљ уједначавање правне регулативе.¹⁶ Таква процедура је била предвиђена за период од пет година од ступања Устава на снагу. То значи да је планирано да се у петогодишњем периоду изврши кодификација и унификација целокупног права.

У почетку је предност давана прописима из домена јавног права. Они су били неопходни за нормално функционисање новостворене државе и било је разумљиво да им треба дати приоритет у односу на прописе у области грађанског права. Уз то, као што је записано у предговору једне књиге из тог доба, “наравно је, да законе и наредбе те судску праксу приватноправне нарави, која вреди на овом правном подручју није могуће од данас до сутра променити те са другим законима надоместити, него је у интересу правног континитета и правне сигурности потребно дуље време, док се јавно мњење приљуби правном животу другог мишљења, да се начела истог променити могу”¹⁷

Истовремено са доношењем казних и других јавноправних прописа, радило се на кодификацији и унификацији грађанског права. У оквиру Сталног законодавног савета при Министарству правосуђа, формиран је посебан приватноправни одсек који је био задужен за израду нацрта новог, јединственог грађанског законика.

VII

Тим стручњака који је радио на овом пројекту од самог почетка био је суочен са мноштвом проблема правне и политичке природе. Посебну тешкоћу су

¹⁴ То министарство је укинато тек 1938. године.

¹⁵ Стални законодавни савет је укинут 1929. године, када је уместо њега формиран Врховни законодавни савет. В: Закон о Врховном законодавном савету и комисијама стручњака при Министарству правде (Службене новине бр. 23/1929).

¹⁶ В: чл. 133. Устава

¹⁷ Aleksandar Jesensky – Паја Протић, *op. cit.*, стр. 1.

представљале разлике у правној развијености појединих правних подручја. Због те неуједначености, законописци су за полазиште узели Аустријски грађански законик из 1811. године. Наиме сматрало се да је тај кодекс много ближи просеку права које је важило у Краљевини, него швајцарско грађанско законодавство или нпр. Немачки грађански законик из 1896. Осим тога, није занемарена ни чињеница да су многа нормативна решења Аустријског грађанског законика примењивана у већини правних подручја пре уједињења и стварања Краљевине СХС. (СГЗ из 1844. године је био компилација АГЗ; осим тога, аустријско право је било у непосредној примени на простору данашње Словеније, дела Хрватске, Босне и Херцеговине, као и у једном делу Војводине).

Преднацрт новог законика, који се у стручној литератури помиње као *Предоснова*, завршен је и стављен на увид јавности тек 1934. године. Упркос темељном и дуготрајном раду експертског тима, уследиле су бројне критике.¹⁸ Започете су расправе о конкретним нормативним решењима, али и о разложности одлуке да се за полазиште узме баш Аустријски грађански законик. Због тих спорова али и због политичких промена које су уследиле након крупних историјских догађаја, било је евидентно да Предоснова неће бити прихваћена.

Имајући све то у виду, поједини угледници правне мисли zaloжили су се за израду новог, оригиналног грађанског законика који би био примерен културном наслеђу, актуелним друштвеним приликама и реалним развојним могућностима.¹⁹

VIII

Све до недавно, широј правничкој јавности била је непозната чињеница да је почетком четрдесетих година XX века у припреми био пројект новог, оригиналног грађанског законика. Подаци о томе били су пуних пет деценија скривени у дневничким белешкама професора Михаила Константиновића, које су објављене тек 1998. године.²⁰ На жалост, то драгоцено издање, нашло се у књижарама у невреме, можда прекасно, непосредно пред почетак ратних дејстава. Књига је прошла готово незапажено, без одјека, мада је у себи носила поруке и поуке из времена које је неодољиво подсећало управо на време у ком живимо. На страницама писаним руком корифеја правне науке, предратног (и послератног) професора београдског правног факултета, учитеља престолонаследника Петра Карађорђевића, министра правде у Влади Цветковић-Мачек, поратног законописца, одсликани су многи призори из политичког и правног живота Краљевине. На једној од страница, налази се и сведочанство о томе да су вођени озбиљни разговори о

¹⁸ В: Bertold Eisner – Mladen Pliverić, Мишљења о предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију, Загреб, 1937; Живојин М. Перић, Образложење параграфа 1. -319. Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију, издање Министарства правде, Београд, 1939.

¹⁹ В: Божидар С. Марковић, Реформа нашега грађанског законодавства, Београд, 1939, стр. 40. и др.

²⁰ Михаило Константиновић, Политика споразума (Дневничке белешке 1939-1941; Лондонске белешке 1944-1945), Нови Сад, 1998.

изради нацрта оригиналног грађанског законика. Планирано је да на том пројекту раде Михаило Константиновић, Божидар С. Марковић, Мехмед Беговић и Миливоје Марковић,²¹ млади наставници универзитета и одлични цивилисти. Од такве групе се с разлогом могао очекивати добар нацрт. Међутим, времена за реализацију пројекта, по свему судећи, није било. Неколико месеци касније отпочео је рат на простору Краљевине Југославије. Но, да ли је нешто урађено на том плану? Јесу ли остале неке фрагментарне обраде грађанскоправне материје или други списи који би могли да буду од користи будућим законописцима? Одговори на та питања нису се могли наћи у дневничким белешкама професора Константиновића. Због тога сам се писмом обратио професору Божидару С. Марковићу, са којим сам од раније био у преписци. Неколико дана касније добио сам одговор. У писму професора Марковића од 27. марта 2000. године је писало: “Жао ми је међутим што нисам у могућности да Вам наведем и неке нове конкретније податке о изради нацрта новог оригиналног Грађанског законика који је требало да израдимо нас четворица тј. Михаило Константиновић, Мехмед Беговић, Миливоје Марковић и ја. О томе пројекту су вођени само прелиминарни разговори који су у самом зачетку били прекинути наступањем ратних догађаја, тако да је то остала само једна неостварена идеја...”

Са жаљењем можемо закључити да је рат омео једну од најбољих стручних екипа да сачини дугоочекивани оригинални грађански законик. Поражавајуће је и то да је од свега остала само једна кратка дневничка белешка...²²

²¹“Уторак, 4. март 1941. У 8 часова примио Миливоја Марковића и са њим говорио о изради Грађанског законика. Сложили се да правимо оригинално дело, он, Б. Марковић, Беговић и ја. “ (Михаило Константиновић, *op. cit.*, стр. 306-307).

²² Опширније о послератним кодификаторским радовима: Душан Николић у предговору за пречишћен текст Закона о основама својинко-правних односа, *SCI*, Нови Сад, 2000.

Dušan Nikolić, Ph. D.

Associate Professor of the School of Law in Novi Sad

SOME REMARKS REGARDING AN UNSUCCESSFUL CODIFICATION

Abstract

It has been almost two centuries of futile efforts to gather civil law rules in a single and unique civil code which would aptly respond to the needs of our community. This article also studies all major civil law codifications drafted by the mid of the 20th century. This historical overview is concluded by an important piece of information which was not quite known: at the beginning of 40-ties the project of drafting a civil code was given to the team of experts comprised of young teachers of the Belgrade University: Mihailo Konstantinović, Božidar S. Marković, Mehmed Begović and Milivoje Marković. The author of this article provides documents which tell the story of this project.

*Др Александар Ђурђевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

НЕКА ИСКУСТВА У ОРГАНИЗОВАЊУ СЛОЖЕНИХ ДРЖАВА И АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ ЈУГОФЕДЕРАЛИЗМА

***Сажетак:** Рад је посвећен организовању сложених држава и модалитетима њиховог уставноправног дефинисања. Посебно је обрађена еволуција федералних принципа у Југославији са нагласком на савремену уставноправну и политичку ситуацију. Нагласак је стављен на положај и функцију извршне власти у федералним заједницама са освртом на извршне органе постојеће југословенске федерације и најстарије федералне заједнице*

у свету.

Кључне речи: федерација, извршна власт, шеф државе, влада.

I

Федерализам и федерално устројство држава представља једно од суштинских питања организовања сложених друштвених заједница. Оно је старо, али и актуелно цивилизацијско питање са новим елементима, обележјима и карактеристикама. Посебно у двадесетом веку федерализам је питање од изузетне политичке и државноправне важности. Питање федерализма је било и остаје један од најсложенијих проблема државног права и савремених међудржавних односа. Улога федералистичких принципа у стварању државних заједница у прошлости је била велика али и данас није изгубила на значају. Њихова примена захтева мудрост, зрелост и визионарство политичких субјеката, који се за њега залажу и на тим принципима истрајавају.

Федерализам као принцип организације сложених држава није статичка категорија. Искуства бројних федерација у свету показују динамичност и еластичност у његовој примени. Може се заправо говорити о еволутивности федерализма као његовој битној карактеристици. Федералне заједнице се временом мењају

нормативним и фактичким путем. Оваква развојна линија федерализма посебно је карактеристична за вишенационалне федерације. Због тога федерализам побуђује интересовање, не само на теоретском плану, него и како се примењује у неким од најстаријих и најстабилнијих сложених држава какве су САД, Швајцарска и Канада. Организовање сложених држава манифестује се у различитим типовима федерације као што су: стари и нови модели федерације, грађанске и социјалистичке федерације, квази и праве федерације, асиметричне и самоуправне федерације, кооперативне и уговорне федерације. Унутар сваке од наведених врста постоје прелази облици и комбиноване варијанте федералног организовања. Федерализам не трпи у примени круте форме и облике засноване искључиво на уставноправним решењима. На њега делују бројни дубоки, видљиви и притајени реагенси политике, емоција, психе, економије и других утицаја који се не испољавају само у механизму расподеле државног суверенитета и функција државних органа.

У правним наукама постоје бројне дефиниције савезне државе у којима доминирају правна обележја федерације. Такви писци, као што су Фриман, Борел, Диги, Јелинек, Лабанд и др. истичу пре свега структуру држава, њихове међусобне односе, карактер и начин поделе државних функција и суверенитет као превасходно правне категорије. Други аутори полазе од грађанина и његовог односа према централној државној власти. Плејада америчких мислилаца подвлачи искључиво непосредну вези између централне власти и грађанина. Међу њима се истичу Вебстер, Хамилтон и Џ. Ст. Мил.

Савремени амерички теоретичар Винцент Остром сматра да је смисао федерализма у тежњи проналажења поретка уставне владавине која обезбеђује слободу и демократију у савременом политичком систему ("self-government"). Разми-моилажења присталица и противника федерализма, према Острому, се уствари своди на ограничавању централне власти и гарантовања аутономије локалне самоуправе и обезбеђења остваривања слобода и права грађана.

У САД као најзначајнијој федерацији света, поред све присутнијег централизма у пракси и теорији, јављају се присталице федерализма са новим схватањима. Ови аутори истичу да је федеративно уређење функционалније од унитаризма и централистичког система. Уместо јединственог центра државне власти истичу вишеслојни политички систем заснован на добровољном и споразумном удруживању политичких заједница. "Федерализам – као што наводи Арон Вилдавски – захтева узајамност, а не хијерархију, многоструку уместо једноставне узрочности, делење уместо монопола власти". У оквиру тих схватања образлажу се модели кооперативног федерализма који наводи Мортон Гродзинс у књизи "Амерички систем: нови поглед на систем владавине САД" 1966. године, као и креативни федерализам за који се залаже Nelson Rockefeller. Њега прихвата амерички председник Линдон Џонсон као базу развијеног програма Great Society. Услед погрешних интерпретација кооперативизма председник Роналд Реган прихвата идеје новог федерализма "Ми окрећемо Америку у правцу супротном од дојучерашње владавине... одлучни смо да поново успоставимо власт и ауторитет

држава (федералних јединица) и локалних заједница...Морамо прекинути настојање да се Америка хомогенизира". (Реганов говор на конвенцији 1983. г.).

Лапидарни преглед дела савремених теоријских схватања и практичних политичких интерпретација, указује на бројне противуречности које неки аутори називају "интелектуалном, кризом америчког федерализма". Очигледно да у теорији постоје различита тумачења уставног модела америчког федерализма и да је практични политички живот и делатност државних органа преокупиран решавањем текућих животних питања. Руководне државне гарнитуре, за време својих мандата, спроводе различите програмске садржаје, често супротне претходним, већином прагматске – без филозофских и теоретских ослонаца. Аналитичари америчке савремености такву појаву називају прагматичним федерализмом.

Винцент Остром, полазећи од изворне самоуправности и "Федералистичких списа", је оптимиста и сматра да се може омогућити сагласност о нужности федерализма у САД. Тиме се заправо отварају и слободне перспективе међудржавних интеграција.

У уставноправној и политичкој науци, поред присталица федерализма, постоје и бројни писци који негирају његова позитивна обележја. Тако на пример амерички теоретичар Вилиам Рикер у књизи "Федерализам" из 1960. године тврди да федерализам значи прикривену доминацију и остварење неоправданих повластица. Слично заступа и британски писац Давис Руфус у делу "О федералистичким теоријама" из 1978. године.

Федералне заједнице као политичке заједнице не могу се дуго одржавати уколико се у њима подстичу дисјунктивни процеси (процеси сукоба). Носиоци таквих процеса, који утичу на деградацију заједнице, превасходно су различити политички субјекти. Уколико такве процесе подржавају и подстичу политичке партије, вођене јаким политичким личностима, федералне заједнице се трансформишу, распадају и нестају као државноправни субјекти међународног права. То се управо дешава у још увек постојећој југословенској федерацији.

На глобалном плану цивилизацијско искуство показује да примена федералистичких принципа пружа веће могућности за успостављање и одржавање праведнијег и прихватљивијег међународног правног поретка.

У развоју политичке организације државе федерализам експонира као прелазан и недовршен систем. Градација сложених форми државног организовања полази од савеза држава, затим државног савеза и савезне државе или федерације. Последњи облик који се, из аспекта ефикасности и рационалности остваривања државних функција, јавља чини унитаризам. Политички чиниоци, а посебно чисти политички субјекти, током историје, у зависности од бројних условљености, опредељивали су се за поједине од наведених система организације државе. У свему томе федерализам се јављао као пролазна форма не претендујући на савршенство и коначност.

Савезне државе имају посебне правне, политичке, социолошке, економске и друге карактеристике које су претпоставка њихове сталности и дуготрајности. Овом приликом задржавамо се само на политиколошким карактеристикама, значајним, пре свега, за актуелне расправе о перспективи југословенског федерализма.

Познати правни теоретичари, Брајс и Токвил истицали су да је постојање више политичких странака услов опстанка федерација. Наравно да се таква залагања нису односила на социјалистичке федерације. Политичке странке су покретачке снаге федералног заједништва. Посебно то важи за савезне политичке странке. Без савезних политичких странака не могу се успешно усаглашавати и обезбеђивати општи интереси у савезној држави, нити посебни интереси у федералним јединицама. Само такве политичке странке својом идеологијом, програмима и политичким активностима могу да дефинишу опште и заједничке интересе и жеље и тежње свих грађана и народа у федерацији.

О политичким партијама као чиниоцима остваривања федерализма код нас, након увођења политичког плурализма, скоро ништа озбиљније није писано. То не само да је, из Научног аспекта недопустиво, него је штетно и успоравајуће делује на остваривање актуелног модела савезне државе. Још у младости проф. др Јован Ђорђевић је истицао да је политички систем нужен оквир за остваривање савезног механизма а политичке странке главна полука његовог функционисања. (Основна питања федералне државе, Београд, 1938.).

Развијена демократија, постојање традиционалних и стварање нових демократских институција и односа у свим федералним јединицама услов су опстанка и израстања стабилних федерација. Федерација је уставна творевина, а уставне државе нема без пуне демократије и остваривања свих постулата правне државе. Федералистичко заједништво заснива се на процесима сарадње, усклађивања, кооперације, договарању и споразумевању без уцена и принуда. Федералистичко глобално заједништво представља адаптивну, еластичну и флексибилну целину солидарних, одговорних и слободних субјеката, без надређености и подређености, привилегија и неуважавања. Равноправност и добровољност усклађивања, интереса и потребе свих политичких чинилаца су гарант опстанка држава заједница, специфичних националних индивидуалности и сложености државног повезивања. Предности федерализма, у односу на унитаризам и друге начине државног повезивања, су релативне. Сложене државе су могуће и делотворне у одговарајућим друштвеним условима и историјским претпоставкама. Уставноправна наука код нас још се није бавила питањем услова и околности настанка СР Југославије, као краткотрајне сложене државне творевине. Познате политичке чињенице указују да је она настала као остатак једне веће федеративне целине формиране под утицајем дисјуктивних процеса и снага дезинтеграције. Таква двочлана непропорционална федерација проистекла из унитарне монархије и једнопартијске и асиметричне федерације са потискивањем осећаја грађана за федерализам подложна је редефинисању и на другачији начин организовању. Будућа решења могу бити резултат договора унутрашњих, политичких субјеката или, уколико она изостану, наметнутих “подарених” конституционих аката.

До промене у федерацијама долази због различитих околности, али најчешће под утицајем идеологије и политике, а ређе под утицајем теорије и правних наука. Свакако да карактер и суштину тих промена одређује и међународни положај сваке државе, као и однос политичких снага у региону, континенту и свету. Промене у федерацији могу бити различите, како по карактеру и садржини, тако и по начину

њихове реализације. На обим, садржину и интензитет промена утиче и карактер уставног система федерације као и континуитет или дисконтинуитет (револуционарност) њеног политичког система.

Југословенски федерализам, од настанка до данас, развијао се узлазном и силазном путањом. Од етатистичког самоуправног, кооперативног па до конфедералног модела. Иако недостају озбиљне, аргументоване и теоријски формиране анализе може се и на основу досадашњих сазнања констатовати да се ради о кризи југословенског федерализма. Криза је последица не само одсуства теоријске заснованости, недовољних интелектуалних промишљања, него и актуелних политичких односа између федералних чинилаца као и очигледних спољнополитичких државних односа. Федерација државе, без обзира како настале, раздруживале су се мирним или насилним путем. Распад неуспелих федерација најчешће је био резултат оштрих сукоба па и ограничених ратова између федералних јединица. Споразумно и мирно трансформисање сложених у унитарне државе, бар тако блиска и даља прошлост показује, била је реткост али и поучно историјско искуство.

Расправе о карактеру и редефинисању федерација не могу се водити и о новим решењима одлучивати, без теоријских сазнања и анализе искуства функционисања других облика сложених државних заједница. Такве заједнице су бројне и различите, а њихова искуства нама најалост недовољно позната. Међу њима посебно место заузимају Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске, децентрализоване државе као што су Холандија и Белгија, асиметричне заједнице држава и које спадају Бутан и Индија, Лихтенштајн и Швајцарска и Републике Палан и САД као и асиметрични савези Аландских острва и Финске, Азора? и Португала као и односи Порто Рика и САД.

Стварање и опстанак савезне државе заснива се на постојање више претпоставки, а пре свега: постојању више федералних јединица и израженом и потврђеном жељом свих, или већине, грађана да живе у сложеној држави. Савезна држава је својеврсна трансформација између државног савеза и просте државе. Већина савезних држава постале су из државног савеза, као што су САД, Швајцарска, Немачка и Аустрија. Поред овог начина, стварање савезних држава уједињавањем независних држава у нову заједницу, федерације су настојале и поделом једне унитарне државе на више делова и њиховим уједињавањем у федерацију. То је био случај са највећим бројем федерација Латинске Америке (Мексико, Аргентина, Бразил и Венесуела). СРЈ, због кризе у остваривању федералистичких принципа, изазваних бројним спољним и унутрашњим, објективним и субјективним разлозима, захтева озбиљну анализу постојећих и усвајање нових уставних решења. Прошло је десет година од формирања СР Југославије која се показала као недовршена федерација у свим елементима остваривања државности, институционално неизграђена и функционално неефикасна. Схватања и тумачења постојећег модела федерације, у делу јавности, као привременог и пролазног решења, није истовремено пратило и стручно, научно и политичко ангажовање на формулисању нових и прихватљивијих решења. Очигледно да је стручна и научна мисао била прагматски политички деформисана и паралисана. У домаћој јавности недовољно је истицано основно начело

федерализма о савезу равноправних федералних јединица. Осећај угрожености јављао се као бојазан од успостављања моћи и интереса снажније над економски, територијално и по броју становника слабијом федералном јединицом.

Садашњи политички тренутак југословенског заједништва изазовно супроставља унитаризам федерализму. На политичким субјектима је питање избора, а народ ће трпети последице погрешних опредељења. Сазнање да ни један облик државне организације није сам по себи идеалан не оправдава грешке у стратешким опредељењима. Као што централизам, под одређеним условима, може бити ефикаснији, тако и федерализам, у измењеним околностима, може бити прихватљивији и делотворнији. Интерес о опстанку или разлазу заједнице, односно њеној интеграцији или деградацији је пресудан у избору опредељења. Мудрост попуштања је излаз из стања одлагања. Постојали су бројни разлози који су ограничавали остваривање уставног модела југословенске федерације. Међу њима посебно место заузима политички отпор и противљење једног дела политичких субјеката идеји федерализма и федералног заједништва. Уместо федералне асоцијације истицане су идеје о унитаризму, унитарној држави и унитарном регионализму. На тај начин стваран је отпор остваривању и развијању уставног модела СР Југославије. Таква свест постепено је уграђивана у страначке програме и планове политичких активности. Иако политичка активност није довољно пажње посвећено неопходности усавршавања уставног модела федерације. Изостајала је елаборација иницијатива о могућим новим решењима. Чини се да би усаглашавање различитости благовремено смањивало политичке тензије и искључивости. Олако се прелази преко емпијског искуства да је федерализам балансирана равнотежа мноштва компромиса која се континуирано успоставља. Томе не доприносе потенциране различитости регионалних интереса. При томе, одлагање или одсуство смелости у решавању односа између локалних и централних органа не води кохезији и стабилности глобалне заједнице.

Континуирао супростављене присталица јединства и снага дезинтеграције федерације подстичке напетост и нестабилност у односима органа федерације и федералних јединица, а код грађана рађа несигурност, апатију и неизвесност. Такве подстицане тензије ремете равнотежу успостављених односа државних органа и демотивишу грађане за учешће у политичким активностима. Постојећа југофедерација није само економски интересна заједница, него је знатно више и садржајније од тога. Управо због тога је и остала у садашњим оквирима и основама.

Остављајући по страни неопходност доградње уставноправног модела федерације и евидентне пропусте учињене од стране науке, струке и политичких странака у покретању иницијатива и давању нових решења, очигледно да је криза федерализма настајала и подстицана у оквиру одговарајућих руководних политичких и државних структура. Утицај субјективног фактора на стварање кризе федерализма је евидентан.

Улазећи у процес транзиције југословенска федерација се територијално битно смањила, а извршеним уставним променама успостављена је нова организација државне власти. Уведен је парламентаризам са наглашеним у ауторитативним президенцијализмом у њеним републикама. У актуелним научном

и политичким расправама сматра се да феномен аутократске власти председника у почетним годинама земаља у транзицији представља последицу недостатка демократске традиције и развијенијих демократских институција.

Савремена југословенска федерација конституисана је на парламентарној варијанти подела власти, са бицефалним моделом извршне власти. Према уставу савезне владе је моћнији орган извршне власти од шефа државе који има слабију позицију, значај и политички ауторитет. Таква дистрибуција извршне власти у великом мери је определила односе у сложеној држави. Савезни председник према надлежностима је иза скупштине, а нарочито владе, што је иначе карактеристика класичног парламентаризма. На нивоу федералних јединица председник је најзначајнији државни орган и централна политичка личност. Наглашена позиција шефа државе присутна је у уставима Србије и Црне Горе. Оваква решења могу се на више начина тумачити и разумевати. пре свега, као покушај прилагођавања новим уставноправним тенденцијама карактеристичним за земље у транзицији, али и као резултат отворених или прикривених тежњи разлагању сложене државе и подстицај њеном дефинитивном гашењу.

У односу на предлоге решења о будућем уређењу односа између Србије и Црне Горе и врстама могућег евентуалног заједништва потребно је у најкраћим цртама указати на суштинске разлике између савезне државе и државног савеза. Ови модели као екстремне варијације очигледно су присутни у финалним одредбама државног савеза. Државни савез је пре свега уговорна творевина међународног права, док је савезна држава заснована на уставу. Централни орган државног савеза чине делегати посебних држава који имају везани мандат, док савезна држава има дводомно законодавно тело сачињено од заступника слободног мандата. Основни уговор државног савеза мења се сагласношћу свих чланица. За промену савезног устава потребна је сагласност већине федералних јединица. Државни савез је заједница независних и суверених држава, а савезна држава је суверена која са чланицама – федералним јединицама дистрибуира надлежности које су уставом утврђене. Правне норме државног савеза обавезују само државе чланице, али не и грађане, док прописи савезних органа, сем изузетка, обавезују и грађане као федералне конституенте. Федералне јединице формално-правно немају могућност иступања из заједнице, док у државном савезу поједине државе могу, раскидајући уговор, напустити савез. Савезна држава може да се ствара и одржава уколико је већина грађана подржава свешћу о неопходности постојања федералистичког заједништва. Федералистичко расположење грађана не сме бити на штету осећања посебности. Без успостављања равнотеже између осећања федерализације и посебности нема стабилне и дуготрајне савезне државе.

Полазећи од јаким индивидуалистичких осећања и расположења грађана и сигурности сваке од држава у сопствени опстанак и просперитет могу се изграђивати стабилни темељи и здрави односи унутар федералне интеграције.

II

Посебна пажња у савременој уставности посвећује се извршној власти, нарочито у сложеним државама. Извршна власт је, како каже проф. др Ратко Маркови “гравитациони центар политичке власти”¹. Управо због тога у поступку припрема уставних реформи ово питање и побуђује велико интересовање.

У свакој држави, а посебно у федерацији извршна власт је од изузетног значаја. У савезног држави извршна власт је инструмент централизације моћи, нарочито у условима кризе, реформи, структуралних промена и спољних опасности. Сматра се, наиме, да је једино извршна власт способна да ефикасно делује и решава актуелне друштвене проблеме. Имајући у виду таква историјска искуства изненађују решења актуелног савезног југословенског устава. Уставом је утврђен изричито миноран положај Председника СР Југославије као једног од титулара извршне власти. Слаб уставноправни положај председника СР Југославије резултат је суженог обима његових права и државности, на једној страни, и флуидних односа према органима федерације, на другој страни (чл. 78. тачка 7; чл. 83. став 3; чл. 96-98; чл. 99. тачка 10; члан 126 став 3; члан 135 и 136. Устава СРЈ). Минорна позиција шефа савезне државе последица је његових ограничених надлежности. Председник Републике има овлашћења репрезентативне природе и одређена иницијативно-предлагачка права. Лични ауторитет председника може само донекле да надомести окрњену положајну функцију тако сужене егекутивне власти. У федералним државама које имају републикански облик владавине пажњу побуђује уставни и фактички положај председника републике. У федерацијама шеф државе може бити инокосни или колегијални орган. У зависности од историјских и политичких околности у истој федерацији долазило је до трансформације инокосне у колегијалну и колегијалне у инокосну форму шефа државе. Југословенско федерално искуство управо је пример такве еволуције уставно-правног положаја шефа државе. Садашњи уставни систем Југославије има бицефалну организацију извршне власти оличену у шефу државе и влади.

Не улазећи у анализу положаја Савезне владе, као носиоца другог дела бицефалне извршне функције, треба констатовати да она има изразито снажну позицију у систему власти федерације. Савезна влада је заправо главни носилац извршне власти у Југославији. Посебно је наглашена улога председника Савезне владе. Тако пренаглашена позиција ремети равнотежу власти у парламентарном систему који је заменио претходни систем јединства власти.

Остваривање извршне власти у СР Југославији и њеним федералним јединицама, због начина њене реализације, захтева озбиљну реконструкцију постојећих уставних решења. У пракси остваривања Устава Републике Србије републичка Влада својим уредбама прелази оквири својих надлежности, тако да присваја надлежност чак и Савезне владе. Таква пракса значи мењање уставних одредби фактичким путем, и ремети односе у савезној држави. Постојећа решења могу се делимично правдати, али се не могу насилно одржавати.

¹ Др Ратко Марковић, *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 243.

Ради илустрације у упоређења приказујем у најкраћим цртама положај председника Сједињених Америчка Држава као носиоца извршне власти, једне од најмоћнијих федерација света. Писци устава су функцију председника моделирали према положају колонијалног гувернера и британског краља. Има мишљења да је у тој функцији спојено достојанство краља и моћ првог министра. Амерички председник је кључна фигура америчког политичког система. Његов положај заснива се на функцијама које произилазе из савезног устава и на инхерентним овлашћенима која не произилазе непосредно из Устава, али му припадају као носиоцу извршне власти. На једном месту у својој Аутобиографији Т. Рузвелт каже “Моје веровање је да је, не само његово право, већ и његова дужност да чини све што потребе народа налажу, сем ако такве радње нису забрањене уставом и законима”. Овлашћења америчког председника не заснивају се само на основу устава. Еластичне уставне формулације дозвољавају широко тумачење што зависи од спољних и унутрашњих околности као и од саме личности на тој функцији.

Пре избора амерички председници обично су биле истакнуте личности америчког живота. То су најчешће били гувернери савезних држава, сенатори, генерали, правници, високи државни службеници и сл. Такви појединци су учвршћивали ову уставну и политичку институцију. Његову уставну позицију битно су учврстили и средства јавног комуницирања. Са појавом радија и телевизије председници се често и директно обраћају, не само бирачком телу, него читавом народу. На тај начин успоставља се веза између народа и председника, без посредовања политичких партија и јача његов лични политички ауторитет. Друштвени положај председника детерминисан је и припремањем личности за обављање ове значајне функције. Председници имају блиставе политичке каријере на локалном нивоу, у својим државама, је као привредни руководиоци.

Амерички председник није свемоћна, надуставна и политичка институција. Све функције председник остварује у оквиру сложеног уставног и политичког система. Његове активности су под надзором Конгреса, Савезног уставног суда, опозиционе партије, средстава јавног информисања, синдиката и других актера моћи америчког друштва. Широка овлашћења америчког председника ограничена су и праксом остваривања устава, демократским начелима, слободама и права грађана, као и нормама грађанског морала. Реални положај америчког председника детерминисан је изворним уставним надлежностима и делегираним овлашћењима Конгреса. Такав обим функција председника није у складу са принципима федерализма и система поделе власти као постулата на којима се заснива сложеност америчког федералног заједништва. Амерички председник на тај начин добија доминирајућу позицију и неконтролисану власт изнад механизма кочнице и равнотеже. Очигледно се врши фактичка прерасподела државних функција у корист извршне власти коју председник, под честим изговорима националне угрожености, обилази по држави. Деловима Декларације о независности из 1776. године, преко јачања извршне функције и њених импликација на међународне односе, временом се претворио у антиослободилачки, непримерен и политички контрапродуктиван постулат. Јачање утицаја извршне власти у том случају са

непредвидивим и неконтролисаним последицама у великој мери доводи у питање оригиналност, адаптивност, креативност и стабилност целине правног система.

Без обзира на типове организације извршне власти председнички парламентарни, директоријални, скупштински и аутократски, извршна власт је у успону и засењује све остале врсте државне власти. Доминација извршне власти је општа карактеристика друге половине XX века, како у њеној уставно-правној елаборацији, тако и у акционо-политичкој интерпретацији. Јавност је недовољно упозната са овим тенденцијама у досадашњој примени извршне власти.

Наведена искуства свакако могу послужити у дефинисању нових уставно-правних решења и успостављању односа између две бивше федералне јединице – Србије и Црне Горе.

Aleksandar Djurdjev, Ph. D.

Full Professor of the School of Law in Novi Sad

ORGANIZATION OF FEDERAL STATES AND CURRENT PROBLEMS OF YUGOSLAV FEDERALISM

Abstract

This article deals with the problem how to organize a federal state and what modalities of their constitutional frameworks exist. It is primarily focused on the evolution of federal principles in Yugoslavia with special reference to its contemporary constitutional and political situation. It also deals with the position and functions of the executive branch of the government in federal states taking into account the executive both in Yugoslav federation and few oldest federal states worldwide.

Др Зоран Лончар, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ МИНИСТАРА

***Сажетак:** Специфичности министарске функције су такве да захтевају да питање одговорности министара буде регулисано на посебан начин. У погледу начина регулисања тог питања међу савременим правним системима се срећу веома различита решења. С обзиром на то питање министарске одговорности до сада код нас још није посебно правно регулисано, предстојеће уставно-правно преуређење државе је права*

прилика за то.
Кључне речи: министар, одговорност, одговорност министара, контрола управе.

Специфичности министарске функције у савременом периоду њеног развоја, који се углавном поклапа са периодом настанка грађанске и правне државе, су такве да захтевају да питање одговорности министара буде регулисано на посебан начин. У погледу одговорности коју треба да снесе за свој рад, министри се битно разликују, не само од носилаца осталих функција државне власти (законодавне и судске), већ и од свих осталих лица која раде у управи. На министре се никада не могу у потпуности примењивати одредбе о одговорности које се односе на сва остала лица. Због тога се у већини савремених држава одговорност министара најчешће и регулише посебним прописима. Међутим, у погледу начина регулисања овог питања међу савременим правним системима постоје веома различита решења. Управо ти различити начини правног регулисања министарске одговорности ће бити предмет наше анализе у овом раду. Циљ нам је не само да овом приликом укажемо на њих, већ и да потражимо одговор на питање недостаје ли можда и нашем правном систему посебан пропис о министарској одговорности и каква би евентуално могла да буде његова садржина.

Правна природа министарске одговорности

Министарска одговорност се у савременим условима јавља као једна сложена правна институција. С обзиром на правну природу, битно се разликују политичка и правна (кривична и грађанска) одговорност министара. Свака од тих одговорности захтева донекле другачији приступ и начин регулисања. Поред тога, различите државе познају и битно другачија решења када је у питању свака од тих врста одговорности посебно.

Политичка одговорност

Политичка одговорност министара чини један од основних и незаменљивих уставних принципа на коме почивају сви савремени системи организације државне власти. Ова врста одговорности се среће данас у свим државама, без изузетка. У пракси, пак, политичка одговорност представља основну и далеко најчешћу врсту одговорности коју министри сnose.

Одређене разлике које постоје међу савременим правним системима у погледу политичке одговорности министара, потичу услед различитих система организације државне власти и политичких система власти који постоје у њима. Основне разлике међу државама углавном се тичу само различите врсте држаног органа пред којим министри сnose ову врсту одговорности (парламент, шеф државе или шеф владе). Начин решавања тог питања зависи од типа организације државне власти (парламентарни, председнички или конвентски) и од облика државног уређења (монархија или република). Од врсте државног органа пред којим ће министри сносити политичку одговорност, зависи после и поступак њеног остваривања, као и сама средства за реализацију. Међутим, разлике међу државама у погледу тих питања никада нису суштинске природе. Заједничко је за све државе, без обзира на тип организације власти и облик државног уређења, да министри ову врсту одговорности увек сnose за одређено политички неопортуно понашање пред истим оним државним органом који им је поверио функцију и да јој се санкција огледа само у смени министра са функције, као јединој правној последици.

Због специфичне правне природе, ова врста одговорности министара може бити само делимично правно регулисана. Предмет политичке одговорности министара се увек састоји у политички неопортуном понашању министара, односно у вршењу министарске функције супротно схватању државног органа који је министру поверио ту функцију.¹ С обзиром на то да права и дужности министара, односно садржина њихове функције, никада не могу бити унапред потпуно и прецизно предвиђени правним нормама, због тога ни политичка одговорност министара не може бити у потпуности правно регулисана. Државном органу пред којим се остварује ова врста одговорности, увек се мора оставити одређена слобода

¹ “Политичка одговорност не претпоставља уопште да је извршен деликт”. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, Ancienne librairie fontemoing & C –ie, Paris, 1928, str. 848.

да цени целисходност начина вршења министарске функције.² Због тога се политичка одговорност министара најчешће предвиђа већ прописом највише правне снаге (уставом или уставним конвенцијама), али су правна правила за њену реализацију у већини држава веома оскудна. Она или уопште не постоје, или се налазе само у интерним актима органа пред којим се ова врста одговорности министара остварује (пословник о раду парламента, пословник о раду владе и сл.). При свему томе, од великог значаја за поступак реализације политичке одговорности министара је и сама пракса органа пред којим се она спроводи.

Све то у пракси, међутим, не представља већи проблем. За политичку одговорност министара није толико битно у којој је мери правно регулисана. Политичка одговорност министара, без обзира на чињеницу што је само делимично правно регулисана, у свим државама више или мање ефикасно функционише. Шта више, за ову врсту одговорности министара се може рећи да је данас у пракси готово потпуно потиснула правне облике одговорности. Од када постоји политичка одговорност, кривична и грађанска одговорност министара се у пракси веома ретко срећу. За ефикасно функционисање политичке одговорности министара, од питања њене правне регулисаности, много већег су значаја поједина питања ванправног карактера. Међу њима се својим значајем истичу питања као што су: облик и врста политичког система, стварни однос политичких снага у њему, број политичких партија које учествују у власти, однос политичких снага међу њима, степен партијске дисциплине, могућност утицаја јавног мњења на политички живот у држави и сл.

Правна одговорност

За остваривање министарске одговорности неопходно је да осим политичке одговорности, истовремено постоји и посебно регулисан систем правне одговорности, са правном санкцијом као својом основном карактеристиком. Без правних облика одговорности, министри би могли да врше и најтеже злоупотребе власти, а да при томе буду само смењени са функције и да тако фактички остану потпуно некажњени. Иако се правни облици одговорности релативно ретко јављају у пракси, већ само њихово постојање је веома битно због превентивног ефекта какав имају на министре. Као основне врсте такве одговорности се јављају *кривична* и *грађанска* одговорност.

С обзиром на то да се код те две врсте одговорности министара ради о правним облицима одговорности, основна им је заједничка карактеристика да су им сви битни елементи, почев од предмета одговорности, преко органа пред којим се остварују, поступка према коме се остварују, па све до санкција које могу бити изречене, увек прецизно и детаљно правно регулисани. Међутим, и у погледу ове две врсте одговорности министара срећу се значајне разлике међу савременим правним системима.

² “За изрицање санкције није потребно да се установи било каква повреда норме или кривица на страни министарства”. L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, IV, Boccard, Paris, 1918, str. 561.

Кривична одговорност

Кривична одговорност министара представља облик правне одговорности коју министри сnose за одређено незаконито поступање које је предвиђено кривично-правним нормама. У погледу ове врсте одговорности, битно се разликује одговорност која је регулисана *општим* кривичним прописима (општа кривична одговорност министара) од одговорности која је регулисана *посебним* прописом о министарској одговорности (посебна кривична одговорност министара).³

У свим државама данас министри увек сnose кривичну одговорност која је регулисана општим кривично-правним режимом. Општа кривична одговорност важи подједнако за министре као и за све остале грађане, односно за сва остала службена лица која изврше кривични деликт у вршењу службене дужности. Општи кривично-правни режим се мора увек примењивати подједнако и на министре, пре свега због начела једнакости свих грађана пред законом. Поред опште одговорности, министри су у већини држава, услед специфичног положаја и природе посла који обављају, подвргнути и једном посебном кривично-правном режиму. Такав режим важи само за министре. Њега карактеришу: посебна врста кривичних дела (тзв. министарска кривична дела), посебни органи надлежни за оптуживање и за суђење, донекле специфичан поступак суђења, као и посебне санкције, које су релативно строжије (и по врсти и по мери) у односу на опште кривично-правне санкције.

Основни разлог за подвргавање министара посебном кривично-правном режиму налази се у политичкој природи њихове функције. Због природе функције које обављају, код посебне кривичне одговорности министара се обично уводи низ елемената који су политичке природе. Они се углавном срећу код *предмета* одговорности, у виду посебних кривичних дела који се односе само на министре, и код органа надлежних за *оптуживање* (парламент, шеф државе) и *суђење* (горњи дом парламента, посебан државни суд, уставни суд), у чијем су саставу увек у одређеној мери заступљени политички представници. У појединим правним системима политички елементи се срећу чак и код саме санкције. Санкција код посебне кривичне одговорности министара је понегде више политичке него

³ Видети: А. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, II, 1899, str. 1054-1056; Ch. Bigaut, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, LGDJ, Paris, 1996; V.P. Desmottes, *De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire français*, Caen, 1968; P. Pactet, *Institutions politiques & droit constitutionnel*, Dalloz, 17-e édition, Paris, 1998, str.498; W. Jeandidier, "L'irresponsabilité d'un ministre, Jurisclasseur Périodique", numero 8, 1987, str. 3276-3281; M. Kamto, "La responsabilité pénale des ministres sous la V-e République", *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1991, str. 1239-1245; B. Mathieu, "La haute Cour de Justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un savre da bois", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, numero 4, 1990, str. 710-730; F. Gartner, "L'extension de la répression pénale aux personnes publiques", *Revue Française de Droit Administratif*, numero 19, januar-février 1994, str. 58-72; J. Стефановић, *Кривична одговорност министара и шефа извршне власти – упоређење са њиховом политичком одговорношћу*, Посебан отисак из Споменице Доленцу, Креку, Кушељу и Шкрељу, Југословенска тискарна, Љубљана, 1936; Ј. М. Костић, *Надзор кривичног суда над јавном администрацијом*, Штампарија Д. Грегорић, Београд, 1939; J. Mazard, "Кривична одговорност у вршењу јавних функција", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 2/1969, стр. 391-399.

кривично-правне природе (смена са функције у поступку *impeachment*-а). Због свега тога, може се рећи да у случају када министри одговарају према посебном кривично-правном режиму, најчешће се ради о једној посебној врсти одговорности која је мешовите, правно-политичке природе. Услед такве природе, та врста одговорности се обично регулише посебним прописом о министарској одговорности.

Постојање посебне кривичне одговорности министара, поред опште одговорности, свакако да министре доводи у другачији, знатно тежи положај у односу на сва остала лица. Међутим, строжији кривично-правни режим је сасвим у складу са природом задатака и послова које министри обављају. Сасвим је природно да министри, као лица која располажу са више овлашћења, сnose и већу одговорност за свој рад. Поред тога, посебан кривично правни режим код министарске одговорности служи истовремено и правној заштити самих министара. Захваљујући посебним органима надлежним за оптуживање и суђење у случају кривичне одговорности министара, министри се штите од тенденциозних оптужби, суђења и кажњавања, који би могли имати политичку позадину.

Због свега тога, да би се у потпуности одговорило захтевима који се постављају пред савремену кривичну одговорност министара, неопходно је да паралелно постоји и општи и посебан кривично-правни режим њихове одговорности. Недовољно је министре подврћи само општем режиму кривичне одговорности, као што је неприхватљиво изузети их потпуно из општег режима и подврћи их само посебном кривично-правном режиму. Међутим, паралелно постојање опште и посебне кривичне одговорности министара захтева да та два режима одговорности буду међусобно усаглашена у погледу свих битних питања везаних за њихово остваривање, почев од предмета одговорности, органа надлежних за оптуживање и суђење, поступка суђења, па све до санкција. Само у том случају, кривична одговорност министара може и у пракси ефикасно да функционише. У супротном, упркос двоструког кривично-правног режима одговорности, правна регулатива може да представља битну кочницу у остваривању ове врсте одговорности министара.

Грађанска одговорност

Грађанска одговорност министара за разлику од политичке, па донекле и кривичне одговорности, представља увек чисто правни облик одговорности. Ову врсту одговорности министри сnose за одређено противправно поступање којим се вређају диспозиције грађанско-правних норми, односно којим се причињава материјална штета држави или појединцима. Код ове врсте министарске одговорности се, међутим, не јављају значајније разлике у односу на општу грађанску одговорност. Министри ову врсту одговорности увек сnose према општем грађанско-правном режиму који важи и за сва службена лица. Због тога, у

погледу грађанске одговорности министара се данас и не срећу неке битније разлике међу савременим државама.⁴

Министри грађанску одговорност у свим државама сnose пред редовним грађанским судовима или пред кривичним или управним судом поводом допунског захтева за накнаду штете. Ову врсту одговорности министри увек сnose према правилима редовног грађанског поступка и може им бити изречена само грађанско-правна санкција, која се састоји у новчаној накнади штете или повраћају ствари. Једино битније одступање од општег грађанског правног режима односи се на *принцип накнаде штете*. Међутим, и у погледу тог питања се не јављају значајније разлике међу савременим државама.

Код грађанске одговорности министара данас углавном свугде важи принцип непосредне одговорности државе. Према том принципу, за сву материјалну штету коју својим незаконитим или неправилним радом причине министри, увек непосредно одговара држава. Министри се код грађанске одговорности могу јавити у улози одговорног субјекта, само ако су штетну радњу предузели уз одређен степен жеље или хтења да наступе штетне последице, односно само ако постоји одређен степен виности. У већини правних система се степен виности у случају грађанске одговорности министара везује само за намеру или крајњу непажњу. Дакле, само у том случају би држава имала право потраживања од стране министра. У свим осталим случајевима, штетне последице незаконитих или неправилних радњи министара увек је дужна да сноси сама држава.

Услед таквог принципа одговорности, свака незаконита или неправилна радња министара којом је проузрокована материјална штета грађанима или држави не мора да значи још и одговорности самог министра. Због тога ова врста одговорност министара данас и представља далеко најређу врсту одговорности који се среће у

⁴ Видети: R. Chapus, *Responsabilité publique et Responsabilité privée*, LGDJ, 2-е édition, Paris, 1957; G. Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Paris, 1996; M. Guillaume-Hafnung, "La faute personnelle du fonctionnaire", *Droits*, numero 5, 1987, str. 97-111; L. Gastines, "La responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques", *Revue de Droit Public et de La Science Politiques*, 1992, str. 135-152; M. Waline, "De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier", *Revue du Droit Public et de La Science Politique*, 1948, str. 5-22; Ch. Guettier, *La responsabilité administrative*, LGDJ, Paris, 1996; G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Manuel de droit constitutionnel*, LGDJ, 25-е édition, Paris, 1997, str. 116; A. Laubadère, J.C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, I, LGDJ, 14-е édition, Paris, 1996, str. 889-892; G. Vedel, P. Delvolle, *Droit administratif*, I, PUF, 12-е édition, Paris, 1992, str. 683-689; J. Rivero, J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 17-е édition, Paris, 1998, str. 268-278; Ђ. Тасић, "Грађанска одговорност министара у нашем праву", *Економист*, бр 4/1925, стр. 280-288; И. Крбек, *Одговорност државе за штету*, Рад ЈАЗУ, књига 300, Загреб, 1924; М. Јовичић, *Одговорност носилаца јавних функција*, Институт за упоредно право, Београд, 1969, стр. 147-152; М. Бркић, "О материјалној одговорности за штету коју грађанима противправно проузрокују службена лица", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1956, стр. 296-318; В. Иванчевић, "Одговорност државе за штету нанесену грађанима противправним понашањем службених особа", *Наша законитост*, бр. 1-2/1964, стр. 24-38; Д. Денковић, "Ко може непосредно одговорати грађанима за штету коју проузрокују јавни службеници", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/1961, стр. 449-454; Д. Денковић, "Основ одговорности за штету коју грађанима проузрокују јавни службеници", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1962, стр. 58-66; П. Димитријевић, "Одговорност за штету причињену вршењем делатности или послова од посебног интереса", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/1981, стр. 1-21 (посебан отисак).

пракси. Међутим, већ само њено постојање је веома битно, пре свега због широког превентивног дејства који има. Захваљујући овој врсти одговорности држава у великој мери може бити сигурна да лица којима је она указала поверење постављајући их на министарску функцију, то поверење неће злоупотребити, и да функцију неће вршити на штету њених материјалних интереса. Поред тога, принцип непосредне одговорности државе у случају грађанске одговорности министара, и самим министрима пружа извешан степен правне сигурности. Наиме, он министрима гарантује да неће бити за сваку погрешно предузету радњу оптужени и осуђени, и на основу тога доведени у веома тешку материјалну ситуацију. Исто тако, овакав принцип одговорности и самима грађанима пружа знатно већи степен правне сигурности. Захваљујући оваквом принципу одговорности, грађани у великој мери могу да буду сигурни да ће увек, када им неком незаконитим или неправилним радњом министра буде нанета одређена материјална штета, имати могућност да ту штету стварно и да надокнаде, с обзиром на то да државна имовина представља готово сигуран гарант наплате сваке штете.

Услед чињенице да се правна природа грађанске одговорности министара не разликује битније од опште грађанске одговорности, посебни прописи о овој врсти министарске одговорности се углавном не срећу међу савременим државама. Шта више, грађанска одговорност министара се уопште веома ретко и спомиње у оквиру правних прописа који се односе на министарску одговорност. Одредбе устава и посебних закона о министарској одговорности су углавном резервисане само за политичку и кривичну одговорност министара. У посебним прописима о министарској одговорности, грађанска одговорност се најчешће спомиње само као последица кривичне радње министра. Међутим, не постоје и посебне одредбе о њеној реализацији. На грађанску одговорност министара се увек примењују прописи о општој грађанској одговорности службеника.

Министарска одговорност у нашем правном систему

Институција министарске одговорности код нас има дуг историјски развој. Она је била саставни део нашег правног система још у периоду Краљевине Србије (Устави од 1869, 1888, 1901, 1903) и Краљевине СХС, односно Југославије (Устави од 1921 и 1931), када су чак у три наврата постојали и посебни закони о министарској одговорности (1870, 1891 и 1922). Шта више, у том периоду она је и у пракси више или мање успешно функционисала.⁵ Међутим, са уставно-правним и

⁵ О дугом историјском развоју институције министарске одговорности код нас сведочи и веома богата, махом предратна, литература: Б. Констан, *Начела политике и о министарској одговорности*, Краљевско-српска штампарија, Београд, 1883; Ј. Касановић, *Министарска одговорност у српском јавном праву*, Геца Кон, Београд, 1911, Л. Марковић, *Да ли министри за дела учињена у званичној дужности могу бити оптужени редовним судовима*, Штампарија "Диситеј Обрадовић", Београд, 1912; Ј. Стефановић, *Кривична одговорност министара и шефа извршне власти – упоређење са њиховом политичком одговорношћу*, Посебан отисак из Споменице Доленцу, Креку, Кушељу и Шкрељу, Југословенска тискарна, Љубљана, 1936; М. Јовичић, *Одговорност носилаца јавних функције*, Институт

политичким променама насталим након другог светског рата, министарска одговорност је потпуно ишчезла не само из праксе, већ из правног система уопште.

Без обзира на карактер уставних промена које су извршене почетком деведесетих година, прописи који се односе на одговорност министара нису претрпели значајније измене. Због тога се данас код нас о министарској одговорности још увек не може говорити као о посебној правној институцији, какав је случај у већини других савремених правни и демократски уређених држава. Код нас данас постоје све три врсте одговорности, али нису посебно правно регулисане. У односу на претходни период скупштинског јединства власти и једнопартијског политичког система, једино је измењена политичка одговорност министара. Она је данас заснована на односима који су карактеристични за парламентарне системе власти (и на савезном и на републичком нивоу). Остале две врсте одговорности министара нису претрпеле никакве промене.

Услед чињенице да питање одговорности министара код нас још увек није посебно правно регулисано, имамо данас наизглед потпуно нелогичну појаву када је у питању одговорности управне власти. Носиоце знатно виших овлашћења (министре) прати у основи иста, а у пракси чак још и мања одговорност, него носиоце нижих овлашћења (службенике). Наиме, одговорност службеника је знатно потпуније правно регулисана, па се стога она и у пракси много ефикасније остварује, него што је то случај са министарском одговорношћу.⁶ Због тога сматрамо да би међу правним институцијама које би поново могле да нађу место у нашем правном систему, требала да буде и институција министарске одговорности. Предстојеће уставно-правно преуређење наше земље је права прилика за то. Нека од запажања која ћемо изнети у наредним редовима могла би да послуже при правном регулисању министарске одговорности.

Пре свих, сматрамо да правно уређење институције министарске одговорности код нас не би морало да буде целовито. Оно не би морало да обухвата чак ни све три врсте одговорности министара. Такође, не би морало да буде обухваћено једним правним прописом. Приступ правном уређењу институције министарске

за упоредно право, Београд, 1969; М. Миловановић, *Државно право и друге уставноправне студије*, Службени гласник, Београд, 1997, стр. 290-315; А. Боди, "Министарска одговорност", Архив за правне и друштвене науке, књига X, 1911, стр. 189-198, књига XI, 1911, стр. 64-47, стр. 215-219, књига XIII, 1912, стр. 45-48, стр. 298-310; С. Јовановић, "Кривична одговорност министара по Уставу од 1931", Архив за правне и друштвене науке, бр. 5-6/1939, стр. 484-488; Д. Кочовић, *Министарска одговорност по Уставу од 1931*, докторска дисертација, Београд, 1940; Ј. М. Костић, "Чиновници и министри на расположењу", Архив за правне и друштвене науке, бр. 11-12/1926, стр. 98-106; Ж. Миладиновић, "Министри на расположењу", Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/1925, стр. 216-220; В. Вуловић, "Одговорност министара", Мисао, бр. 2/1924, стр. 697-701; Ђ. Тасић, "Грађанска одговорност министара у нашем праву", 280-295; G. Kuselj, "Ministarska odgovornost in njena pozitivnopravna ureditev pri nas", Slovenski pravnik, br. decembar, 1935, str. 459-474; М. Пајванчић, "О политичкој одговорности министара као елементу правне државе", Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 12/1994, стр. 13-26.

⁶ Видети: З. Лончар, "Одговорност лица у управи", Зборник радова "Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде", Правни факултет, Нови Сад, 1998, стр. 193-206; З. Лончар, "Правни положај и одговорност лица у управи у СР Југославији", Годишњак Правног факултета у Бања Луци, бр. XXII/1998, стр. 221-146.

одговорности би према нашем схватању, требао да буде донекле другачији када је у питању свака од врста одговорности министара посебно.

С обзиром на то да питање правне регулативе није од пресудног значаја за ефикасно функционисање политичке одговорности министара, она уопште не би морала да буде предмет посебне пажње. Код ове врсте одговорности министара предмет пажње би могла бити једино донекле средства за њену реализацију. Ради што ефикаснијег остваривања политичке одговорности министара, она би могла бити употпуњена са још неким од средстава која се данас код нас не срећу на свим нивоима, а карактеристична су за парламентарне система власти. Такав је случај на пример са институтом парламентарне интерпелације. Ради придавања много већег значаја интерпелацији у поступку реализације политичке одговорности министара, сматрамо да би она требала да постане уставни институт.

Слична је ситуација и са грађанском одговорношћу министара. Наиме, ни ова врста министарске одговорности не би морала да буде предмет темељног преуређења. На њу може без већих проблема и даље да се примењује општи грађанско-правни режим, који важи за одговорност свих државних службеника. У погледу грађанске одговорности министара сматрамо да би требало посебно регулисати једино ситуације када се ова врста одговорности јавља као последица кривичне радње министра (нарочито ако се будемо определили за увођење посебног кривично-правног режима) или незаконито донетог управног акта, који је поништен у управном спору. У таквим случајевима, по нашем мишљењу приоритет би требало дати ефикасности заштите права грађана. У том циљу, о грађанско-правном захтеву за накнаду штете која настане као последица кривичног дела министра, односно незаконито донетог управног акта, требало би обавезно да се одлучује у кривичном поступку, односно у управном спору. Данас је готово постало правило да се о грађанско-правном захтеву, и поред институционалих могућности, увек одлучује у редовном грађанском (парничном) поступку, који се води тек након завршетка кривичног поступка, односно управног спора. Тиме би се знатно допринело брзини остваривања основних интереса који се јављају код грађана када је у питању министарска одговорност – захтева за накнаду штете.

Приликом уређења институције министарске одговорности сматрамо да би највећу пажњу требало посветити кривичној одговорности министара. Поред општег кривично-правног режима који се за сада једини код нас примењује на министре, посебним прописом би требало увести и посебан кривично-правни режим. Пропис о посебној кривичној одговорности министара би требао, међутим, да буде нешто другачији него што је то случај са општим прописима о кривичној одговорности, који су подељени на материјалне и процесне прописе. Пре свега, тај пропис би требало у целини да обухвата материју посебне кривичне одговорности министара, односно требало би да садржи и материјално-правне и процесно-правне одредбе.

У погледу материјално-правних одредби, тај пропис би требао да садржи само посебна кривична дела која могу да изврше министри, а која већ нису обухваћена општим кривично-правним режимом (нпр. велеиздаја, корупција...). Поред радње таквих кривичних дела, требало би изричито да садржи и врсту и висину казне која

за свако дело министру може бити изречена. Исто тако, тај пропис би требало изричито да регулише и питање застарелости посебне кривичне одговорности. У погледу процесних одредби, требао би да садржи одредбе којима би се детаљно регулисала питања иницијативе за покретање поступка кривичне одговорности министара, као и државног органа надлежног за суђење. У зависности од начина решавања та два питања (органи редовног правосуђа, парламент или посебан државни суд), тај пропис би требао да садржи и одређене специфичности поступка према коме би се министрима судило. При регулисању свих тих питања, посебну пажњу би требало посветити њиховом усклађивању са општим кривично-правним режимом, како они не би дошли у колизију. Наиме, без пажљивог и детаљног регулисања свих ових питања, увођење посебног кривично-правног режима за министре могло би бити доведено у питање, а у пракси би оно, пак, отворило велике могућности за изигравање ове врсте одговорности министара. Тиме би се и целокупна институција министарске одговорности учинила илузорном.

Доношење посебног прописа о министарској одговорности, чији би највећи део био посвећен кривичној одговорности министара, а само делимично грађанској одговорности и то у смислу предложених допуна, сматрамо да би представљало веома важан корак у остваривању основног циља министарске одговорности – правилног вршења министарске функције. Тиме би се у великој мери допринело и правилности вршења целокупне управне функције државне власти. Међутим, ма колико да нам се чини да је то један од нужних корака, сматрамо да он не би био истовремено још и довољан за остваривање таквог циља. За функционисање министарске одговорности, поред правног уређења те институције, од ништа мањег значаја је и њена доследна примена у пракси.

Zoran Lončar, Ph.D.

Assistant Professor of the School of Law in Novi Sad

LEGAL FRAMEWORKS FOR MINISTERIAL RESPONSIBILITY

Abstract

Ministerial responsibility is a quite complex issue. It is necessary to draw distinction between political accountability and legal responsibility (criminal responsibility and civil liability) of a minister. Each type of responsibility requires a different approach and methods. Also, different states set diverse legal frameworks for each type of responsibility. Since our national law does not comprise special legislation regarding ministerial responsibility, incoming Constitutional reform will be a great opportunity for such a step.

However, it still does not mean that all aspects of ministerial responsibility should be regulated in a single act. Different approaches and legal methods should be deployed for every different type of ministerial responsibility. Since political accountability does not depend on legal frameworks for other types of ministerial responsibility, it need not be specially regulated. The only exception should include private claims which may arise as accessory to criminal responsibility of a minister, or as a consequence of an illegal administrative act adopted by a minister, since the existing practice is to wait for the end of the relevant criminal or administrative procedure despite the fact that institutional framework provides for other avenues. The most important type is certainly criminal responsibility of a minister which should be the core issue for such a legal framework. As it stands today, only general criminal law rules apply for ministerial responsibility, but they certainly should be appended by some special criminal law rules.

Др Милан Инић, редовни професор
и Драган Јовановић асистент
Факултета техничких наука, Саобраћајни одсек, Нови Сад

УТИЦАЈ КРИЗЕ И САНКЦИЈА МЕЊУНАРОДНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА СТАЊЕ БЕЗБЕДНОСТИ САОБРАЋАЈА У ЈУГОСЛАВИЈИ

Сажетак: Поред класичних узрока саобраћајних незгода, друштвене вредности у саобраћају у Југославији угрожавају и специфични-додатни узроци које цивилизовани свет не познаје. Ради се о негативним ефектима које је произвела криза (политичка и економска) и санкције међународне заједнице на безбедност у овој области друштвеног живота. Ови фактори проиводе нове узроке саобраћајних незгода, омогућавају да класични узроци емитују већу опасност и уништавају ресурсе безбедности саобраћаја. Они између осталог: смањују капацитет способности возача; погоршавају старосну структуру возног парка; погоршавају стање путева и опреме инсталисане на њима; смањују ефикасност друштвеног механизма; редуцирају мере друштвене интервенције; смањују економске могућности за стварање услова за безбедно одвијање саобраћаја; умањују ефекте мера друштвене интервенције које се предузимају итд.

Кључне речи: безбедност саобраћаја, узроци незгода, фактори безбедности, криза, санкције.

1. Уводне напомене

Поред општих, условно речено уобичајених или класичних, узрока саобраћајних незгода, који су мање или више познати и присутни (са различитом снагом и домаћајима) у свим саобраћајно развијенијим земљама, задњих година у Југославији су присутни, емитују опасност, односно нападају друштвене вредности у саобраћају и специфични (додатни) узроци ових појава, до сада углавном непознати у цивилизованом свету. Ради се о утицају последица политичке и

економске кризе (која је кулминирала распадом претходне Југославије и ратом на неким њеним подручјима) и уведених санкција међународне заједнице, на стање безбедности саобраћаја у СР Југославији. Ове специфичне околности створиле су амбијент, средину, услове за одвијање саобраћаја јединствене (до сада углавном непознате) у свету. Овакве услове за одвијање саобраћаја нема ни једна друга земља. Нажалост, СР Југославија је постала нека врста светске лабораторије у којој ови специфични фактори производе штетне последице, односно у којој се једино може изучавати деловање ових услова на одвијање саобраћаја, у оквиру тога и утицај ових нових и специфичних фактора на настајање саобраћајних незгода. Поред осталог и то је разлог више да се покуша потпуније утврдити како ове околности утичу на стање безбедности саобраћаја на путевима.

2. Предмет и циљ истраживања

Криза и санкције су се, мање или више, неповољно одразиле на све области друштвеног живота. Поред осталог, ове околности су и читавом лепезом негативних утицаја деловале и на стање безбедности саобраћаја. Ови утицаји одразили су се неповољно на све релевантне факторе безбедности саобраћаја, а посебно су директно допринели:

- * смањењу поузданости возача (повећан број инвалида, смањење капацитета способности због психичких ожиљака изазваних ратом у непосредном окружењу, кризом, санкцијама и др.);
- * неповољнијој старосној структури и техничкој исправности возила;
- * неповољнијем стању путева и опреме инсталисане на њима;
- * смањењу ефикасности друштвеног механизма у области безбедности саобраћаја;
- * редуцирању мера друштвене интервенције у овој области и измени њихове структуре;
- * смањењу економских могућности да се стварају услови за безбедније одвијање саобраћаја;
- * повећаној отпорности узрока незгода према мерама друштвене интервенције (мере и активности “падају” на мање плодно тло) што умањује ефекте и оних мера и активности које се предузимају итд.

Поред тога што ови фактори директно неповољно утичу на стање безбедности саобраћаја они имају и посредан неповољни утицај, јер омогућавају, олакшавају, стварају простор за снажније дејство осталих “класичних” узрока. Они добрим делом хране постојеће узроке саобраћајних незгода, повећавају њихову снагу и утицај на настајање ових појава.

Основни предмет и циљ овог рада је да се покуша потпуније утврдити механизам дејства, идентификује природа, садржина и начин деловања и у оквирима могућности изврши квантификарање снаге и непосредности утицаја кризе и санкција на стање безбедности саобраћаја, односно настанак саобраћајних незгода на путевима у Југославији.

3. Метод истраживања

Основни метод помоћу кога смо покушали потпуније сагледати проблеме које смо као предмет и циљ овог рада поставили је упоређивање релевантних статистичких и динамичких параметара безбедности саобраћаја стандардним поступком “пре и после”, односно посматрали смо два периода:

- * први период пре кризе и санкција (1985. до 1990. године), међутим треба имати у виду да је у задњим годинама овог периода постојао донекле неповољан утицај кризе, и
- * други период у коме су криза и санкције кумулативно неповољно деловале, односно имале пуне неповољне ефекте (1991. до 1994. године)¹

Поред коришћења података из различитих извора коришћене су и одговарајуће методе (технике - поступци) за утврђивање измеритеља о стопи незгода и степену угрожености.

За утврђивање стопе незгода (Accident rates) коришћен је образац:

$$S_n = \frac{N \cdot 10^6}{365 \cdot L \cdot Q} \quad [\text{nezg./mil. vozilo - km}]$$

где је: S_n – стопа незгода,
 N – годишњи број незгода,
 L – дужина деонице пута у км,
 Q – средњи годишњи број возила/дан

За утврђивање степена угрожености, поред незгода, узета је у обзир и тежина последица (вреднована одређеним пондером) и до њега се дошло на основу следећег обрасца:

$$U = \frac{10^6}{365 \cdot L \cdot Q} (N_m \cdot P_m + N_p \cdot P_p + N_s \cdot P_s) \quad [\text{nezg./mil. vozilo - km}]$$

где је: U – степен угрожености,
 N_m – број незгода са материјалном штетом: $P_m=1$,
 N_p – број незгода са повређеним лицима: $P_p=10$,
 N_s – број незгода са погинулим лицима: $P_s=1$,
 L – дужина пута у км,
 Q – просечан интензитет саобраћаја возила/дан

Због доступности података и ограничених могућности истраживањем је обухваћено подручје АП Војводине, као репрезентативно подручје за целу СР Југославију. У Војводини се налази око 26% регистрованих моторних возила и 22,6% магистралних, односно 14,7% регионалних путева од укупно возила односно М и Р путева у СР Југославији.

Финансијска средства улагана у путеве због инфлације националне валуте, која је у неким годинама посматраног периода била веома висока, исказана су у

¹ У току 1991. године дошло је до отцепљива неких република од предходне Југославије, а санкције међународне заједнице према садашњој Југославији уведене су 31. маја 1992. год.

ДЕМ тако што је годишњи износ средстава за путеве претворен по званичном курсу који је важио на дан 1. септембра те године.

4. Степен угрожености у саобраћају

Криза и санкције непосредно производе нове узроке саобраћајних незгода и хране постојеће, односно стварају услове у којима постојећи узроци емитују повећану опасност. Са друге стране криза и санкције уништавају постојеће ресурсе безбедности саобраћаја (уместо њиховог раста) или умањују њихову ефикасност. Практично у условима кризе и санкција, на настајање саобраћајних незгода не утичу исти фактори (јер поред постојећих делују и нови), нити постојећи делују на исти начин.

Степен угрожености у периоду пре (1985.-1990.) и за време (1991.-1994.) трајања кризе и санкција може се потпуније сагледати и кроз анализу саобраћајних незгода које су се у тим периодима догодиле у АП Војводини.

Табела 1.: Саобраћајне незгоде и настрадала лица у АП Војводини у периоду од 1985. до 1994. године

Година	Укупно незгода	Незгода са мат. штетом	Незгода са наст. лицима	Погинула лица	Повређена лица	Настрадала лица укупно
1985	16.081	11.803	4.278	466	5.467	5.933
1986	17.635	13.080	4.555	460	5.818	6.278
1987	19.406	14.701	4.705	440	5.998	6.428
1988	18.597	13.955	4.642	451	5.898	6.349
1989	22.204	16.903	5.301	486	6.864	7.350
1990	22.853	17.305	5.548	527	7.261	7.788
1991	22.548	17.256	5.292	530	7.042	7.572
1992	18.796	14.137	4.659	459	6.024	6.483
1993	11.064	7.974	3.090	312	4.082	4.394
1994	10.771	7.572	3.199	301	4.133	4.434

Из табеле 1. види се да је после 1991. године дошло до смањења броја незгода и њихових последица у апсолутном броју, што не даје праву слику безбедности саобраћаја јер је у том периоду, због недостатка горива, смањења привредних активности (изазваних пре свега санкцијама), смањења међународног саобраћаја² и других разлога дошло до значајног смањења транспортног рада и интензитета (обима) саобраћаја³. Због тога се реалнија слика може добити ако се узму у обзир динамички параметри (интензитет саобраћаја пре свега) безбедности саобраћаја.

² Npr. 1989. god. u Jugoslaviju je u{lo 13.992.706, a 1992. god. 4.113.000 stranih motornih vozila.

³ Ве}е смањене броја саобра}ајних незгода са материјалном штетом него незгода са настрадалим лицима није само последица њиховог смањеног броја него и "тамне бројке" нерегистрованих незгода. Незгоде са настрадалим лицима се због озбиљности последица редовно региструју па }емо ви}е користити ове као поузданије податке.

Табела 2.: Саобраћајно оптерећење (ПГДС), мера незгода и степен угрожености на магистралним путевима у АП Војводини

Година	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
ПГДС	4.394	4.848	5.072	5.337	5.499	6.038	5.061	4.054	2.781	3.067
Дуж. маг. путева	1.419	1.419	1.419	1.419	1.419	1.419	1.419	1.464	1.646	1.463
Мера нез. (са настр. лица)	0,289	0,262	0,277	0,231	0,276	0,265	0,334	0,300	0,313	0,257
Мера незгода	0,943	0,933	1,055	0,890	1,035	0,955	1,180	1,008	0,892	0,691
Степен угрожености	7,33	7,09	6,83	6,26	6,99	7,34	8,68	7,32	8,68	6,86

Из података табеле 2. се види да је мера незгода и степен угрожености у саобраћају на магистралним путевима у Војводини већи у периоду кризе и санкција што значи да је обим саобраћаја у овом периоду у већој мери смањен него што је смањен број саобраћајних незгода. То се види и на основу измеритеља мере незгода и степена угрожености за поједине најважније магистралне путеве у Војводини (табела 3.)

Табела 3.: Степен угрожености и мера незгода на појединим магистралним путевима у АП Војводини (1985.-1994.)⁴

Година	Степен угрожености				Мера незгода са настрадалим лицима			
	M1/9	M7	M21	M22	M1/9	M7	M21	M22
1985	4,89	12,74	6,48	11,50	0,42	0,44	0,28	0,42
1986	10,65	5,59	8,88	14,94	0,28	0,17	0,31	0,61
1987	10,52	6,92	6,42	15,26	0,49	0,23	0,30	0,60
1988	7,21	7,33	9,82	13,43	0,29	0,28	0,31	0,51
1989	7,14	8,56	13,43	17,00	0,22	0,33	0,35	0,80
1990	10,32	6,07	13,94	16,66	0,24	0,24	0,48	0,73
1991	9,51	5,90	9,48	22,91	0,41	0,24	0,43	0,87
1992	9,94	7,55	8,90	21,61	0,46	0,32	0,34	0,83
1993	13,24	4,96	9,93	30,64	0,36	0,25	0,31	1,07
1994	9,29	8,53	9,96	18,07	0,33	0,28	0,30	0,74

⁴ M1 – Granica Hrvatske (kod Lipovca) – Dobanovci – Beograd
M1/9 – Granica AP Vojvodine – Pan-evo – Vršac – Vatin
M7 – Ba-ka Palanka – Novi Sad – Zrenjanin – Srpska Crwa
M21 – Petrovaradin – Ruma – most na Savi kod [apca
M22 – Horgo{ - Srbobran – Novi Sad – Inlija – Batajnica (stari put)

Из табеле 3. се види да су, одређеним осцилацијама и мера незгода и степен угрожености били већи у периоду трајања кризе и санкције него у годинама које су им петходиле. То се посебно односи на путеве М22 и М21 као најтипичније представнике путне мреже, односно саобраћаја на посматраном подручју.

Потпунијој представи о угрожености у саобраћају може допринети и сумарни преглед кретања (трендови) основних релевантних параметара безбедности саобраћаја ако се као базна година узме 1985. као прва година посматраног периода (табела 4.).

Табела 4.: Преглед основних параметара безбедности саобраћаја на магистралним путевима у Војводини у односу на 1985. као базну годину (100%)

Година	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Незгоде са настрадалим лицима	100	102,2	116,9	107,4	131,9	139,5	147,1	109,1	78,2	70,8
Настрадала лица	100	100,0	110,4	97,3	128,8	135,5	136,8	101,6	72,2	66,5
Погинула лица	100	108,2	90,4	96,3	112,6	128,2	120,7	77,0	74,1	65,9
ПГДС	100	110,3	115,4	121,5	125,2	137,4	115,2	92,3	63,3	69,8
Мера незгода	100	90,7	95,8	79,9	95,5	91,7	119,0	103,8	108,3	88,9
Степен угрожености	100	96,7	93,2	85,4	95,4	100,2	118,5	103,0	122,1	96,4

Из података садржаних у табели 4. посебно су упадљиви подаци из којих се виде супротни трендови обима саобраћаја и угрожености у њему. Од 1985. до 1990. године обим саобраћаја је стално растао, а измеритељи о мери незгода су опадали (слично је и са степеном угрожености). Од 1991. године имамо супротне трендове, односно обим саобраћаја се смањивао, а мера незгода и степен угрожености су се повећавали (изузев 1994.).

5. Утицај кризе и санкција на учеснике у саобраћају

Утицај кризе и санкција на учеснике у саобраћају односно њихове психофизичке способности (перформансе – капацитет способности) за учешће у саобраћају је веома сложено питање на које се не може ни приближно одговорити без озбиљнијих дубљих мултидисциплинарних истраживања. Сада смо у могућности да региструјемо неке од ових фактора који значајно утичу на понашање људи у саобраћају, али без наведених истраживања не може се извршити њихов потпуније квантифицирање, односно потпуније измерити њихов неповољан утицај. То су, пре свега, фактори који деградирају релевантне способности људи за учешће у саобраћају, посебно возача, као што су:

- a). **Повећан број инвалида** (чије су способности за учешће у саобраћају, посебно за управљање моторним возилима смањене).
- b). **Исцрпљивање основних биолошких (људских) ресурса.** Ово исцрпљивање, поред осталог, доприноси настанку повећаног броја незгода, а незгоде својим последицама (смрт, повреде и др.) још додатно уништавају ове ресурсе, тако да имамо кумулативно дејство (кризе, санкција и саобраћајних незгода) на исцрпљивање основних биолошких ресурса.
- c). **Погоршан здравствени биланс становништва**, са свим последицама које то ствара уопште, па и у овој области.
- d). **Трауме и психички ожиљци** због рата, губитка некога од родбине и других многобројних последица рата.
- e). **Миграције**, принудна пресељења људи. Последице траума и оптерећења код великог броја избеглица који су напустили своје домове, радна места, остали без имовине, променили социјалну средину и који се налазе у веома тешкој животној ситуацији.
- f). **Повећање хетерогености саобраћајне културе** (саобраћајне зрелости) становништва. Ова повећана хетерогеност настала је доласком великог броја избеглица и она, поред осталог, изазива проблеме њиховог прилагођавања измењеним (углавном већим) захтевима које саобраћај пред њих поставља у новој средини. Навике, ставове и схватања они су формирали у донекле другачијим саобраћајним условима. Многи од њих се са села или мањих насеља настанили у градове. Избеглице у квалитетно нову средину уносе своја, у ранијим условима стечена знања, навике, схватања, ставове, интересе и друго. Ово прилагођавање неће бити отежано само овим разликама него и њиховим неповољним социјалним и економским положајем, психичким и другим оптерећењима којима су били и којима су још увек, изложени.
- g). **Психичка оптерећења и трауме** због угрожене егзистенције. После увођења санкција велики број људи је остао без посла или је упућен на принудни одмор. Њих оптерећује неизвесност, несигурност и друге последице санкција, кризе и великих социјалних и економских ломова, што се мора неповољно одразити и на њихово понашање у саобраћају.
- h). **Деградација квалитета живота** људи и утицај тога на унутрашње изворе понашања људи.
- i). **Смањење возачке кондиције.** Због недостатка горива и економских разлога возачи су много ређе управљали возилима што се неповољно одражава на њихово искуство и поузданост.
- j). **Неповољан утицај на микрогрупне факторе** (стамбену кризу, деградацију породице итд.).
- k). **Поремећај система вредности** и у таквим условима (амбијенту) формирање људи као учесника у саобраћају (стварање навика, ставова, схватања, склоности и начина размишљања) и последице тога на њихово понашање уопште, а посебно у саобраћају.

- l). **Други бројни фактори** који чине возаче мање поузданим, односно смањују изгледе за успешно понашање свих корисника пута (све до опасности од појаве “југословенског или босанског синдрома” слично “вијетнамском синдрому”).
- m). **Промене понашања после незгоде.** Ови фактори не утичу само на настајање незгода него и на понашање после незгоде. За време трајања кризе и санкција запажено је да се учесници у незгоди понашају са више агресивности, нетолеранције, негирања и очигледне кривице (одговорности), грубости према партнеру у незгоди итд.

Снагу и непосредност утицаја ових фактора, њихов међусобни однос и интеракцију са другим “класичним” факторима и утицај тог сложеног и испреплетеног дејства на настајање саобраћајних незгода биће веома тешко измерити и квантификирати. При томе треба имати у виду да је и отпорност на квантификације код наведених фактора различита, односно присуство и утицај неких лакше је утврдити и измерити него других.

Као што се из изложеног види неповољан утицај кризе и санкција на капацитет релевантних способности човека је сложенији и дуже ће трајати од утицаја на друге факторе. Ови неповољни утицаји се не испољавају толико сада због рестрикција у саобраћају (изазваних смањењем привредне активности, економским и другим разлозима) колико ће се испољити касније када дође до повећања обима саобраћаја. Повећан обим саобраћаја ће створити услове да се повећан ризик који стварају ови фактори чешће конкретизује у саобраћајне незгоде. Поред тога отпорност ових фактора (који делују на човека) на мере друштвене интервенције је већа, односно неповољан утицај ових фактора теже ће се елиминисати него њихов утицај на возила, путеве или друге факторе безбедности саобраћаја. Код њих ће се и контрамерама постигнути ефекти, бар делимично, брже губити него ефекти који буду остварени код техничких фактора.

6. Утицај кризе и санкција на возило као фактор безбедности саобраћаја

Утицај кризе и санкција на возило као фактор безбедности саобраћаја најбоље ће се сагледати кроз анализу старосне структуре возног парка.

Табела 5.: Старосна структура најзначајнијег дела возног парка у Војводини

Година	Старост	Путнички	%	Аутобуси	%	Теретна	%
--------	---------	----------	---	----------	---	---------	---

		аутомоб.				возила	
1981	До 5 год.	105.548	45,1	1.165	52,2	6.930	43,8
	Од 5 до 10 год.	84.406	31,1	810	35,8	5.069	32,1
	Преко 10 год.	43.898	18,8	268	12,0	3.819	24,1
	укупно	233.852	100,0	2.234	100,0	15.818	100,0
1985	До 5 год.	78.815	31,1	1.186	45,9	6.604	35,9
	Од 5 до 10 год.	105.772	41,7	944	38,5	6.420	34,9
	Преко 10 год.	69.139	27,2	404	15,6	5.350	29,2
	укупно	253.676	100,0	2.584	100,0	18.374	100,0
1990	До 5 год.	85.763	26,0	1.074	35,9	7.060	27,1
	Од 5 до 10 год.	86.811	26,4	1.119	37,5	6.909	26,6
	Преко 10 год.	156.886	47,6	799	26,6	12.051	46,3
	укупно	329.460	100,0	2.992	100,0	26.020	100,0
1995	До 5 год.	34.850	7,8	251	6,7	2.749	7,2
	Од 5 до 10 год.	129.522	28,9	1.411	37,8	10.398	27,2
	Преко 10 год.	283.052	63,3	2.071	55,5	25.128	65,6
	укупно	447.424	100,0	3.733	100,0	38.275	100,0

Из табеле 5. се види да се од 1981. до 1995. године старосна структура, са аспекта безбедности саобраћаја, најзначајнијег дела возног парка забрињавајуће погоршала. Процентуално повећање возила старијих од 10 година у овом периоду износило је:

- * путничких аутомобила са 18,8% на 63,3%,
- * аутобуса са 12% на 55,5% и
- * теретних возила са 24,1% на 65,6%.

У посматраном периоду старосна структура возила није се равномерно погоршавала. Стање се највише погоршало у периоду кризе и санкција. У периоду од 1990. до 1995. године проценат аутобуса старијих од 10 година повећан је са 26,6% на 55,5%, а теретних возила са 46,3% на 65,6%. Не ради се само о старим возилима него и о возном парку у чијој структури преовлађују возила која су произведена по технологији која 15 до 20 година заостаје за најсавременијом технологијом производње возила.

Поред низа питања која се у вези са оваквом старосном структуром возила може поставити је и како реагује друштво односно онај део друштвеног механизма коме је поверено спровођење најзначајније мере друштвене интервенције усмерене према возилу као фактору безбедности саобраћаја. Ради се о техничком прегледу возила као мери друштвене интервенције која има за циљ да изврши селекцију

возила у погледу техничке исправности (која по овом критеријуму могу у саобраћај, а која не могу).

Табела 6.: Технички преглед моторних и прикључних возила у АП Војводини

Година	1989			1994		
Врста возила	Укупно прегледно	Одбијено као неисправно	%	Укупно прегледно	Одбијено као неисправно	%
Укупно	537.974	132.851	25,7	463.649	102.846	22,2
Мотоцикала	12.369	1.778	14,4	7.910	903	11,4
Путничких аутомобила	312.703	86.299	27,6	322.059	76.787	23,8
Аутобуса	5.189	1.641	31,6	4.906	1.308	26,7
Теретних возила	35.626	11.240	31,5	25.532	6.405	25,1
Специјална возила	4.463	864	19,4	3.000	609	20,3
Радних возила	1.155	234	20,3	607	150	24,7
Тегљача	1.920	522	27,2	2.192	647	29,5
Трактора	88.248	16.721	18,9	51.111	9.162	17,9
Прикључних возила	76.301	13.552	17,8	46.332	6.875	14,8

Док се старосна структура возног парка погоршавала проценат возила која су, због техничке неисправности, одбијена на техничком прегледу се смањивао (табела 6.). Тешко је веровати да су повећањем старости возила била технички исправнија. Пре ће бити да су критеријуми на техничким прегледима снижени, а то значи и ефекти ове мере друштвене интервенције смањени⁵. Није у питању само неповољна старосна структура возила него и други фактори који значајно утичу на техничку исправност возила, као што су:

- * Смањена могућност набавке адекватних резервних делова за возила (висока цена, несташице резервних делова, појава некавалитетних – неиспитаних резервних делова на тржишту и др.),
- * Неповољно економско стање власника возила доприноси неадекватном одржавању возила,
- * Присуство једног броја возила сумњивог порекла и техничке исправности који је из бивших (пре свега ратом захваћених) република СФРЈ ушао у СР Југославију.

Упоредо са погоршањем старосне структуре возила смањивао се и проценат саобраћајних незгода за које је полиција у званичним статистикама наводила да су настале због техничке неисправности на возилима (табела 7.). И ови подаци, као и претходни (о техничким прегледима), говоре о понашању институција у

⁵ Слика понашања у овом периоду запањено је и код других институција у спровођењу других мера друштвене интервенције.

друштвеном механизму којима је поверено спровођење појединих мера друштвене интервенције у овој области.

Према оваквој статистици (табела 7.) испада да је са повећањем старости возила све мањи проценат незгода настајао због њихове неисправности, односно да су, упрошћено речено, старија возила безбеднија у саобраћају. У 1993. и 1994. години када је старосна структура возног парка била најнеповољнија у статистици је регистровано да се возило као узрок појављује у 0,60% односно 0,70% незгода, односно вишеструко мањем броју незгода него 1985. и 1986. године када је старосна структура возног парка била знатно повољнија. И ове чињенице, поред осталог, истичу сложен проблем идентификације и квантифицирања узрока саобраћајних незгода, посебно приликом вршења увиђаја и попуњавања упитника СН-1⁶.

Табела 7.: Преглед саобраћајних незгода које су према статистици настале због стања возила и пута у АП Војводини у периоду од 1985. до 1994. године

Година	Настало због техничке неисправности возила				Настало због стања пута				Укупно незгода
	Са настр. лицима	Са мат. штетом	свега	%	Са настр. лицима	Са мат. штетом	свега	%	
1985	68	115	183	1,14	100	407	507	3,15	16.081
1986	75	156	231	1,31	89	267	356	2,02	17.635
1987	72	159	231	1,19	61	350	411	2,12	19.406
1988	60	128	188	1,01	35	102	137	0,74	18.597
1989	73	114	187	0,85	51	118	169	0,76	22.122
1990	68	128	196	0,86	36	76	112	0,49	22.853
1991	59	121	180	0,80	38	98	136	0,60	22.548
1992	43	89	132	0,70	28	49	77	0,41	18.796
1993	31	35	66	0,60	38	106	144	1,30	11.064
1994	37	39	76	0,70	16	30	46	0,43	10.771

7. Утицај кризе и санкција на пут као фактор безбедности саобраћаја

Стање путне мреже под утицајем кризе и санкција се такође веома брзо погоршавало. За време кумулативног неповољног дејства кризе и санкција (после 1991. год.) изградња нових путева, рехабилитација, као и обнова асфалтног застора код постојећих путева је потпуно стала, а одржавање је сведено на забрињавајући минимум.

⁶ Problem identifikacije i kvantificiranja uzroka saobraćajnih nezgoda je slo`eno pitanje koje zahteva posebnu obradu. SN-1 je osnovni dokument iz koga se podaci o saobraćajnoj nezgodi unose u bazu podataka.

Из података табеле 8. уочљива је огромна разлика у динамици градње, реконструкцији и обнови асфалтног застора на путевима у периоду пре и за време кризе и санкција.

Због драстичног пада укупних улагања путеви су пропадали и нагло је растао проценат путева чије је стање незадовољавајуће. Према извештајима предузећа за одржавање М и Р путева у 1988. години било је преко 50% путева чије је стање било добро или задовољавајуће, док на крају 1994. године није било ни једног пута који није захтевао озбиљне интервенције (и улагања) да би се довео у стање које би омогућило уредно и безбедно одвијање саобраћаја на њему.

Табела 8.: Преглед обима радова на магистралним и регионалним путевима у АП Војводини пре и после кризе и санкција

Ред. број	Опис	Једин. мере	1985	1994	1990	1993
1.	Изграђено нових пут. укупно	км	22,4	3,5	24,4	2,3
	Ауто-пут Е-70	км	5,6	-	16,2	-
	Ауто-пут Е75	км	7,8	2,0	-	0,8
	Остали М и Р путеви	км	9,0	1,5	8,2	1,5
2.	Рехабилитација путева укупно	км	81,0	1,5	136,4	1,0
	Магистрални путеви	км	23,0	1,3	50,3	-
	Регионални путеву	км	58,0	0,2	86,1	-
3.	Обнове асфалтног застора укупно	км	-	2,3	58,8	-
	Магистрални путеви	км	-	2,3	37,6	-
	Регионални путеву	км	-	-	21,2	-
4.	Редовно одржавање путева	Мил. ДЕМ	6,2	3,9	19,8	2,2
	Укупно са рехабилитацијом	Мил. ДЕМ	30,8	10,9	143,0	5,0
	Укупна улагања у путеве	Мил. ДЕМ	100,7	19,6	280,0	8,7

Поред тога што је дошло до значајног смањења обима саобраћаја, криза и санкције су условиле и значајну прераспodelу саобраћајних токова, што је утицало и на промену значаја појединих путних праваца. Најбољи пример за то је деоница пута Е-70, који је због наведених околности изгубио на значају и драстично је смањен обим саобраћаја на њему (са 14.790 возила/дан у 1990., на 1.825 возила/дан у 1993. години)⁷.

⁷ Radi se o 88 km ovog melunarnodnog puta koji je zbog saobraćajnog opterećenja i velikog učešća melunarnodnog saobraćaja 1990. godine završen kao auto-put.

Слично као и код возила, са погоршањем путне мреже, у званичној статистици смањивао се проценат незгода које, према њој, настају због пута. Из табеле 7. се види да је у 1985. години, када је стање путева било повољније, регистровано да је због стања пута настало 3,15 незгода, а 1994. године, када је стање путева било неповољније, пут се као узрок појављује само у 0,43% незгода.

8. Заостајање у технологији производње и одржавања возила и путева

Уз помоћ глобалне комуникације нова технолошка достигнућа постају позната свима у савременом свету. За време санкција технологија производње, одржавања и поправке возила, као и градње и одржавања путева не само да није праћена него је назадовала због немогућности праћења технолошких иновација, набавке опреме и нових технолошких и техничких помагала. Ово се најбоље може илустровати увидом у број произведених путничких аутомобила у "Застави", једином домаћем произвођачу ових возила у СР Југославији (табела 9.).

Табела 9.: Преглед производње путничких аутомобила у СР Југославији (1985.-1994.)

Година	Број произведених возила	(%)
1985.	154 404	100,00
1986.	173 001	112,04
1987.	209 217	135,50
1988.	212 465	137,60
1989.	216 241	140,05
1990.	175 435	113,62
1991.	93 797	60,75
1992.	23 428	15,17
1993.	6 875	4,45
1994.	7 014	4,45

Подаци из табеле 9. о производњи путничких аутомобила у Фабрици аутомобила "Застава" у Крагујевцу довољно убедљиво говоре о погубном утицају кризе и санкција тако да их није потребно ни коментарисати.

9. Утицај кризе и санкција на друштвени механизам у области безбедности саобраћаја

После 1978. године у Војводини је дошло до значајног побољшања безбедности саобраћаја (1978. год. у саобраћајним незгодама погинуло је 614 лица, а 1983. год. 441 лице или 32,2% мање). Са мањим осцилацијама позитиван тренд траје до 1988. године. Ово побољшање, у највећој мери може се приписати побољшању укупне ефикасности друштвеног механизма коме је било поверено да

се стара о безбедности у овој области друштвеног живота (достигнут је ниво оспособљености одговарајућих институција који је омогућавао да се успостави солидна контрола саобраћајних незгода, односно ризика у саобраћају и да се доста рационално управља ресурсима безбедности саобраћаја).

После 1988. године долази до наглог погоршања што се, поред осталог, може довести у везу и са политичким променама, превирањима и почетку политичке и економске кризе на овим просторима. Наиме, после 1988. године из политичких разлога долази до промена и у организацији безбедности саобраћаја што је, између осталог, имало за последицу:

- * укидање неких покрајинских и општинских институција за безбедност саобраћаја (покрајински и општински савети и комисије за безбедност саобраћаја, фондови за безбедност саобраћаја и др.),
- * прерасподелу надлежности између разних нивоа организовања (општински, покрајински, републички) тако што се вршила централизација (надлежности и финансијских средстава) на републичком нивоу (што је представљало удаљавање од стварних проблема који су распрострањени на целој територији, односно путној мрежи),
- * неке од институција иако нису укинуте доведене су у ситуацију (економску или због смањених надлежности) да су морале смањити своје активности на пословима безбедности саобраћаја,
- * укидањем институција, које су се пре свега бавиле превентивним активностима, осиромашена је и лепеза мера друштвене интервенције у овој области (нарочито превентивних),
- * занемарена је метода рада на спречавању незгода, а цела проблематика је гурнута на маргине опште признатих потреба друштва итд.

Поред тога што су удаљене надлежности и финансијска средства од изворних проблема, новом организацијом смањен је број институција које иницирају, покрећу, воде и спроводе одбрамбене акције у овој области. Док су се раније иницирале, покретале и водиле ове акције на свим нивоима организовања (од општине до федерације) сада је то сведено само на један ниво организовања, односно институције на републичком нивоу што значајно умањује ефикасност друштвеног механизма у овој области.

Ефикасан друштвени механизам у овој области мора, поред осталог, обезбедити да институције у свакој општини (и на другим нивоима организовања), поред спровођења институционализованих мера из своје надлежности, саме прате стање на свом подручју и на основу резултата тога праћења иницирају и спроводе одређене, пре свега превентивне активности у складу са конкретним проблемима и потребама на њиховом подручју. Ово није неопходно само због тога што то подиже општи ниво ефикасности одбрамбеног система у овој области, него и због тога што исти узроци незгода (алкохол, умор, недовољно знање, недостаци на путу, возилу итд.) не емитију опасност свуда једнако, нити је структура настрадалих иста (негде је већи проблем заштита пешака, бициклиста, деце итд.), као и због других разлика (негде веће проблеме стварају запрежна возила, трактори, недостаци у техничком регулисању саобраћаја итд.). Све ове специфичности, односно разлике у

дистрибуцији опасности и структури узорка незгода морају се уважавати код планирања и предузимања акција и на нивоу општине. Главни носиоци оваквих активности су координациона тела (савети и комисије) за безбедност саобраћаја која су у Србији укинута.

После 1991. године овако неповољан тренд у ефикасном функционисању друштвеног механизма у области безбедности саобраћаја се још више погоршава дезинтеграционим процесима. Распадом претходне Југославије анпутиран је један део друштвеног механизма на нивоу федерације, јер су неке институције на том нивоу организовања престале да функционишу. Увођење санкција међународне заједнице према СР Југославији такође је значајно умањило ефикасност друштвеног механизма, јер су санкције умањиле економску основу и ставиле нас у изоловани положај. Утицај затварања и изолације је тешко мерљив, али знамо да је велики. Изолација, поред осталог, прекида интеракцију са окружењем тако да нас доводи у ситуацију да сами одређујемо вредност ствари на основу наших аршина, без светских критеријума и мерила. Живљење свог живота мимо релевантних критеријума нужно доводи до заостајања и губитка.

Поред укидања неких институција, промене организације безбедности саобраћаја и неповољних ефеката санкција на смањење ефикасности друштвеног механизма у овој области допринели су и други фактори, као што су: веће ангажовање неких институција, пре свега државних органа, на решавању других ургентнијих проблема; смањење економске могућности, несигурност, неизвесност и друга оптерећења из социјалног окружења неповољно су утицала на мотивисаност и продуктивност и код запослених у институцијама које се баве безбедношћу саобраћаја и које проблематике на маргине опште признатих потреба друштва неповољно се одражава на друштвени механизам и његову ефикасност. Потискивањем безбедности саобраћаја у страну ставља узроке незгода у положај који им омогућује да много лакше емитују опасност, јер се налазе у заветрини која их заклања од контраакција усмерених ради њиховог сузбијања. Земље које управљају својим развојем тако да избегну кризе, велике социјалне и економске ломове (о санкцијама и да не говоримо) проблемима безбедности саобраћаја посвећују много већу пажњу. Тамо се сматра да озбиљност последица и економска исплативост захтевају дневно ангажовање највиших органа и на проблемима безбедности саобраћаја.

Са једне стране криза и санкције производе нове и повећавају емисију опасности из постојећих узрока (извора опасности) саобраћајних незгода, а са друге стране слабе ефикасност друштвеног механизма у овој области, јер уништавају ресурсе безбедности саобраћаја. Стање ће се погоршати уколико они који имају политичку моћ не покажу спремност да објективно сагледају ефекте својих ранијих одлука које се односе на организацију безбедности саобраћаја.

10. Утицај кризе и санкција на реаговање друштва

У задњим годинама постојања претходне Југославије, појава политичке кризе, јачање дезинтеграционих процеса, између осталог, неповољно се одражавало и на одговор – реаговање друштва на негативне појаве у саобраћају. Отцепљењем неких република престале су да функционишу или су значајно редуцирале своју активност органи и институције на нивоу претходне Југославије. Југословенске институције у овом систему имале су значајну функцију, између осталог, оне су: биле главни носиоци усклађивања и примене међународно унифицираних прописа, техничких норматива и стандарда и обезбеђивале трансфер позитивних иностраних искустава. У значајној мери оне су утврђивале политику безбедности саобраћаја, доносиле основне националне прописе из ове области, обезбеђивале значајан део сарадње, координације, интеграције напора на сузбијању саобраћајних незгода итд. Све је ово допринело да лепеза активности и мера друштвене интервенције у овој области осиромаше.

Поред тога што је осиромашена, измењена је и структура мера и активности, јер су превентивне мере значајно редуциране, тако да у овој структури доминирају репресивне мере. Саобраћајно образовање и васпитање деце и омладине у основним и средњим школама је редуцирано, односно укинута изменом наставних планова и програма за ове школе. Допунско саобраћајно образовање одраслих је замрло, као и многе друге превентивне активности. Са изградњом система информисања учесника у саобраћају се застало. Координација и сарадња између институција у систему безбедности саобраћаја је ослабила, а степен друштвене дезорганизације у овој области се повећао.

У време кумулативног дејства кризе и санкција цео систем реаговања углавном се свео на спровођење неколико институционализованих мера друштвене интервенције и то: контроле саобраћаја, обуке возача моторних возила, селекције возача (возачки испит и здравствени преглед) и техничких прегледа моторних возила. Када се има у виду да све ове мере, осим контроле саобраћаја, иницирају грађани јер им је то потребно да би остварили своја права (стекли возачку дозволу или регистровани возило) може се закључити да су се институције у систему безбедности саобраћаја, посебно државни органи који су раније најчешће покретали и водили акције безбедности саобраћаја, пасивизирале у већој мери него што то криза и санкције намећу.

Због тога се и овде може поставити питање у којој мери криза и санкције производе неповољне ефекте, а у којој мери служе и као оправдање за разне друге пропусте, нестручност, комотитет, неефикасност итд.

11. Закључци

Поред “класичних” узрока саобраћајних незгода друштвене вредности у саобраћају у СР Југославији нападају (угрожавају) и додатни, специфични узроци до сада углавном непознати у цивилизованом свету. Ради се о утицају кризе

(политичке и економске) и санкција међународне заједнице на стање безбедности саобраћаја.

Криза и санкције веома широком лепезом фактора различите снаге и домашаја, са већег или мањег одстојања, производе нове изворе опасности или доприносе да постојећи извори емитују већу опасност и повећавају ризик који прати одвијање саобраћаја. Са друге стране криза и санкције уништавају ресурсе безбедности саобраћаја.

Поред непосредног неповољног утицаја на настајање саобраћајних незгода ови фактори имају и посредан утицај, јер олакшавају, омогућавају, стварају простор за јаче, снажније, непосредније дејство “класичних” фактора на настајање ових појава и чине их отпорнијим на мере друштвене интервенције.

Криза и санкције су, поред осталог, доказ да друштвени услови утичу на структуру и обим узрока, односно фактора због којих настају саобраћајне незгоде, јер производе нове и хране постојеће узроке ових појава.

Неповољни утицаји кризе и санкција на безбедност саобраћаја осећаће се дуго и после њиховог престанка, односно укидања и требаће уложити додатне напоре да се њихово дејство ублажи или елиминише. Због тога њихово дејство не треба подцењивати него је потребно извршити одговарајуће припреме како би се могло ефикасно реаговати контрамерама ради њиховог сузбијања.

За ефикасно реаговање прво је потребно разумети проблем, а то значи изучити природу, снагу и механизме деловања ових фактора како би се избегао необазрив сусрет са новим, односно несналажење, збуњеност и лутање. На подлози таквог сагледавања потребно је, у оквиру укупног реаговања у овој области, пројектовати мере и активности, организацију, метод рада и подстицаје на елиминисању (поред “класичних”) и ових нових извора опасности.

Да би се овако одговорило – реаговало потребно је извршити рехабилитацију друштвеног механизма у области безбедности саобраћаја на следећи начин:

- a) Прво, преиспитати организацију, обогатити структуру овог механизма (кроз укључивање већег броја институција у активности на спречавању незгода), извршити анализу функционисања система на свим нивоима организовања (од Општине до Федерације) и на основу тако идентификованих проблема извршити одговарајуће корекције.
- b) Обогатити лепезу мера друштвене интервенције у овој области, посебно повећати динамику превентивних активности, тако да се обезбеди избалансираност између јачине извора опасности и контраакција усмерених на њихово елиминисање.
- c) Методе и тактику рада на спречавању незгода прилагодити природи и специфичностима ових појава (од праћења, анализе, пројектовања, спровођења до евалуације резултата предузетих мера).

Неповољан утицај кризе и санкција на стање безбедности саобраћаја је, између осталог и доказ да се безбедност саобраћаја не може посматрати изоловано јер се преплиће у веома сложеним зависностима са другим појавама, стањима и односима у друштву.

Литература:

- Инић, М.: *Феноменологија саобраћајних незгода*, Институт за саобраћај ФТН, Нови Сад, 1995.
- Инић, М.: *Саобраћајне незгоде на путевима*, Статистички билтени ПСУП Војводине, Нови Сад.
- Инић, М.: *Статистички подаци о саобраћајним незгодама, МУП-а Србије*, Београд
- Инић, М.: *Бројање саобраћаја на путевима АП Војводине*, Дирекција за М и Р путеве Београд.
- Инић, М.: *Бројање саобраћаја на путевима САП Војводине*, Завод за путеве, Нови Сад.

Milan Inić, Ph.D., Full Professor

Dragan Jovanović, Assistant

Faculty of Technical Sciences, Department for Traffic

**INFLUENCE OF CRISIS AND INTERNATIONAL SANCTIONS ON
TRAFFIC SAFETY IN YUGOSLAVIA**

Abstract

Besides, let us say classic and well-known causes of traffic incidents, the traffic safety in Yugoslavia has also been affected by specific, in the civilized world up to now mainly unknown factors, as well. It is about the negative effects of the crisis (economical and political) and the international community's sanctions on the state of safety in this field of social life. These factors produce new causes of traffic accidents, they feed the existing causes and destroy the resources of traffic safety. Owing to them: the drivers are less reliable; the vehicles are now much older and technically more out of than before: the roads and the equipment installed on them are in a much worse state; the efficiency of the social mechanism in the field of traffic safety has decreased; the social interventions reduced and so have the economic chances for creating conditions for safer traffic; the causes of accidents have become more resistant to the measures of social intervention, etc.

Др Снежана Бркић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

СУМАРНА ПРОЦЕСНА ФОРМА У АНГЛОАМЕРИЧКОМ ПРАВУ

Сажетак: *Анализа тзв. summary trial-а показује да он има статус посебне упрошћене процесне форме која представља англоамерички пандан скраћеним поступцима на Континенту. Таквом закључку аутора морало је претходити појмовно одређење посебне процесне форме и извођење њених конститутивних елемената: посебног основа и посебне структуре. Након упознавања са специфичностима опште процесне форме у англоамеричком праву, аутор је приказао сва одступања од ње у сумарном поступку.*

Кључне речи: посебна процесна форма, процесна структура, основ процесне форме, summary trial, прелиминару хеаринг

I

1. Под сумарним или скраћеним процесним формама подразумевамо оне упрошћене посебне форме поступања, које почивају на изостанку комплетног претходног стадијума, а често су праћене и модификацијом главног претреса, у циљу његовог неформалнијег, неспутанијег, а тиме и бржег одвијања.¹ Легитимирајући основ таквог упрошћавања је тежина кривичног дела, понегде комбинована са једноставношћу чињеничне и/или доказне грађе. Еволуција кривичних поступака показује да је процес њиховог диференцирања, по правилу, започињао формирањем управо скраћених процедура. Оне су, осим тога, и најраспрострањеније и најмање спорне форме поступања. У теорији до сада није

¹Zbog terminolo{kih neujedna~enosti u pojedinim pravima, na{a oznaka kao skra}enih ili sumarnih procedura mo`e se prihvatiti samo uslovno, budu}i da pokriva i druga~ije imenovane forme sli~ne sadr`ine.

било покушаја да се таквим процесним формама одомаћеним на Континенту пронађе пандан у англоамеричком праву. Такве подухвате су спречавале две тешкоће: некомпарабилност ових правних система у погледу опште процесне структуре и владајућих процесних начела, као и прилично раширен став о неиздиференцираности англоамеричког модела кривичног поступка. У овом раду показаћемо да тзв. *summary trial* има све карактеристике посебне процесне форме која представља пандан скраћеним поступцима на Континенту.

2. О диференцијацији процесних форми можемо говорити само онда када кривично суђење није униформно у свим случајевима. Диференцијација стога подразумева коегзистенцију најмање две процесне форме, које се по нечему разликују. Најчешће се ради о томе да општи модел варира под одређеним условима, на одређен начин и до одређених граница. Зависно од тога да ли је процесна форма установљена као правило или као изузетак, она може бити општа или посебна. Општа форма је намењена суђењу у свим случајевима који нису изузети од ње и учињени подложним посебним правилима.

Посебне форме представљају одступања од опште форме, заснована на особеним основима и мотивисана посебним циљевима. Изградња посебних процесних форми се и своди на осмишљавање тих одступања. Генерално посматрано, диференцијални моменат мора бити присутан у најмање две равни: основу² и структури процесне форме. Основ посебне процесне форме представља одлучујући разлог њеног стварања, којег можемо тражити у особеностима процесног објекта или (и) субјекта. Специфичан основ повлачи за собом и специфичност процесне структуре, која може почивати на изостављању или додавању појединих процесних стадијума или фаза, или битној модификацији постојећих. О овом последњем се ради онда када постојећа фаза, задржавајући исти ред следовања, трпи промене у принципу интеграције процесних функција, процесних субјеката и услова заснивања, услед којих се може говорити о другачијем циљу или типу процеса.³

II

1. У савременим процесним законодавствима мериторном кривичном суђењу претходи делатност прикупљања прелиминарног доказног материјала, која се налази у рукама једног или више субјеката, различитих од судећег суда. Функција

²У постојећој процесној литератури нисмо наишли на залагање за издвајање основа као засебне категорије упротој процесних форми. Иста или слична мисао се изражава појмовима као {то су услови, критеријуми, мерила, границе...

³Ако се диференцираним регулисањем не мена процесна структура, ве само поједине одредбе о процесним субјектима или радњама, не ради се о посебној форми, ве о неком изузетку у реиму опште или посебне процесне форме, којом се она чини флексибилнијом. Такве одступајуће одредбе, које карактерише специфичан основ али које немају за последицу и специфичну структуру процеса, назвали смо процесним варијабилитетима (е о томе вид. код S. Cigler, *Krivični postupak i diferencirane procesne forme*, Правни живот 9/1998, с. 601-609.

те делатности је трострука: иницијална, припремна и селективна.⁴ У континенталним правима она је саставни део процеса, чинећи његов први стадијум, најчешће познат као претходни или припремни поступак.

Након подигнуте оптужбе која је издржала судску контролу, следи главни поступак у коме се доноси, а ев. и преиспитује судска пресуда. При томе, нарочити значај има поступак пред судом првог степена, јер се у њему доноси одлука којом се конкретни кривичнопроцесни однос коначно решава за дату инстанцу. Главни поступак обухвата и ев. поступак пред вишим судом, који се води поводом изјављеног правног лека.

2. У англо-америчком праву се само условно може говорити о претходном стадијуму, јер није саставни део кривичнопроцесног односа. Припремна функција нема судски карактер, већ је у рукама полиције, која за одређене радње мора прибавити дозволу суда. Осим тога, она се ограничава само на прикупљање доказа о делу, искључујући могућност истраживања личности учиниоца, којој се поклања растућа пажња на Континенту.

Од функција које су у континенталним правима у склопу претходног стадијума, у англо-америчком систему суду припада само селективна. Судска контрола основаности извођења окривљеног на главни претрес, за разлику од романскогерманских права, не следи већ претходи подизању оптужног акта. Осим тога, она је организована у духу акузаторских а не инквизиторских начела и обавља се у тзв. поступку упућивања (*preliminary enquiry*,⁵ *committal proceedings*, *preliminary hearing*), пред судовима нижег ранга.

Поступак упућивања је временом доживео значајне трансформације у правцу сужавања домета примене. Вегова еволуција је текла у знаку постепеног губљења једних функција⁶ и садржајног ограничавања других. У свим земљама *common law* традиције, уочљива је тенденција ограничавања принципа непосредности и усмености. Првобитно усмено саслушање сведока оптужбе, а по жељи окривљеног и сведока одбране, на јавном и контрадикторном прелиминарном рочишту је у одређеним случајевима почело уступати место могућности читања полицијских извештаја о њиховим исказима.⁷ При томе не треба изгубити из вида честу пасивност оптужбе и одбране и у првобитном усменом облику овог поступка. Позивање на само неке, али не све сведоке, представљало је очигледно тактизирање срачунато на намерно држање противне стране у неизвесности у погледу

⁴Tako J. Pradel, RIDP 1-2/1985, s. 11.

⁵Engleski *preliminary enquiry* о-игледно треба razlikovati od *anquete preliminaire* u Francuskoj i sli-nih prethodnih izvilaja u me{ovitim postupcima drugih kontinentalnih zemaqa. Ovi posledwi predstavqaju prvi korak u islelewu dela od strane policije ili tu`ila{tva, a ne proveru osnovanosti optu`ewa.

⁶Tako je wegov prvobitni oblik u Engleskoj, pored selektivne, obuhvatao pripremnu (prikupqawe preliminarних dokaza od strane neke vrste tu`ioca-istra`nog sudije-neprofesionalca) i inicijalnu funkciju (procena oportuniteta gowewa), koje su sa stvarawem profesionalne policijske (1829) i tu`ila-ke slu`be (1986) pre{le na novoformirana tela.

⁷Neposrednom saslu{awu svedoka pribegavalo se naro~ito u onim slu~ajevima gde se tu`ilac pla{io neubedqivosti pojedinih svedoka optu`be (vid. L. H. Leigh, RIDP 1-2/1985, s.325).

распољивих доказних средстава.⁸ Такав тренд и не баш повољне прогнозе о развоју поступка упућивања,⁹ који се све чешће сматрао застарелом и оптерећујућом установом, крунисани су потпуним раскидом са принципом непосредности и обавезом извођења доказа посредним путем.¹⁰ Предност је приказаног упрошћавања ове фазе у њеном краћем трајању. Не треба, међутим, заборавити да је тиме изгубљена корисна функција обезбеђивања доказа непоновљивих на главном претресу. Сада би једини излаз у том случају било коришћење неформалних обавештења датих полицији, што је свакако мање поуздано од исказа датих на прелиминарном рочишту пред судом.

Поред поступка упућивања, у САД је задржана установа оптужне или велике пороте, која као тело од 6 до 23 судија-лаика у нејавном поступку одлучује о основаности оптужбе саслушањем сведока, али не и окривљеног. Оптужна порота се заснива на идеји да нико не може бити осуђен док не прође двапут пред себи равним.¹¹ Наиме, Пети Амандман на Устав САД захтева да кривично гоњење за капитална и „друга гнусна дела„ мора започети на основу оптужнице велике пороте (тзв. *indictment*). Та обавеза важи само за савезне, али не и судове федералних јединица, мада су је неке, углавном источне државе предвиделе (нпр. Пенсилванија, Тексас). У другима, тужилац и за најтежа дела непосредно подиже оптужбу, а у трећима може бирати између те две могућности (нпр. Калифорнија, Вујорк). Окривљени се у сваком случају може одрећи права на велику пороту.

3. Иако су у поређењу са претходним стадијумом, у главном поступку знатно израженији акузаторски елементи, континентални концепт главног претреса изгледа много „инквизиторнији„ од англоамеричког. Супремација суда према странкама је очувана кроз принцип судске одговорности у процесу утврђивања чињеничног стања, као и у руковођењу поступком. Начелно прокламована једнакост странака ипак изгледа далеко од аутентичног страначког процеса. Окренутост континенталних поступака начелу истине, често доводи у питање пуно право на одбрану окривљеног. Бројни изузеци од начела непосредности своде главни претрес

⁸Za SAD vid. T. Weigend, op. cit., s.121; za Kanadu, P. Beliveau, RIDP 1-2/1985, s.350. U tom smislu mo`e se konstatovati sli`nost sa uzdr`avawem okrivqenog od pobijawa optu`nog akta u kontinentalnim pravima.

⁹Tako i nacionalni referat u Helsinkiju, s.245.

¹⁰Zna`ajne etape na tom putu u Engleskoj su predstavqali: *Criminal Justice Act* iz 1967, koji je u odsustvu zahteva okrivqenog za sasl{awem svedoka optu`be omogu}avao upu}ivawe predmeta na sulewe i bez ocene dokaza; zakon iz 1987. koji je omogu}avao tu`iocu da potpuno zaobila postupak upu}ivawa u slu`aju slo`enih trgova`kih prevara; zakon iz 1991. koji je omogu}avao da se gowewe za seksualno zloupotrebqawawe i nasiqe prema deci vr{i direktno pred Kraqvskim sudom; *Criminal Justice and Public Order Act* iz 1994, koji postupak upu}ivawa, sada nazvan „*transfer for trial proceedings*„ svodi samo na proveru (~itawem) neformalnih iskaza pribavqenih od policije. Vid. vi{e o tome kod J. R. Spencer, RIDP 3-4/1995, s.423-424.

U Australiji je obaveza posrednog izvolewa dokaza uvedena 1987, ali je zadr`ano pravo okrivqenog da tra`i usmeno sasl{awe svedoka optu`be (podaci se odnose na Novi Ju`ni Vels, vid. Helsinki, s.169; vid. i P. Beliveau, RIDP 1-2/1985, s.350-351). Za SAD vid. L. Weinreb, RIDP 1-2/1985, s.335 i C. Vouyoucas, op. cit., s.58.

¹¹Blakstone, naved. prema T. Vasiqevi}, Osnovni problemi II, s.21. Iako ponikla u engleskom pravu, velika porota je tamo ukinuta jo{ 1933. Kratko vreme i u ne{to modifikovanom obliku bila je presalena i u francuskom pravu (1791-1808).

на некритичко преузимање резултата истраге, чијем доказном материјалу се често придаје већи значај.

У англоамеричком систему, као истински акузаторском, главни претрес (*trial*) заузима централно место. Странкама је дата много већа иницијатива, нарочито у доказном поступку, у коме носе терет доказивања. Суд задржава позицију неутралног и пасивног арбитра. Акузаторска процесна начела су остварена у пуном обиму, као и једнакост оружја странака. Па ипак, ни тај систем није имун од деформација. Основну тешкоћу чине бројне формалности и гаранције предвиђене у интересу окривљеног, пре свега концепт недозвољених доказних средстава. Компликовању поступка доприноси и поротни систем, захваљујући честом коришћењу права на изузимање са поротничке листе. Још већи проблем може створити захтев за остварењем чистог начела непосредности, у условима када је тешко обезбедити донедавно апсолутно важећу једногласност, која данас може бити замењена потребном већином од најмање девет (Енглеска) односно десет (САД) гласова након најмање два сата већања. Наиме, немогућност пороте да изгласа одлуку са наведеном већином, има за последицу њено распуштање и формирање новог поротничког тела, пред којим ће се одржати потпуно нов главни претрес, јер су раније радње изгубиле дејство.. Осим тога, поротни систем функционише на веома нерационалан начин, због могућности доношења одлуке о кривици или ослобођењу, која нема потпору у изведеним доказима. Спорости поступка, на коју се указује и у овим земљама, доприноси и режим унакрсног испитивања, широке могућности коришћења тактике одуговлачења, као и бројна средства одлагања правноснажности пресуде.¹²

III

1. *Суммару триал* је најстарија од посебних упрошћених процедура у енглеском праву, чији рудименти датирају из XVI века, постепеним извитоперавањем редовног поступка (*trial on indictment*), који је све чешће допуштао суђење мање тешких кривичних дела пред мировним судијама (*justices of the peace*).¹³ Вихова надлежност је постепено ширена, тако да се до средине XIX века овој процедури подвргава и један број кривичних дела иначе подложних редовном судовању, уколико се са тиме сагласи одбрана. Ова процесна форма је позната и у САД, Аустралији, Канади.

Сумарни поступак као посебна процесна форма представља одступање од редовне процедуре (*trial on indictment*), која се води за тешка, тзв. чисто оптужива кривична дела (*purely indictable offences*). Редован поступак се састоји из три фазе:

¹²За амери-ко право вид. G.W. Pugh, RIDP 3-4/1986, s. 719-735, а за енглеско право вид. L.H. Leigh, RIDP 3-4/1986, s. 654-673.

¹³ Мировне судије су првобитно обављале само preparatorну функцију пре изношења предмета на редовно суђење.

а) полицијске, б) фазе прелиминарног испитивања доказа (тзв. *committal proceedings*) пред мировним судијом,¹⁴ ц) фазе одлучивања на усменом претресу пред Краљевским судом, од стране професионалног судије и пороте (*trial*). И поред неких правила као што је оно да оптужени не може чекати на суђење пред Краљевским судом дуже од осам недеља од момента извршења дела, редовни поступак се показао као веома скуп и дуг: просечно време од *committal proceedings-a* до главног претреса је у 1994. износило 117 дана, односно 95 дана за оне који су остали у притвору.¹⁵ Просечно трајање сумарног поступка, према подацима за 1993, је износило: 35 дана од покретања поступка до првог саслушања; 69 дана од покретања поступка до коначне пресуде; 138 дана од извршења кривичног дела до коначне пресуде.

А) Фаза прелиминарног испитивања доказа и стављања под оптужбу. Суштина *summary trial-a* је у скраћивању поступка, с обзиром на изостанак средње фазе, прелиминарног испитивања доказа, убрзању, и појефтинјењу. У САД су могућности изостављања прелиминарног испитивања доказа нешто веће него у Енглеској. Тако у многим државама не постоји право на прелиминарну расправу ако је окривљени био оптужен од стране велике пороте.¹⁶ Осим тога, од те фазе могу одустати тужилац и окривљени.¹⁷

У сумарном поступку нема посебног оптужног акта (*indictment*), већ се суди поводом пријаве на основу које је окривљени лишен слободе или позван на суд.

Б) Фаза главног претреса. У сумарном поступку на главном претресу је задржана могућност двојакe стратегије окривљеног: *plead guilty* или *not guilty*. У првом случају његово учинилаштво се сматра доказаним, па следи још само изрицање казне; у другом случају изрицању казне претходи посебан доказни поступак. Разлика у односу на редовну процедуру пред Краљевским судом се у овом погледу појављује утолико што је *Magistrates Courts Act 1957.* предвидео изузетну могућност суђења у одсуству окривљеног у сумарном поступку. Ова новина је уследила у циљу ослобађања од терета доказивања на страни оптужбе, у случајевима у којима окривљени не намерава да оспорава учинилаштво, али ни да се појави пред судом да би признао кривицу. Наиме, за *summary offence* за које је прописана казна затвора до три месеца, окривљени може дати своје признање и писменим путем, што ће имати за последицу избегавање држања рочишта. Поступак је следећи: заједно са позивом, страна оптужбе окривљеном доставља и белешку са законским одредбама и обележјима дела, обавештавајући и судску

¹⁴Ranije je ova faza uklučivala još i kontrolu optužnog akta od strane velike porote, koja je u Engleskoj ukinuta 1933, a u SAD je zadržana za teška krivična dela.

¹⁵J. R. Spencer, RIDP 3-4/1995, s. 431. Prosecution of Offences Act od 1985. (čl. 22) ovlaštuje ministra unutrašnjih poslova da dekretom ustanovi „custody time-limits“, kao maksimalno trajanje preventivnog lišenja slobode pre glavnog pretresa. To vreme iznosi 70 dana od momenta hapšenja u zatvor do dana suđenja u sumarnom postupku ili upućivanja na Krajevski sud, a u ovom poslednjem slučaju - još 112 dana. Prema par godina starijim podacima „vreme čekanja“, je u proseku iznosilo 6-8 nedelja za pritvorena lica, a za lica na slobodi - 12 nedelja (vid. Helsinki, s. 243).

¹⁶Vid. C. Vouyoucas, Procédure sommaires en matière pénale, rapport général pour XIV Congrès international, Académie Internationale de Droit comparé, section V B, Athènes, 1994, s. 59.

¹⁷Naved. prema G. Tomašević, Zbornik PF Split X/1973, s. 244.

писарницу о томе. Ако окривљени хоће да се послужи овом процедуром, треба писмено да обавести судску писарницу, на формулару који је прикључен позиву. Окривљени или његов адвокат може у истом или одвојеном акту указати суду на олакшавајуће околности. Није важно ако документ стигне нешто после датума повратка прецизираног у обавештењу, уколико он пада пре одржавања рочишта. Ако кривично дело треба да буде предмет опомене (*endorsable offence*), окривљени треба да придружи и своју возачку дозволу, као и извод из књиге рођених. Ако суд сматра да су испуњени сви услови, спреман је да се понаша као да је окривљени признао кривицу. Тужилачка страна не мора бити присутна. Обавештење о признању дела, као и оно задржано од стране оптужбе, као и олакшавајуће околности, морају бити гласно прочитани од стране записничара, под претњом ништавости. Стриктно је правило да исказ дат пред судом, мора одговарати напмени у документу који је послат окривљеном, тако да признање кривице не потпада под другу тачку оптужбе. Ако окривљени промени мишљење до истека назначеног датума, обавештава писарницу да повлачи признање. У том случају, саслушава се пред судом, под уобичајеним условима. Суд никада није обавезан да пресуђује на основу таквог признања путем поште. Он по дискреционој оцени, након увида у документ, може заказати рочиште и о томе обавестити окривљеног, заједно са образложењем. У супротном, суд може прихватити признање, и у очекивању олакшавајућих околности одлучити да након што га огласи кривим, одложи изрицање казне. Окривљени се о томе обавештава, са разложима одлагања. Бројна, најлакша сумарна кривична дела се суде на овај начин. Овај поступак је посебно подобан за дела из области саобраћаја на путевима.¹⁸

Мање формалности и већа брзина истичу се као предности сумарног поступка и у САД. Тако се нпр. пред *misdemeanor courts* оптужна функција често предузима од стране полицијских службеника или општинских *city attorneys*, и то млађих и неискусних.¹⁹

В) Фаза правних лекова. У Енглеској је могућност побијања првостепене судске одлуке у сумарном поступку шира него у редовном. Тако, оптужба може изјавити жалбу због правних питања, а одбрана по свим основима, осим у случају *guilty plea*, када се може побијати само одлука о казни. Ово за разлику од поступка пред судовима вишег ранга, где је жалба тужиоца искључена, а окривљеног ограничена на истицање правних недостатака, а чињеничних само по дозволи жалбеног суда или суда пред којим је суђење одржано.²⁰

У САД окривљени може жалбом захтевати суђење пред судијом професионалцем, ако је у првом степену судио мировни судија, а ако је већ поступао професионалац, право на жалбу остаје, али без новог суђења.²¹

2. Из основа посебних процесних форми изводе се и релевантни услови њиховог заснивања. Основ је општији од услова, јер може бити заједнички за више

¹⁸Naved. prema A. Perrodet, La participation du delinquant au processus penal, Paris, 1992, s. 13.

¹⁹Naved. prema T. Weigend, op. cit., s. 118.

²⁰Naved. prema G. Toma{evi}, op. cit, s. 250-251.

²¹Tu`ilac nema pravo izjavqivawa `albe, pogotovu ne protiv oslobalaju}ih presuda. Izuzetak su dr`ave Connecticut, Vermont i Wisconsin, ali se i u njima to retko koristi.

процесних форми, које се међусобно разликују по условима и обележјима. Дакле, из истог основа се може изводити мноштво различитих услова, чија конкретизација зависи и од обележја процесне форме. Осим тога, основи најчешће показују сродност са материјалним, а не и формалним условима заснивања посебних форми.

Сумарни поступак се може водити само за наведена најлакша дела (*summary offences* у Енглеској и Аустралији, *misdemeanors* у САД), а уз сагласност одбране и за средње тешка кривична дела (*indictable offences*).²² Посебан услов је сагласност окривљеног код неправих оптуживих кривичних дела.

3. Основе и услове треба разликовати од ограничења у примени неке форме. Упрошћене форме су често рестриктивно постављене, тако да њихова допуштеност не зависи само од испуњености материјалних и формалних услова, већ и читавог низа посебних захтева у вези са врстом и саставом суда, врстом деликта, категоријом окривљених, врстом и мером изречене санкције, итд. Ти су захтеви у функцији ограничавања примене упрошћене форме на неопходну меру, која може бити оправдавана криминалнополитичким разлозима. Иако су и они нека врста услова у ширем смислу, јер ни без њих посебне форме не може бити, због њихове шароликости, секундарног значаја, и нарочито, битно другачије функције, издвајамо их у засебну категорију и разматрамо као ограничења. Она су често негативно формулисана, у смислу искључења примене форме у одређеним областима.²³ Треба указати и на покретљивост ових категорија тако да исти фактор у једној процесној форми може имати карактер услова, а у другој ограничења.²⁴

А) Врста суда. Сумарни поступак могу водити само судови нижег ранга, као што су *magistrates courts* у Енглеској, *misdemeanor courts* у САД, *courts of summary jurisdictions* у Аустралији. Разграничење надлежности се најчешће врши према деоби кривичних дела. Тако у енглеском праву постоје чисто оптужива кривична дела (*purely indictable offences*), која као најтежа пресуђује искључиво *Crown Court* путем *trial on indictment*, с једне стране, и остала кривична дела (*either-way offences*), која се деле на оптужива (*indictable offences*), за која је примарно надлежан *Crown Court* али их изузетно може судити и магистратски суд, уз сагласност одбране,²⁵ и сумарна дела (*summary offences*), која суде искључиво магистратски судови. При томе је уочљива тенденција прерастања *purely indictable*

²²У Аустралији могу бити сумарно сулена без пристанка окривљеног и нека дела из категорије *indictable offences*, {то се критикује (вид. Хелсинки, оп. cit., с. 171)}.

²³Многи не уочавају разлику између материјалног услова и ограничења посебне форме. Тако нпр. Н. Luther, који озбиљност кривичних дела и строгост казнености третира заједно као критеријум примене уопштене форме, илустрирајући то максималном казном која се може изрећи у mandatном поступку (HEUNI 3/1984, с. 177).

²⁴Тако нпр. тежина кривичних дела представља материјални услов у скраћеним поступцима, а ограничење у mandatном поступку.

²⁵На одлуку окривљеног о избору врсте суда може утицати више фактора: озбиљност дела, одређена казна (магистратски судови су ограничени на казну лишења слободе до {ест месеци и новчану казну до 2.000 фунти}), процена о томе где су веће шансе за ослобођење и фактор време.

offences у *either-њау offences*, а у оквиру ових последњих, прегруписавање у корист *summary offences*.²⁶

И у САД постоји троеоба кривичних дела на *felonies, misdemeanors* и *violations*. Будући да је организација правосуђа у САД подељена између федерације и федералних јединица, немогуће је приказати надлежност нижих судова за сваку од њих. Понекад је тешко разграничити чисто кривичну од њихових цивилних и управних компетенција.²⁷ Прописани максимум код *misdemeanors* или *petty offences* је обично шест месеци или годину дана.

Б) Састав суда. Састав суда у сумарном поступку је другачији него у редовном. У Енглеској је искључена порота, а професионални судија је у 99% случајева замењен непрофесионалним трочланим телом (*lay magistrates*), које је ипак у извесној мери правно обучено, а своје функције обавља бесплатно. Професионални елемент је задржан само у великим градовима у виду тзв. *stipendiary magistrate*, који поступа као судија појединац. Слично је и у Америци и Аустралији, где често поступа мировни судија без правног образовања.

В) Врста кривичне санкције. Ограничење с обзиром на врсту кривичне санкције произилази из чињенице да је сумарни поступак резервисан само за судове нижег ранга, који не могу изрицати све санкције. Тако су нпр. магистратски судови у Енглеској овлашћени да изричу казне лишења слободе до шест месеци и новчане казне до 2.000 фунти; *City Court of New York* казну лишења слободе до једне године, а слична ограничења постоје и у другим *misdemeanor courts* у САД. У Аустралији се може изрећи казна затвора до две године или новчана казна до 2000 \$ за дела која се у сумарном поступку суде по пристанку окривљеног, а за остала дела затвор до две године и новчана казна до 5000 \$.²⁸

4. Избор сумарног поступка може зависити од одлуке окривљеног о врсти суда пред којим ће се расправљати оптужива дела, с обзиром на могућност да се она изузму из надлежности Краљевског суда. На његову одлуку може утицати више фактора: озбиљност дела, очекивана казна (магистратски судови су ограничени на казну лишења слободе до шест месеци и новчану казну до 2.000 фунти), процена о томе где су веће шансе за ослобођење, као и фактор време. Неки сматрају магистратске судове инфериорнијим, што поткрепљују подацима о броју ослобођења у случају ускраћивања *guilty plea*: 30% у магистратским судовима, а више од 50% у Краљевском суду.²⁹ Наведена разлика се може на разне начине интерпретирати: као последица посебне наклоности мировних судија полицијским доказима, која тендира осуђивању невиних на основу недовољних доказа; али и као израз нерационалног и наивног реаговања пороте у корист окривљеног, упркос евидентним доказима. Сумарни поступак може изгледати атрактиван и зато што је бржи и јефитинији.

²⁶Spencer navodi primer dužanske krađe – ije je vi{e puta predlagano tretirawe kao *summary offence* uporno bilo odbijano od strane parlamenta, koji je pomalo emotivno ~uvao tradiciju po kojoj se svakom u~iniocu kradje garantuje sulewe pred porotom (RIDP 3-4/1995, s. 417).

²⁷Vid. T. Weigend, op. cit., s. 117.

²⁸Vid. Helsinki, op. cit., s. 171.

²⁹Naved. prema J. R. Spencer, RIDP 3-4/1995, s. 418.

У Америци, окривљени под одређеним условима може тражити да му се суди у редовном поступку.³⁰

5. Значај и популарност *summary trial-a* је све више растао тако да је временом, по учесталости примене, почео да надмашује *trial on indictment* као редован тип поступка. Ову тврдњу илуструју следећи подаци: 1991. је пред Краљевским судом у Енглеској путем *trial on indictment* било суђено свега 100.000 лица, док је *summary trial* пред магистратским судовима вођен према 1,96 милиона лица, међу којима и 489.000 за дела подложна класичном суђењу у случају неприхватања сумарног поступка од стране одбране.³¹ Истиче се да се овим путем пресуди око 98% свих кривичних дела.³²

У Америци се пред *magistrate US*, као судовима нижег ранга на федералном нивоу, расправља око две трећине свих савезних кривичних дела.³³ И у Аустралији је број сумарно суђених кривичних дела пред нижим судовима енормно већи од оних које суди порота, пред коју долази око 2% случајева.³⁴

Предност *summary trial-a* је у скраћивању поступка, с обзиром на изостанак фазе прелиминарног испитивања доказа; убрзању и појефтинјењу, избацивањем пороте и увођењем непрофесионалног судећег тела.

Еволуција сумарног поступка у Енглеској показује својеврстан парадокс: што се више користи, он постаје све мање сумаран. Првобитно „издање“, *summary trial-a* се сводило на само једно рочиште на коме је ствар била окончавања. Ширење круга кривичних дела подложних овом поступку, захтевало је јачање одбрамбених права, које је са своје стране повлачило више времена. Данас се просечан сумарни поступак у коме окривљени пориче учинилаштво, завршава осудом тек на трећем рочишту: на првом даје изјаву о ускраћивању *guilty plea*, на другом се спроводе докази, и у случају оглашавања кривим, на трећем рочишту се изриче казна, која може уследити и после извесног временског интервала потребног суду ради прибављања извештаја о личности и здрављу окривљеног.³⁵

Snežana Brkić, Ph.D.

Assistant Professor of the School of Law in Novi Sad

SUMMARY TRIALS IN COMMON LAW SYSTEMS

Abstract

The author analyzes a summary trial and describes it as a specific simplified procedure which is the common law counterpart to summary procedures in civil law

³⁰Naved. prema J. Cedras, RIDP 3-4/1995, s. 519.

³¹Naved. prema J. R. Spencer, RIDP 3-4/1995, s. 417.

³²Vid. Helsinki, s. 243.

³³Naved. prema T. Weigend, op. cit., s. 118.

³⁴Vid. Helsinki, op. cit., s. 30.

³⁵Ibidem, s. 418.

systems. Before the author came to this conclusion, she had set criteria for categorization of different procedures and defined a special procedural form, which is determined by two constitutive elements: special legal ground and characteristic structure of such a procedure.

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

О НАСТАНКУ И РАЗВОЈУ КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Сажетак: Писац се определио да осветли историјски развој једне доктрине међународног кривичног права којој је неоправдано посвећена скромна пажња у нашој науци, иако ће њен значај расти са развојем међународног кривичног правосуђа.

Представљени су сви извори ове гране права значајни за развој доктрине, са нагласком на оне који су унели промене. Нарочита пажња је посвећена случају Јамашита у коме је створена доктрина и Допунским протоколима на Женевске конвенције који уводе прву писану одредбу доктрине у међународно кривично право. Представљен је и допринос који је дао Међународни кривични трибунал за бившу Југославију.

На крају су дате и оцене да су две опште одлике међународног кривичног права своју пуну потврду добиле кроз развој доктрине командне одговорности. Раскорак између декларативног и стварног, као прва одлика, и недостатак правне политике над међународним кривичним правом као правном догматиком, као друга.

Кључне речи: Командна одговорност, доктрина, развој, настанак, Међународно кривично право, командант, надређени, потчињени, одредба, трибунал, Допунски протоколи, Јамашита.

Увод

Овим чланком желимо да пружимо основна обавештења о овој доктрини. Одредићемо њене претке и тренутак њеног настанка. Даље ћемо се бавити њеним развојем и садашњим стањем.

Сматрамо да је ова доктрина побудила занимање јер се већини оптужених пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, који су се налазили на високим политичким и војним положајима у време последњих ратова на нашим просторима, не могу пронаћи наређења за вршење злочина. Тужιοци ће, вероватно, покушати да примене ову доктрину јер је она и створена за овакве случајевима.

Будући да су знања о командној одговорности односно одговорности за поступке потчињених на нашим просторима веома оскудна, радови посвећени овом проблему сигурно ће наићи на занимање у стручној јавности.

Настанак командне одговорности

Далеко пре него се ова доктрина међународног права појавила у данашњем облику, поједина њена обележја су ступала на позорницу међународног права. Најзначајнија су одговорност за другог и одговорност за пропусте. Овде ћемо прво пружити кратки приказ појаве тих обележја, а затим и случај у којем је настала доктрина.

Најстарија пракса и теорија

Први помен одговорности која има сличности са командном одговорношћу потиче из 1474. године. Извесни Peter von Hagenbach је, по наређењу надвојводе аустријског, изведен пред лице правде за силовања, убиства и друга дела против закона Бога и закона људи, почињених за време његове управе над Горњом Рајном¹. Судιο му је трибунал састављен од 28 судија, углавном Швајцараца, Алзашана и Немаца. Осуђен је на смрт.

1625. године Гроцијус пише у свом чувеном делу: “О праву рата и мира”, како се заједница и њени вођи могу држати одговорним за дела поданика за која су знали, а нису их спречили, када су могли и требали да их спрече.² Ово схватање Гроцијуса се у веома великој мери приближава савременом схватању командне одговорности.

Следећи занимљив случај се десио 1779. године када је гувернер у Детроиту, тада енглеској колонији, Хенри Хамилтон био ухваћен од стране Американаца и оптужен за злодела против цивила извршена од стране Индијанаца који су били под његовим надзором. Иако је енглески генерал Карлтон, Хамилтонов старији официр, сматрао да се Индијанци не могу надзирати и истрајавао је да их треба употребљавати само у одбрамбеној улози, Хамилтон их је употребио као мамац

¹ Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law Review, 1985, Vol. 107, стр. 78-79.

² Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 79.

који треба да веже америчке јединице и развуче их на ширем подручју. И поред упутстава како да се понашају, Индијанци су нападали издвојене насеобине и уопште цивиле, а избегавали су војнике. Значајно је да је оптужница злодела, учињена од стране Индијанаца, стављала на терет Хамилтону. Хамилтон је на крају био размењен као заробљеник.³

1812. године, у новом рату између Американаца и Енглеза неколико америчких војника је одговарало за паљевину цивилне имовине у месту Свети Давид у Канади. Као последица овог случаја њихов претпостављени је отпуштен из службе. Сличан случај се десио у месту Лонг Поинт у истом округу и он је за последицу имао извођење команданта пред амерички војни суд.⁴

Након посета Филипина, 1902. године, амерички генерал Смит је осуђен на смрт због подстрекавања, наређивања и одобравања потчињенима злочина над цивилима. Председник Рузвелт је одобравајући пресуду истакао да је рат по природи такав да омогућава чињење дивљаштава од стране млађих старешина и војника и да та чињеница мора чинити официре на високим и одговорним положајима посебно пажљивим у њиховом поступању тако да очувају моралну проверу сваког неодговарајућег акта њихових потчињених.⁵

Хашке конвенције из 1907. године, имају занимљивих одредаба у вези са обавезама команданата, а нарочито Додатак на Хашку конвенцију број 4, који у члану 1. каже да се милиција, или јединица добровољаца која жели да се према њој опходе као према пуноправној зараћеној страни, и тиме да ужива заштиту коју такве имају према Конвенцији, мора имати на свом челу лице одговорно за поступке потчињених. Члан 43. каже да је дужност команданта да предузме све мере у његовој моћи да поново успостави и обезбеди, у што већој мери, ред и јавну сигурност и право на снази на окупираној територији.⁶

Сврха члана 43. Конвенције није била да успостави личну кривичну одговорност команданата већ да опише његове обавезе, а сврха члана 1. Додатка је била да искључи заштиту, коју пружа Конвенција лицима са правним положајем зараћене стране, неустројеним скупинама у којима нема јасно одређеног заповедника. Чланови ратног права нису имали ни најмању намеру да успоставе кривичну одговорност заповедника за пропуст,⁷ већ само да поред постојећих обавеза које он има (нпр. обавеза да своју војску води тако да победи непријатеља), и које су ратног обележја, прикључи нове човечног обележја. Да су, којим случајем, државе потписнице ових конвенција хтеле употребом ових израза да успоставе кривичну одговорност, сигурно би предвиделе, изричито, ту могућност у самој конвенцији.

³ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 79-80.

⁴ Colby, *War Crimes*, Michigan Law Review, 1924-25, наведено према: Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 80.

⁵ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 81.

⁶ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 81.

⁷ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 81.

Међутим, нити једна од ових конвенција није изричито навела доктрину приписане командне одговорности, укључујући 4. и 10. Хашку конвенцију од 1907. године.⁸

Први светски рат

Велики рат, како су још звали Први светски рат, окончан је миром у Версају, 1919. године. Између осталог створена је једна Међународна комисија са задатком да утврди одговорност твораца рата и да спроведе кажњавање. На претходној конференцији, у марту 1919. године, Комисија је поднела Извештај. Други део Извештаја је имао списак од 32 различита кривична дела којим су се кршили закони и обичаји ратовања од стране Немаца и њихових савезника. Трећи део је био посвећен питањима одговорности. Закључено је да, поред осталог, одговарају сви припадници власти, цивилних или војних, страних држава, без обзира како високог положаја или ког чина, укључујући вође држава, који су наредили или који су се уздржали, са знањем и моћи да се умешају, од спречавања или од предузимања мера за спречавање да окончају или да сузбију, кршење закона или обичаја ратовања.⁹

Оваквом налазу Комисије супротставиле су се јапанско и америчко¹⁰ изасланство и то оном делу Извештаја који би био изузетно значајан, баш, за развој схватања да командант одговара за пропуст да спречи злочине, или да предузме мере да оконча кршење закона и обичаја ратовања.

Наведени став америчког изасланства нам говори о њиховом отпору одговорности у оним случајевима где се тачно не утврди да је неко имао знање да се врше акти који су криминални по природи и да је имао моћ као и овлашћење да их спречи, оконча или сузбије. Сваки од ових састојака сам за себе није довољан да се установи одговорност, а дужност или обавеза да се делује је кључна. Образац одговорности који не укључује ове састојке мора бити одбачен, сматрало је америчко посланство. Једноставно речено Американци су се бојали увођења одговорности за радње других која би се сутра могла применити и на њих (одговорност без знања о делима потчињених, односно одговорност на бази могућности да се зна). У сваком случају Комисија је нашла да су бивши цар и други

⁸ Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, *Criminal Liability for the Action of Subordinates: the Doctrine of Command Responsibility and Its Analogues in United States Law*, Harvard International Law Journal, No. 38, 1997, стр. 276.

⁹ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 83.

¹⁰ "...it is quite another thing to punish a person who failed to prevent, to put to an end to, or to repress violation of the laws or custom of war. In one case the individual acts or orders other to acts, and in so doing commits positive offence. In the other he is to be punished for the acts of others without proof being given that he knew of the commission of the acts in question or that, knowing them, he could have prevented their commission. To establish responsibility in such cases it is elementary that the individual sought to be punished should have knowledge of the commission of the acts of a criminal nature and that he should have possessed power as well as the authority to prevent, to put to an end to, or repress them. Neither knowledge of commission nor ability to prevent is alone sufficient. The duty or obligation to act is essential. They must exist in conjunction, and a standard of liability which does not include them all is to be rejected": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 83.

на високим положајима знали за злочине и могли су, макар, смањити дивљаштва почињена током рата. Њихова реч би увела друге начине у деловању њихових потчињених.¹¹

Суђења за ратне злочине у Првом светском рату су се окончала у Лајпцигу. На списку тражених налазило се 896 имена. Немци су се сложили да се суди само дванаесторици. Шест је ослобођено оптужби, а само шест је осуђено

Други светски рат: настанак доктрине

У лето 1945. године закључен је, између држава победница у рату, Лондонски споразум који је садржао и Статут Међународног војног суда. Статут је садржао правила по којим ће се судити главним ратним злочинци, док ће мање значајни бити суђени пред војним судовима појединих држава. Државе које су учествовале у изради правила поделиле су мишљења о одговорности за радње потчињеног. Сви су се сложили да командант одговара за акта потчињених које је наредио, али су се разишли када је требало одлучити када одговара командант који је пропустио дужност да спречи чињење. Холандија, Француска и Луксембург су били за решење да одговара само када је намерно пропустио дужност, а САД, Канада, Велика Британија и Кина су се определили за решење да командант одговара и у случају нехатног пропуштања дужности. Исламства која су учествовала у изради Споразума јасно су увиделе један од основних проблема, а то је питање облика кривице којим командант врши пропуштање дужности.

Пред Међународним војним судом у Нирнбергу није се поставило питање командне одговорности, вероватно, зато што је било довољно доказа за извршење дела чињењем односно наређивањем па се командна одговорност указала као сувишна и непотребна.

На тзв. Нирнбершким суђењима или Нирнбершким потпроцесима, која су уследила након завршетка рада Међународног војног суда, поставило се питање командне одговорности. Ова суђења су се изводила на основу Закона број 10 Контролног савета. У ставу 2. члана 2. налази се одредба о одговорности¹² коју су употребиле (широким тумачењем) судије да установе командну одговорност. Став 2. члана 2. каже да се за сваку особу, без обзира на националност или својство у којем је деловала, сматра да је учинила злочин ако је била извршилац или, саучесник у чињењу било ког таквог злочина или, је наредила или помогла исти, или је узела сагласног учешћа у њему. Последњи део овог члана је послужио судијама да установе командну одговорност као “узимање сагласног учешћа у злочину”. Наравно да ово нису били сви извори права које су примењивале судије на Нирнбершким потпроцесима. Случајеви у којима се појавило питање командне одговорности појавили су се временски после случаја Јамашита, па је тако случај

¹¹ Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, наведено дело, стр. 275.

¹² Љубомир Прљета, *Злочини против човечности и међународног права: Нирнбершка пресуда и документа о геноциду*, Београд, Службени Лист СРЈ, 1992, стр. 47.

овог јапанског генерала употребљен, у складу са англосаксонским схватањима о судском преседану као извору права, као извор права о командној одговорности. Случајеве из Нирнберга ћемо обрадити после случаја Јамашита како би излагање поштовало временски след догађаја.

Настанак командне одговорности, као посебног облика одговорности за радње другог-потчињеног, када није било знања о радњи потчињеног на страни команданта који је имао дужност да спречи те радње, обично се везује за случај јапанског генерала Јамашите.

На самом почетку Другог светског рата, Јапан је стекао превласт на скоро свим америчким територијама у Тихом океану укључујући и Филипине. Јапан је Филипине бранио одсудно тако да је америчка акција за његово освајање/ослобађање трајала скоро годину дана, од 19. октобра 1944. до 3. септембра 1945. За то време јапанска војска је, према америчким изворима, спроводила устројено вршење злочина. Само у Манили, између 6. и 20. фебруара 1945. године, наводно, убијено је осам хиљада цивила.¹³ Месец дана након заузимања Филипина Јамашита је оптужен да је противправно занемарио и пропустио да испуни своју дужност као командант, да надзире деловање своје војске, дозвољавајући им да учине злочине и друга тешка дела против Американаца и њихових савезника, превасходно Филипинаца, чиме је генерал Томојуки Јамашита прекршио законе рата. Судила му је Војна комисија постављена по параграфу 29, Посебног наређења број 120, донетог од стране Главног штаба Копнене војске САД, 1. октобра 1945. године. Комисија је била свесна да овакав случај нема преседан, што је веома непријатно за англосаксонског правника, а камоли да се неспречено судице. Комисија је била свесна од 5 генерала (међу њима није било правника по образовању), је донела осуђујућу одлуку и казнила је Јамашиту вешањем. Иако је бесмислено држати команданта убицом или силецијом када његов војник убија или силује, Комисија је нашла да се команданту може приписати па, чак, и држати команданта кривично одговорним за криминалне акте његових потчињених када су они свеприсутни и ако нема стварних покушаја да се открију и ставе под надзор.¹⁵ Комисија даље излаже да су злочини толико бројни и присутни да они мора да су били или свесно дозвољени, или да су били тајно наређени од стране оптуженог.¹⁶

Одлуку Комисије прегледао је, два пута, Staff Judge Advocate¹⁷ и оба пута је потврдио, али су његови налази, по нашем виђењу, имали занимљивих промена у односу на налаз Комисије. Комисија закључује да је Јамашита свесно дозволио злочине или их је тајно наредио. Staff Judge Advocate у ревизији налази да је

¹³ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 89.

¹⁴ Christopher N. Crowe, *Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecutions*, University of Richmond Law Review, 1994, No. 29, стр. 197.

¹⁵ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 93.

¹⁶ "...that they must either have been permitted by the accused, or secretly ordered by the accused": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 94-95.

¹⁷ Judge Advocate је припадник службе у америчкој војсци која би одговарала Правној служби у нашој војсци. Staff је само ознака за место на коме се налази овај официр. Он је припадник Главног штаба Копнене војске САД.

Јамашита, или знао за злочине, или је имао начина да сазна за њих.¹⁸ Ово је значајна садржинска промена става по питању свести Јамашите. Према налазу Комисије он је не само имао свест о злочинима већ их је и/или тајно наредио. Према ревизији Staff Judge Advocate-а Јамашита је или имао свест или је могао да има свест јер су му била на располагању службена средства која је могао да искористи да се обавести. Чињеница да се није обавестио је "...кажњиво пропуштање дужности". У другој ревизији одлуке Комисије он се придружује њеним налазима и каже да је Јамашита, или знао за злочине, или је дао свој пристанак, или је пропустио да, или спречи, или казни учиниоце.¹⁹ Овим врло занимљивим променама ставова по питању радње извршења дела и свести оптуженог заслужују целокупну претрагу.

Браниоци Јамашите су поднели жалбу Врховном суду САД. На дан 4. фебруара 1946. године Врховни суд је одлучио гласањем 6 према 2. Суд је одбио да расправља о томе да ли је Јамашита крив, већ је прихватио да одлучује само о томе да ли је Комисија надлежна да му суди и да ли је он имао дужност по ратном праву да предузме одговарајуће мере које су у његовој моћи да надзире јединице у сврху спречавања одређених аката који су кршење ратног права. Исто, одлучивали су о томе да ли се Јамашита може држати лично одговорним за пропуст да предузме такве мере. Суд је нашао да Комисија може да суди Јамашити и да постоји обавеза, према ратном праву, на страни команданта да предузме мере које су биле у његовој моћи и одговарајуће према околностима да заштити цивиле и заробљенике. У прилог овакве одлуке Суд је наводио одредбе хашких конвенција од 1907. године и Женевске конвенције од 1929. године која се, према њиховом мишљењу, тичу командне одговорности. Издвојена мишљења судија Марфија и Ратлица су значајна и свака озбиљна обрада командне одговорности захтева њихово пажљиво читање.

Након поступања пред Врховним судом САД, Одлука је поднета на одобрење главнокомандујућем на Пацифику генералу Макартуру. Он ју је одобрио и Јамашита је обешен, 23. фебруара 1946. године.

Врло је незахвално, сада када је командна одговорност добила своје место под сунцем, говорити о вредности овог догађаја као судског преседана, али ипак треба истаћи како је целокупан случај био под утицајем примедби и ставова заузетих од стране генерала Макартура.²⁰

¹⁸ "From all the facts it is imposible to escape conclusion that the accused knew or had means to know of the widespread commision of atrocities by members and units of his command. His failure to inform himself through official means available to him of what was common knowledge throughout his command and throughout civilian population can only be considered as a criminal dereliction of duty on his part": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 94-95

¹⁹ "...the conclusion is inevitable that the accused knew about them and either gave his tacit approval to them or at least failed to do anything either to prevent them or to punish their perpetrators": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 94-95.

²⁰ A. Frank Reel, *The Case of General Yamashita*, наведено према: Leslie C. Green, *War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility*, www.usnwc.edu/nwc/art2sp97.htm#author, 1997, стр. 6.

Развој доктрине командне одговорности

Случај Врховне команде је један од најпознатијих случајева који припада скупини Нирнбершких потпроцеса. Вилхелм фон Леб и 13 других високих официра, чланова немачке Врховне команде, оптужени су, између осталог, за дела почињена од стране њихових потчињених. Тужиоци су истрајавали на случају Јамашита и схватању о командној одговорности које је тамо створено, али их је Суд одбио уз тврдњу да су околности овог случаја другачије. Суд се осврнуо и на положај команданта у ланцу командовања као веома битан чинилац у успостављању нечије одговорности, што су између осталог наглашавали и двојица судија Врховног суда САД који су издвојили мишљење у одлуци поводом случаја Јамашита. На истој линији је и виђење суда да је битно и каква врста официра је у питању. Припадници штаба не одговарају по овој доктрини, према мишљењу овог суда, јер немају овлашћења која има командант. Најбитније од свега јесте да је Амерички војни суд у Нирнбергу јасно изрекао мишљење поводом свести-знања коју мора да има командант у вези са делима потчињених.²¹

Овај суд је поштрио захтев у вези са свешћу команданта и јасно тражи да је командант имао свест односно знање у вези са делима учињеним од стране потчињених, а одбацује саму чињеницу да је командант био у положају да сазна о делима као довољну.²²

У пресудама појединим генералима, Суд је остао доследан својим ставовима у вези са свешћу коју мора да има командант о делима потчињених.

Други значајан случај је случај талаца. Назван је тако што је овде суђено немачким генералима за дела која су била учињена у Југославији, где се спроводило чувено наређење о стрелјању 100 талаца за једног мртвог немачког војника, које је, поред осталог, било предмет оптужнице.²³ У овом случају, Суд се осврнуо на питање да ли један командант може да тврди да му нису била позната обавештења која стижу у његов штаб и ту је дошао до решења којим је потврдио образац командне одговорности из случаја Јамашита по питању облика кривиче као обележја командне одговорности. Мишљење Суда по питању количине овлашћења које имају команданти различитих врста па самим тим и одговорности, вреди поменути. Већа је одговорност команданта који командује поседнутим подручјем, него команданта који је заузима, јер први има обавезу да одржава ред и мир, кажњава кривична дела или да штити личну и имовинску сигурност.²⁴

Међународни војни суд за Далеки исток установљен је посебном одлуком главнокомандујућег савезничких снага на Далеком истоку генерала Макаргуа 19.

²¹ "...a commander to be criminally liable must have knowledge of these offences and acquiesce or participate or criminally neglect to interfere in their commission and... ..offences committed must be patently illegal."; Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 102.

²² Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 216.

²³ У енглеском преводу овог наређења стоји да се смртна казна за 50 до 100 комуниста има сматрати за одговарајућу као одмазда за живот једног немачког војника; наведено према: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 218.

²⁴ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 111-113.

јануара 1946. године, а истог дана генерал је одобрио и Статут Суда. Суд је имао 11 судија са разних крајева света. Пред Судом се нашло 28 војних и цивилних вођа Јапана. Ова суђења су позната као Токијска суђења. Почела су 3. јуна 1946. године, а свршила су се 12. новембра 1948. године. Пресуда је потврдила образац командне одговорности који није довољно разрађен у случају Јамашита, нарочито у вези са свешћу команданта.²⁵ Суд сасвим јасно говори о злочинима о којима је командант знао или је требало да зна, а није предузео одговарајуће кораке да спречи појаву оваквих злочина у будуће, биће кривично одговоран за те будуће злочине.

Значајан тренутак у развоју командне одговорности представља и довођење у исту равн политичких вођа са војним. Овом пресудом је успостављена одговорност свих службеника били они цивилни или војни који имају одговорности у вези са ратним заробљеницима. Пошто је ово прва пресуда која уводи одговорност цивилних службеника по истим правилима по којим одговарају команданти, за радње потчињених, њена вредност као преседана је сумњива.²⁶ Ова пресуда је занимљива због издвојених мишљења двојице од 11 судија. Судија Пал из Индије је издвојио мишљења у неколико значајних одлука²⁷ и његова образложења нам се чине неоптерећена победничким окружењем у којој је радио овај суд као, уосталом, и сви поратни судови.²⁸

Још једно од суђења које је значајно за нас је и суђење адмиралу Тојоди. Савезнички војни трибунал са председником аустралијским бригадиром²⁹ и 6 америчких официра као члановима, заседао је од 29. октобра 1948. године до 6. септембра 1949. године. Значај се огледа у чињеници да је први пут јасно проширена доктрина командне одговорности и на одговорност команданта за радње

²⁵ "If, for example, it may be shown that within the units under his command conventional war crimes have been committed of which he knew or should have known, a commander who takes no adequate steps to prevent the occurrence of such crimes in the future will be responsible for such future crimes": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 118

²⁶ W.J. Fenrick, *Some International Law Problems Related To Prosecution Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, Duke Journal of Comparative & International Law, No. 6, 1995, стр. 118.

²⁷ "Пацифички рат је био рат за истеривање европских сила из Азије. Такав рат, вођен да се обнови независност, изгубљена у прошлим агресивним ратовима, не треба се сматрати као криминални подухват", наведено према: Иво Јосиповић, *Маргиналије поводом могућег процесуирања злочина почињених у рату у Хрватској*, Наша законитост, Бр. 11-12, 1991, стр. 1299.

²⁸ О приговорима Нирнбершком суђењу потпуно код Јосиповића и код: Милан Марковић, *Нирнебершко суђење-Примена нових начела у Међународном кривичном праву*, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Бр. 2, 1973, стр. 173-185.

²⁹ Овај чин-бригадир, који познају англосаксонске војске и оне које баштине од англосаксонаца, одговара нашем најнижем генералском чину, генерал-мајору

потчињеног које је потчињеном наредио, поред оних које нису биле наређење.³⁰ Суд је на крају одустао од оптужнице.³¹

Период после Другог светског рата

Проблем са којим се сусреће онај који покушава да сврста женевске конвенције из 1949. године, у одређени период у развоју Међународног хуманитарног права није безначајан. Иако су ове конвенције дошле као завршница Другог светског рата, односно као озакоњење норми које су се развиле у рату или непосредно након завршетка рата на суђењима за почињене ратне злочине, њих треба сврстати у поратни период. Поменута суђења су, у суштини, била последњи чин Другог Светског рата, односно коначно свођење рачуна победника и побеђеног.³² С друге стране женевске конвенције из 1949. године, мада блиске временски овим суђењима, представљају постављање правила за будућност и имају важну улогу у успостављању свести о обавезности одређеног понашања. Из овог разлога сврставамо Женевске конвенције у поратни период.

Међународни комитет Црвеног крста је после свршетка рата преузео на себе да изврши преглед развоја ратног права у Другом светском рату и да нормира тај развој кроз нове женевске конвенције. До тог нормирања је дошло, 1949. године, у 4 конвенције које су биле подељене по мерилу врсте заштићеног објекта. Кључни разлог за нормирање је био чињеница да су *ad hoc* природа међународних војних судова, као и непостојање одговарајућег писаног права по коме би се судило учиниоцима ратних злочина, оставила сумње у погледу легитимитета таквих суђења. Иако су постојали преседани као што је случај Јамашита или неке пресуде Америчког војног суда у Нирнбергу, Женевске конвенције од 1949. године не спомињу командну одговорност. Burnett, је мишљења да је то углавном због сумњиве вредности случаја Јамашита као и других случајева командне одговорности, као преседана.³³ Женевске конвенције усвајају као заједнички израз за ратне злочине један нови израз-тешке повреде женевских конвенција. Све 4 конвенције имају члан са предвиђеним скоро истоветним повредама које се називају тешким повредама. Међу њима су на првом месту “wilfull killing” односно умишљајно лишавање живота. Према објашњењима Женевских конвенција, из

³⁰ У другом случају потребно је: 1) да су дела извршена; 2) да командант зна за њих било кроз а) присуство делима или кроз обавештења о њима кратко после извршења, или б) да је извршено толико дела од стране њему потчињених да разуман човек не би дошао до другог закључка до да су дела учињена или да постоји рутинa у њиховом чињењу; 3) да је оптужени имао овлашћења над потчињенима; 4) да је оптужени пропустио да предузме неопходне мере, које су биле у његовој моћи, да спречи дела која јесу кршење ратног права; 5) да је пропустио да казни учиниоце.

³¹ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 119.

³² Писац је кристално јасан када пише да је у Нирнбергу, Токију и Јерусалиму (мисли се на суђење Ајхману) била у питању само освета: Gerhard O.W. Mueller, *The United Nations Draft Code of Offences Against The Peace and Security of Mankind: An American Evaluation*, објављено у: Gerhard O.W. Mueller, Edward M. Wise, *International Criminal Law*, New Jersey, Fred B. Rothman & Co, 1965, стр. 620.

³³ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 139.

1949, у издању Међународног комитета Црвеног крста, ово умишљајно лишавање живота обухвата и случај пропуста да се делује у случају када је ово пропуштање имало намеру да проузрокује смрт.³⁴ Ово је једино место на коме се покушава наћи веза женевских конвенција, из 1949. године, и одговорности за пропуштање да се делује. Овакво пропуштање да се делује је, с једне стране, далеко од командне одговорности, а с друге стране, нисмо сигурни у исправност мишљења писца овог објашњења да поменута одредба обухвата и нечињења која су вођења намером да се проузрокује смрт.

Од 1945. године, водило се много већих и мањих ратова па се самим тим појавио већи број прилика да се у примени провери решеност држава да поштују преседане у погледу одговорности старешина које су саме створиле у завршници Другог светског рата. Међутим и поред објављене спремности држава да поштују хашку, а од 1949. године и женевску грану Међународног хуманитарног права, свега у неколико случајева је уопште доведено у питање понашање старешина у вези са надзором потчињених.

Један од најпознатијих је случај поручника Келија из рата који су САД водиле у Вијетнаму.³⁵

На дан 16. маја 1968. године у провинцији Кванг Нај, у селу Сун Мај, односно засеку Мај Лај, америчке јединице су, делујући по наређењу, извршиле покољ Вијетнамских цивила, углавном стараца, жена и деце.³⁶ Јединицом је командовао поручник Кели. Пошто се утврдило да је Кели издао наређење да се врши покољ цивила, командна одговорност није играла нарочиту улогу у на војном суду пред којим је одговарао, међутим поставило се питање одговорности његовог претпостављеног капетана Медине, а касније и генерала Костера чија је дивизија била задужена за подручје у којем се налази село Сун Мај. На крају поставило се и питање одговорности генерала Вестморленда, командујућег официра снага Копнене војске САД у Вијетнаму.

Капетан Медина је првобитно оптужен за пет кривичних дела од тога једно за радње његове јединице. Касније, на вишем суду, он није био оптужен за кршење међународног, већ домаћег права. Никад није био употребљен члану 18. Uniform Code of Military Justice³⁷ који овлашћује одговарајуће војне власти да могу створити комисију која ће судити војном лицу за ратне злочине. Пошто оптужба није могла да успостави везу између Медине и наређења да се убијају цивили у Сун Мају, тужилац је морао да промени оптужбу са умишљајног убиства у нехатно убиство. Тада је Медина истакао да је он наредио прекид паљбе када је схватио да су се јединице отргле надзору. Од овог тренутка на суђењу се поставља питање командне одговорности. Уколико је Медина пропустио да изда такво наређење одмах пошто

³⁴ Jean Pictet, *Commentary on the Geneva Konventions of 1949*, ICRC, 1952, стр. 267; према: Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 139.

³⁵ Званична Америка овај случај зове Мај Лај догађај (My Lai incident), а цео тај рат зову Вијетнамски сукоб (Vietnam conflict).

³⁶ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 122.

³⁷ Uniform Code of Military Justice је, у ствари, амерички војни кривични законик. Назив би се могао превести као: Јединствени Законик Војне Правде

је сазнао за убијање цивила, онда је пропустио своју дужност да спречи вршење злочина од стране својих потчињених. Дана 22. септембра 1975. године, порота је донела Одлуку по којој капетан Медина није крив.³⁸ Одлука је нападнута од стране одређеног броја стручњака, који су пратили суђење, са образложењем да се на Медину примењују други, блажи обрасци одговорности него када је у питању био Јамашита.³⁹

Генерал Костер је у време покоља вијетнамских цивила командовао 23. пешадијском дивизијом, којој је била придодата јединица капетана Медине. Касније је потегнуто питање да ли генерал Костер могао да закључи, на основу неколико неуобичајених извештаја који су тај дан стигли у његов штаб (као и једног писмена Вијетконга које је генерал видео око месец дана касније које говори о покољу 500 цивила у подручју села Сун Мај, средином марта месеца 1968. године), да се неки злочини дешавају, односно да су се десили. Ово питање је потегнуто од стране Војног истражног одбора (Military Board of Inquiry), који је установљен на основу члана 32. Uniform Code of Military Justice који предвиђа у одређеним случајевима војну истрагу која је по значају одговара истрази Велике пороте у америчком праву. Задатак овог Одбора је био да истражи да ли има основа у наводима против Костера, довољних да се покрене судски поступак. Одбор је дошао до закључка да је Костер пропустио да извести претпостављене о злочинима над цивилима, како захтевају прописи, и да је пропустио да се увери да је спроведена одговарајућа истрага о случају у селу Сун Мај. Одбор никад није препоручио да се покрене судски поступак већ је уместо тога Костер добио једну врсту опомене од стране Одбора што није истражио наводе о покољу на одговарајући начин. Нешто касније министар одбране га је спустио на чин који је иначе имао (његово наименовање у виши генералски чин, у време покоља, је било привремено), ставио је опомену Одбора у његов службени спис и одузео му је одликовање које је добио за узорну службу у Вијетнаму.⁴⁰

Вестморленд, командујући генерал америчке армије у Вијетнаму у време покоља, је био оптужен од стране наредника Тореса, једног од оптужених у случају Мај Лај, за његово “улогу”⁴¹ у целом случају. Министар одбране одбацио оптужбе на основу тврдње да је Вестморленд предузео све мере које се очекују од једног команданта да предузме да би спречио такав покољ. Није било никаквих наговештаја да је Вестморленд знао за случај до тренутка када је наредио истрагу. Оваквој одлуци су приговарали стручњаци за ову област. Они су је напали на основу обрасца командне одговорности који је био примењен у случају Јамашита и тврде да би се применом поменутог обрасца Вестморленд нашао одговоран. Посебно су напали Вестморленда због његове политике широке употребе ваздушног и артиљеријског оружја која је исходовала непотребну смрт цивила и огромно уништавање имовине, коју су они оценили као криминалну.

³⁸ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 125

³⁹ Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 225.

⁴⁰ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 127.

⁴¹ Знаке навода је ставио писац чланка из кога црпемо ова обавештења, Weston D. Burnett, па их тако преносимо.

Дипломатска конференција о потврђивању и развоју Међународног хуманитарног права важећег у оружаним сукобима донела је два додатна протокола на женевске конвенције из 1949. године. Први протокол прописује, поред низа обавеза на страни разних лица (у различитим члановима Конвенције), и командну одговорност у члану 86. став 2. под називом Пропуштање да се делује (Failure to act). Тада се по први пут прописује, на међународном нивоу, да се најдаље и посредне последице пропуштања да се делује могу приписати у одговорност ономе ко је морао да врши надзор над другима који јесу непосредно проузроковали те последице. Први пут су јасно прописане и обавезе да се спречи, сузбије односно пријави вршење злочина, као обавезе команданта по међународном праву. На исти начин је прописана и обавеза војних власти да шире знање о одредбама ових протокола, али и уопште о женевским конвенцијама, као и обавеза команданта да упознаје своје потчињене са њиховим обавезама по овим конвенцијама и протоколима.⁴² Треба истаћи да Конференција није била једнодушна по питању командне одговорности. Два предлога су била одбијена зато што се сматрало да прекомерно шире подручје одговорности команданта кроз увођење објективног обрасца у процени да ли треба да постоји свест команданта, слично обрасцу који је коришћен у случају Јамашита.⁴³

У септембру месецу 1982. године у палестинским избегличким логорима Сабра и Шатила у јужном Либану догодио се покољ, према израелским обавештењима осам стотина људи, а према независним истражитељима две хиљаде четири стотине људи. Светско јавно мњење се обрушило на Израелце. Како су могли да дозволе да се овако нешто деси? Хришћанска милиција (Фаланга) која је упала у избегличке логоре је била под надзором Израелаца. Они су је снабдевали оружјем, облачили, обучавали.⁴⁴

Случај је добио закључак у две различите истражне комисије, једне израелске (познате као Каханова комисија), а друге међународне. Каханова комисија је дошла до закључка да постоји одговорност неких лица, али је ту одговорност назвала посредна командна одговорност јер Хришћанска милиција која је извршила покољ палестинских избеглица није била под непосредном командом израелске војске. Целокупан приступ командној одговорности у овом извештају је темељен на етичком пре него на правном становишту. Значајно је да је Каханова комисија извршила разликовање одговорности између оних који су донели одлуку да се Фалангисти пошаљу у палестински избеглички логор, оних који су је спроводили, оних који су се налазили на одређеним положајима и знали су за одлуку, и оних који су се налазили на одређеним положајима и примили су извештаје о дешавањима у логору по уласку Фалангиста. Одговорност је стављена на терет и политичким вођама, тачније министру одбране. Цео случај завршио се само са поступцима за преступе предложеним против неколико израелских официра.⁴⁵

⁴² *Женевске Конвенције О Заштити Жртава Рата од 1949 И Допунски Протоколи Од 1977*, Београд, Југословенски Црвени Крст, 1997, стр. 225-228.

⁴³ Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 226.

⁴⁴ Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 152-153.

⁴⁵ W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 121-122.

Предложено је да генерал Јарон буде три године одстрањен са командних положаја. Министру одбране није стављена на терет, на било који начин, одговорност за покољ (вероватно из политичких разлога), већ само одговорност што није окончао цео случај једном када је сазнао за њега.⁴⁶

Савремена решења командне одговорности.⁴⁷

Резолуцијом Савета безбедности број 827 основан је Међународни кривични трибунал за гоњење особа одговорних за озбиљна кршења Међународног хуманитарног права извршених на територији бивше Југославије или Хашки трибунал. Како је име сувише дугачко ова установа се назива краће и једноставније Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (енглеска скраћеница је ICTY). У члану 7. став 3. Статута прописана је командна одговорност. Приликом израде Статута неколико земаља је сарађивало са Комисијом коју је именовао тадашњи генерални секретар ОУН Бутрос Гали. Генерални секретар је одбио амерички предлог који је представљао мешавину два ранија решења: пресуде у случају Талача и Допунских протокола из 1977.⁴⁸ Касније ћемо показати да разлике између ових решења и нису тако велике.

Врло сличан по сврси, начину оснивања и актима је Трибунал у Аруши, Танзанија. Основан је да суди извршиоцима злочина у грађанском рату у Руанди. Овим судом се нећемо ближе бавити зато што све што изнесемо за Хашки трибунал вреди и за Трибунал у Аруши.

Предлог Законика о злочинима против мира и безбедности човечанства који је израдила Комисија за Међународно право ОУН 1994. године треба поменути као пример где је поновљен текст става 2. Члана 86. Допунских протокола уз мале измене до којих се дошло усаглашавањем изворних текстова Протокола на француском и енглеском језику.⁴⁹ Ова Комисија је до сада (лето 2000. године) израдила још неколико предлога Законика о злочинима против мира и безбедности човечанства који садрже ову доктрину. Неколико међународних струковних удружења је помагало приликом израде предлога Законика па су тако створили своје предлоге (предлог Сиракуза и други предлози).

У канадској војсци се 1995. године појавио један случај командне одговорности. Канадска Ваздушнодесантна регимента је послата као део трупа ОУН у Сомалију 1995. године. Десио се неколико упада домородачког становништва у канадски логор ради крађе. У неколико случајева лопови су убијени, вероватно током бега, а у једном случају заробљени мештанин је био мучен до смрти. Заповедник је наредио да се ухваћени домородац “подучи” како би се остали мештани застрашили. Један резервни официр, који није добио поменуто

⁴⁶ Leslie C. Green, наведено дело, стр. 14-16.

⁴⁷ Наслов овог дела рада треба условно схватити обзиром да решења командне одговорности која ћемо овде описати нису много унапредовала од својих поратних узора

⁴⁸ Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 230-231.

⁴⁹ W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 120, 124.

наређење, је био присутан “подучавању” и ништа није учинио да спречи мучење и на крају убиство. По откривању случаја, јединица је повучена из Сомалије и распуштена. Низ војних суђења нису били завршница. Истражна комисија, која је уследила, утврдила је да је министар одбране у сарадњи са још неким званичницима прикривао податке и покушао да заташка случај. Уследила је оставка министра одбране и касније Начелника генералштаба.⁵⁰ Министар одбране и начелник генералштаба канадске војске су на овај начин признали своју моралну одговорност за цео случај иако нису ни знали за пребијања лопова и мучење до смрти једног од њих, у време када су се дешавала.

Последње у низу савремених решења јесте Статут Међународног кривичног суда. Донесен је на Дипломатској конференцији ОУН опуномоћеној за оснивање Међународног кривичног суда 17. јула 1998. године. Кључни потицај овом Суду је свакако дао Хашки трибунал, како својим оснивањем и радом, тако и приговорима усмереним на његову неделотворност и подложност дневнополитичким утицајима. У члану 28. је прописана командна одговорност.⁵¹ Од свих извора Међународног кривичног права овај је најисцрпније обрадио ово питање. Нажалост напредак у количини текста, који је употребљен да се одреди командна одговорност, није праћен одговарајућом вредношћу. Још једном се показало да су кратке, тачно одређене, језгровите, јасне и смислене одредбе института општег дела кривичног права, не само боље решење од дугачких описа неког случаја, већ су и једине могуће ако желимо једно дејствено и употребљиво кривично право, које ће доследно стајати на линији савремених достигнућа политике сузбијања криминалитета. Неспособна да се одвоји од преседана из Другог Светског рата и углавном англосаксонских схватања о одговорности за радње другог, одредба командне одговорности у Статуту Међународног кривичног суда и није могла да буде другачија.

Последњи случај који треба поменути је Форд против Гарсије пресуђен 2000. године пред Федералним судом Флориде у САД. Он је од посебног значаја јер је у питању први случај командне одговорности пред једним америчким (цивилним) судом редовне надлежности, где је порота била упућена од стране судије. У вихору грађанског рата у Салвадору 1980. године четири америчке монахиње убијене су од стране припадника Салвадорске националне гарде. Пред салвадорским правосуђем њихова кривица је доказана и они су осуђени на затворске казне. Чланови породица убијених тужили су 2000. године бившег команданта Салвадорске националне гарде и бившег министра одбране Салвадора, сада америчке држављане, за накнаду штете настале овим убиствима. Упутство које је дато пороти садржи обележја доктрине командне одговорности и изузетно је значајно јер оно решава неке дилеме око суштине ове доктрине и њеног садржаја, барем у унутрашњем праву САД. Знајући да су број и међусобни однос извора међународног кривичног права неодређени, а да је јурипруденција неких држава далеко важнија од праксе других у поступку стварања међународног кривичног

⁵⁰ Leslie C. Green, наведено дело, стр. 26-27.

⁵¹ www.igc.apc.org/icc/

права, значај ове пресуде као могућег прецедента је нарочит. Порота није нашла кривицу оптужених и случај се налази на вишој инстанци по жалби.⁵²

Закључак

Иако су се нека обележја доктрине појавила у правној теорији и ратном праву и неколико векова у назад, ипак се на потпуну одговорност команданта за поступке потчињеног појавила тек 1945. као једна сцена последњег чина Другог светског рата.

Случај генерала Јамашите представља прекретницу у развоју ратног права. Од тада командант не одговара само за своје криминалне радње већ и за радње својих потчињених. Врло брзо је термин командна одговорност добио шире значење и обухватио је сваку одговорност коју командант може понети, како за наредбу да се изврши неки криминални акт тако и за пропуст да се он спречи. Временом су се и цивилни надређени нашли на удару ове доктрине.

Нажалост заговорника овог облика одговорности поратна пракса није потврдила оно изворно значење које је командној одговорности приписано од америчких комисија које је су сводиле рачуне Другог светског рата. Изузетно ретки случајеви у периоду након последњег светског сукоба показују склоност ка сужавању обима и домаћаја командне одговорности и недоследност судова у њеној примени. Нову потврду добила је одавно примећена појава у овој грани међународног права-раскорак између декларативног и стварног деловања.

Поновни узлет ова доктрина доживљава на крају овог века када је столетна идеја о оснивању сталног међународног кривичног суда први пут озбиљно прихваћена.

Јуриспруденцију међународног кривичног права такође чини и рад Међународних кривичних трибунала за бившу Југославију и Руанду. Мишљења смо да својим устројством и спорим и критици подложном раду неће оставити трајни печат на облику командне одговорности.

Као општу одлику развоја треба узети недостатак критичког сагледавања дејства командне одговорности на сузбијање криминала у оружаним сукобима, што је уосталом одлика целокупног међународног кривичног права. Услед тога је развој ове доктрине могуће описати као просто преписивање одредби ранијих писаних извора.

⁵² *Contemporary Practice of the U.S.A. Relating to International Law*: edited by Sean D. Murphy, *Acquittal of Salvadoran Generals in Nuns' Deaths*, American Journal of International Law, No 2, Vol 95, 2001, p. 395-396.

Литература

- Женевске Конвенције *О Заштити Жртава Рата од 1949 И Допунски Протоколи Од 1977*, Београд, Југословенски Црвени Крст, 1997.
- Иво Јосиповић, *Маргиналије поводом могућег процесуирања злочина почињених у рату у Хрватској*, Наша законитост, Бр. 11-12, 1991.
- Љубомир Прљета, Злочини против човечности и међународног права: Нирнбершка пресуда и документа о геноциду, Београд, Службени Лист СРЈ, 1992.
- Милан Марковић, *Нирнебершко суђење-Примена нових начела у Међународном кривичном праву*, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Бр. 2, 1973.
- Christopher N. Crowe, *Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Succesfull Prosecutions*, University of Richmond Law Review, 1994, No. 29.
- Contemporary Practice of the U.S.A. Relating to International Law*: edited by Sean D. Murphy, *Acquittal of Salvadoran Generals in Nuns' Deaths*, American Journal of International Law, No 2, Vol 95, 2001.
- Gerhard O.W. Mueller, *The United Nations Draft Code of Offences Against The Peace and Security of Mankind: An American Evaluation*, објављено у: Gerhard O.W. Mueller, Edward M. Wise, *International Criminal Law*, New Jersey, Fred B. Rothman & Co, 1965.
- Leslie C. Green, *War Crimes, Crimes against Humanity and Command Responsibility*, www.usnwc.edu/nwc/art2sp97.htm”author, 1997.
- W.J. Fenrick, *Some International Law Problems Related To Prosecution Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, Duke Journal of Comparative & International Law, No. 6, 1995.
- Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law Review, 1985, Vol. 107.
- Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, *Criminal Liability for the Action of Subordinates: the Doctrine of Command Responsibility and It's Analogues in United States Law*, Harward International Law Journal, No. 38, 1997.

Branislav Ristivojević, LL.M.

Assistant of the School of Law in Novi Sad

ON THE ORIGINS AND DEVELOPMENT OF THE COMMAND RESPONSIBILITY

Abstract

The author decided to shed some light on one of the international criminal law issues which importance will certainly increase as war crime trials develop. Our legal thought has not been sufficiently focused on this issue despite the fact that, as this author claims, proportions of its application before the International Criminal Tribunal for ex-Yugoslavia will expand by the increase of the number of accused who have been high ranking military and civil officials.

The author decided to analyze this problem after having realized that it has hardly been covered in our legal literature. Therefore, the best policy is to start from the very beginning.

Although the origins of this doctrine can be traced back to the history, the author finds that it really originated in the Second World War in the case of the Japanese general Yamashita. The author's critique is directed to these authors who opted for an earlier date of founding of this doctrine. The crucial moment for development of this doctrine was when the general Yamashita as the superior failed to supervise the subordinate, which eventually led to the responsibility of the former for acts committed by the latter. Command responsibility was not easily accepted in the period after the Second World War which can be proven by numerous sources of international criminal law which did not incorporate command responsibility in their texts. Additional Protocols of 1977 brought changes with respect to this issue. New impetus to development of this doctrine was given by the Statute of the International Criminal Tribunal for ex-Yugoslavia, one of very few international criminal law texts which was tested in practice. Afterwards there have been many drafts, proposals and projects related to international criminal law which incorporated the doctrine of command responsibility.

The author concludes that the title of this article, which refers to development of the doctrine of command responsibility, can be accepted only with reservations since neither of these international criminal law texts substantially contributed to such a development. Most of these texts adopt *in toto* provision on command responsibility given in Additional Protocols. On the other hand, this provision is an unrefined version of the first written provision on command responsibility from the U.S. Army Field Manual no. 27-10 of 1956 which may respond to the requirements of an Anglo-Saxon legal system, but certainly fails to be appropriate for continental system of law.

Драгиша Дракић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

НАСИЛНИЧКО ПОНАШАЊЕ

Сажетак: У раду се разматра кривично дело насилничког понашања са различитих аспеката: кривично-правног, пенолошког, социолошког итд. Посебну пажњу аутор придаје кривично-правном аспекту, те врши анализу појединих елемената који улазе у његов законски опис и разматра однос са другим сличним кривичним делима и прекршајима.

На основу прегледаних судских пресуда доноси одговарајуће закључке о заједничким обележјима и карактеристикама, која се јављају код овог кривичног дела и његовог учиниоца и о казненој политици и њеном значају у односу на исто. На крају, указује на проблеме који се јављају у извршењу кривичних санкција које се изричу учиниоцима кривичних дела насилничког понашања, с обзиром на карактерни склоп њихове личности, те предлага решења за превазилажење наведених проблема.

Кључне речи: насилничко понашање, кривично-правни аспект, казнена политика, извршење кривичне санкције, карактерни склоп личности учинилаца.

I

У последње време, а нарочито неколико година уназад, сведоци смо повећања броја насилничких радњи и све учесталије појаве разних облика асоцијалног понашања.

Узроке треба тражити у свеукупној друштвено-политичкој и економској ситуацији у нашој земљи. Због таквог стања покренуте су нове иницијативе, предлози, али и конкретне акције усмерене ка измени постојећих или доношењу нових законских прописа. Основни циљ законодавца је прилагођавање нашег правног поретка новонасталој ситуацији и превазилажење актуелних проблема.

Међутим, на многе проблеме законодавац је реаговао са појачаном репресијом, јер су одређена антисоцијална понашања ескалирала појачаним интензитетом и учесталостју. Таква реаговања нису довела, а неће ни у будућности довести до жељених ефеката. То нам показује искуство других земаља, али и наше земље. Додуше, на нека антисоцијална понашања, због своје повећане друштвене опасности, је неопходно деловати репресивно, али не и на насилничко понашање, које због своје специфичности заслужује посебну пажњу.

Према томе, репресивност је ипак битна одлика кривичног права, ма колико оно иначе вршило и превентивну функцију и ма колико се у савременом кривичном праву инсистирало на његовој превентивности. Једно од суштинских питања је зато, који обим и који интензитет репресивности кривичног права је потребан за заштиту основних друштвених вредности, због којих оно и постоји.

С тим у вези, једна формално наглашена репресивност неког кривично-правног система може фактички бити непримењена или веома мало примењена, као и обрнуто. Ово зависи од казнене политике одређеног друштва и времена. У нашем друштву и времену, може се рећи да постоје две казнене политике. Једна је казнена политика законодавца, а друга правосуђа. Казнена политика правосуђа је много блажа од казнене политике законодавца, па се може закључити да стручњаци из праксе много више воде рачуна о искуствима других земаља у вези са штетним утицајем репресије. Из овог се не сме извући закључак да ће се излаз наћи у благој казненој политици. Није добра ни превише блага казнена политика, коју примењује наше правосуђе, већ се ова два курса морају приближити и пронаћи права мера, како би се постигла сврха кажњавања. Ово се може потврдити на примеру насилничког понашања. Закон, за тежи облик овог кривичног дела, који се најчешће јавља у пракси, предвиђа казну затвора од шест месеци до пет година, али се у пракси најчешће изричу условне осуде са казнама затвора које се крећу око посебног максимума.

II

Кривично дело насилничко понашање је уведено новелом Кривичног законика из 1967. године (Закон о изменама и допунама кривичног законика). Првобитни назив је био “Насилничко понашање на јавном месту”. Повод за инкриминацију овог кривичног дела у наше кривично законодавство биле су све учесталије појаве разних облика насиља које су се морале сузбијати. Међутим, основни разлог за увођење ове инкриминације био је неподесан и неодговарајући правни систем код нас.

Наиме, до доношења одредбе о овом кривичном делу, за теже нарушавање јавног реда и мира кажњавало се као за прекршај, по прекршајном праву. Према тексту тадашњег Основног закона о прекршајима, за прекршај се могла изрећи новчана казна и казна затвора до једног месеца. Само изузетно се могла применити заштитна мера упућивања на боравак у одређено место, у трајању од две године. Ова мера се примењивала према учиниоцима прекршаја против јавног реда и мира,

који су били теже природе и када су учиниоци били у поврату. Из овога се види да је ова мера пре била казна лишења слободе него прекршајна санкција, због чега је временом укинута, а тада се јавио проблем како казнити лица која су теже повредила јавни ред и мир. Укидањем поменуте мере, овим лицима се једино могла изрећи казна затвора која се изрицала за прекршаје (до једног месеца), а која је била неадекватна за овај код нас све чешћи и доста тежак облик антисоцијалног понашања. Тако се јавила потреба да се насилничко понашање на јавном месту предвиди као кривично дело, што је и учињено напред поменутом новелом из 1967. године. Међутим, судска пракса је показала неке слабости новеле Кривичног законика из 1967. године. Основна слабост се састојала у постојању услова да радња извршења насилничког понашања мора бити извршена на јавном месту. Поставило се питање да ли је оправдано да лице које је ову радњу предузело на месту које није јавно, одговара само за прекршај или за неко друго, лакше кривично дело. С друге стране, и појам јавног места није био прецизан и судови су га различито тумачили. Ови проблеми су довели до измене Кривичног законика. Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 1973. године, изостављен је појам “јавног места”, а додат је и став 2, као квалификовани облик, тако да је кривично дело насилничког понашања добило изглед који и данас има.

III

Ово кривично дело предвиђају и нека страна кривична законодавства, пре свега законодавства источноевропских земаља, мада се и у неким западноевропским земљама среће ова инкриминација. Сва кривична законодавства која предвиђају ово кривично дело се могу поделити у три групе, у зависности од тога који метод користе за подвођење ове антисоцијалне појаве под удар кривичног закона. Прва група законодавстава користи метод који се састоји у стварању нове, збирне инкриминације у коју се уклапају многе већ постојеће инкриминације лакших или средњих кривичних дела, с тим да су за ту збирну инкриминацију потребни још неки додатни елементи, субјективне или објективне природе. Овај метод користи руско, мађарско, бугарско, чешко, словачко и југословенско законодавство. У другу групу законодавстава спадају она која користе метод, да се у већ постојеће инкриминације укључују ова антисоцијална понашања, али карактеристична природа тих понашања делује квалификаторно. У ову групу спадају грчко и пољско законодавство. Трећа група законодавстава користи метод, који се састоји у предвиђању неке субсидијарне инкриминације, која се примењује на оне ексцесе који већ нису обухваћени неком другом инкриминацијом. Тај метод је усвојен у шведском и немачком законодавству. Међутим, треба рећи да се ови методи не појављују увек у чистом облику, већ се некад и комбинују.

IV

Кривично дело насилничко понашање регулисано је у члану 220 Кривичног закона Републике Србије. Постоји основни и тежи облик овог кривичног дела. Основни облик чини онај ко грубим вређањем или злостављањем другог, вршењем насиља према другом, изазивањем туче и дрским или безобзирним понашањем, угрожава спокојство грађана или ремети јавни ред, а његов ранији живот указује на склоност за оваквим понашањем.

За овај облик кривичног дела у закону је предвиђена казна затвора од три месеца до три године.

Овом инкриминацијом су обухваћена изразито тешка антисоцијална понашања појединаца, која угрожавањем спокојства грађана или ремећењем јавног реда попримају карактер кривичних дела. Ово кривично дело може се извршити са више радњи које су алтернативно одређене: грубим вређањем другог лица, грубим злостављањем другог лица, вршењем насиља према другом лицу, изазивањем туче, дрским или безобзирним понашањем. Други услов за постојање овог дела је испуњен, ако је са једном или више радњи угрожено спокојство грађана или је тим радњама дошло до ремећења јавног реда. Поред ових објективних обележја (радња и последица), закон одређује и једно субјективно обележје, а то је да дело постоји само ако ранији живот учиниоца указује на његову склоност насилничком понашању, што представља трећи услов, који мора бити испуњен да би се радило о кривичном делу насилничког понашања. Ако овај услов није испуњен, не може се радити о овом, већ о неком другом кривичном делу (нпр. увреда, угрожавање сигурности, лака телесна повреда итд.), или прекршају против јавног реда и мира.

Као што је напред речено, таксативно су набројане радње којима се може манифестовати насилничко понашање. Гпубо вређање другог лица обухвата теже облике напада на част и углед другог лица, као и теже повреде осећања (национални осећај, религиозни осећај, осећај стида итд.). Грубо злостављање значи примењивање таквог поступка према лицу, који изазива физичке болове или телесне нелагодности у већој мери, али не и наношење телесних повреда (повлачење за косу, нагло повлачење за руку итд.). Вршење насиља постоји када се употребом физичке снаге повређује телесни интегритет другог лица, када му се одузима слобода кретања или слобода да несметано одлучује о својим поступцима. Поред претходно наведених понашања, закон одређује и свако друго дрско или безобзирно понашање према другом, као насилничко понашање. То би обухватало сва она понашања која у знатнијој мери отступају од усвојених норми пристојног понашања (нпр.изговарање непристојних речи или друге непријатности, нарочито према женским или старијим лицима), као и насилнички поступци према стварима и имовини уопште (разбијање, бацање, ломљење). Да би се такви поступци могли сматрати дрским или безобзирним, морају бити изражени у јачем степену, за разлику од лакших непромишљености, ситнијих изгреда или шале.

Изазивање туче обухвата све радње којима се провоцира физичко обрачунавање између извршиоца дела, односно његове групе и других лица.

Дело је извршено, ако је предузетим насилничким радњама било угрожено спокојство грађана или је био поремећен јавни ред. Спокојство грађана би било угрожено, ако је понашање учиниоца било такво да је могло да изазове код грађана душевни немир, узнемиреност, осећај страха или личну несигурност. При томе, није од значаја да ли је ово понашање запажено и од других лица, или само од оних према којима су ти насилнички поступци вршени. Довољно је да су по објективној оцени учињени поступци таквог карактера и интензитета да могу угрозити спокојство грађана. Према томе, да би постојало кривично дело насилничког понашања, није потребно да то понашање буде учињено на јавном месту. Ако на пример, муж злоставља на улици своју жену, онда то може изазвати негодовање грађана, али не може угрозити њихово спокојство и осећај сигурности, јер се ту ради о разрачунавању из личног односа учиниоца и његове жртве. Спокојство грађана ће бити угрожено само у оним случајевима где је жртва случајна, где се и неки други грађанин могао наћи у таквој ситуацији да буде изложен учиниоцевом нападу. Јавни ред ремете она насилничка понашања која су извршена на јавном месту. Потребно је истаћи да место не губи карактер јавности тиме што у време извршења дела није било никог присутног од “публике”. То могу бити не само радње које изазивају неспокојство грађана, већ и оне које нису непосредно усмерене према појединим грађанима, већ имају општи карактер, као што су рушилачки поступци према предметима и уређајима који су намењени општој употреби, а то могу бити: јавне зграде, електрична мрежа и расвета, телефонске говорнице, водоводна постројења, дрвореди и паркови, паркирана саобраћајна возила итд.

Да би понашање извршиоца имало карактер насилничког понашања у кривично-правном смислу, мора бити утврђено да његов ранији живот указује на склоност ка оваквом понашању. Тек у таквом случају, укључивањем у законски опис кривичног дела ове субјективне компоненте, дело добија онај степен друштвене опасности који га одваја од сличног прекршаја или блажег кривичног дела. Склоност ка оваквом понашању утврђује се на основу ранијег начина живота учиниоца дела, што значи да се он и раније антисоцијално понашао, без обзира да ли је за неки казнени деликт већ кажњаван или није. Тако, могуће је доказима утврдити разне догађаје из живота и ранијег понашања учиниоца, који су од значаја за оцену, да ли је учинилац склон насилничком понашању.

Могуће је тај закључак извести на основу исказа сведока, да је учинилац у својој средини познат као силеција, односно као насилник, извештаја станице полиције, Центра за социјални рад, предузећа у којем је учинилац запослен итд. Значи, склоност извршиоца насилничком понашању може се утврдити, не само на основу раније “кривичне” пресуде или прекршајног кажњавања, већ и на основу других доказа који несумњиво указују на склоност таквом понашању. Свакако, при овој процени, од нарочитог значаја ће бити чињеница да је учинилац већ раније кажњаван за таква или слична дела, у кривичном или прекршајном поступку (нпр. за кривична дела: увреде, клевете, лаке и тешке телесне повреде, угрожавање сигурности, учествовање у тучи, угрожавање опасним оруђем при тучи или свађи, принуде, разбојништва, спречавање службеног лица у вршењу службене дужности итд., као и за прекршаје са елементима насиља).

Поставља се питање правне природе овог елемента кривичног дела насилничког понашања, што представља једно од најспорнијих питања у материји посебног дела кривичног права. Теорија кривичног права се или уопште не бави овим проблемом, када обрађује односно кривично дело, или су одговори на ово питање нејасни и неаргументовани. С друге стране, судови не доказују виност у односу на овај елемент, али се у образложењима судских пресуда не упуштају у разматрање његове правне природе.

По једном схватању, склоност учиниоца за насилничким понашањем је лично својство учиниоца кривичног дела. Међутим, код оваквих кривичних дела, која може учинити само лице које има одређено лично својство (нпр.службено лице, војно лице, лекар итд.), учинилац мора бити свестан свог личног својства, као једног од елемената бића кривичног дела. Насупрот томе, учинилац кривичног дела насилничког понашања није вин у односу на његову склоност за насилничким понашањем, јер је безпредметно захтевати свест, односно дужност и могућност свести учиниоца о сопственом карактеру.

По нашем мишљењу, склоност учиниоца за насилничким понашањем је објективни услов инкриминације. Наиме, објективни услови инкриминације су околности, независне од законом предвиђеног проузроковања људском радњом, које нису елементи бића кривичног дела, а од чијег постојања зависи инкриминација истог.

Пошто се склоност учиниоца за насилничким понашањем изводи из целокупног ранијег живота учиниоца, она постоји и пре извршења кривичног дела. (У нашем позитивном кривичном праву постоје објективни услови инкриминације, који су постојали пре предузимања радње извршења, али су бројнији они који су настали после радње извршења, али њоме нису проузроковани.) Дакле, несумњиво је да не улази у догађај из којег се састоји кривично дело, из чега се може извести закључак да се налази изван бића кривичног дела. Као такав, он није обухваћен виношћу учиниоца, а као што смо напред истакли и иначе је неосновано захтевати свест, односно дужност и могућност свести учиниоца о сопственом карактеру. Склоност учиниоца је објективна претпоставка (субјективне природе), од чије егзистенције зависи постојање кривичног дела и стога представља објективни услов инкриминације.

С тим у вези, поставља се занимљиво питање, да ли је склоност учиниоца за насилничким понашањем непроменљива категорија, или се током времена може мењати? Другим речима, да ли лице чија је склоност утврђена у кривичном поступку може током времена изгубити ову “карактеристику”, ако му се буде поново судило за исто кривично дело, или ће се једном утврђена склоност увек “везивати” за то лице, без обзира после колико времена му се суди за ново кривично дело насилничког понашања?

По нашем мишљењу, склоност за насилничким понашањем је променљива категорија, која се мора утврђивати у сваком конкретном случају, а нарочито, ако је од раније осуде за кривично дело насилничког понашања прошао дужи временски период. Тако на пример, ако је од раније осуде прошло више од десет година, а учинилац се у међувремену добро владао (до овог закључка се може доћи на основу

исказа члана уже или шире породице учиниоца, лица која са њим живе у истој згради, која са њим раде на истом радном месту, извештаја Секретаријата унутрашњих послова на чијем подручју учинилац живи, Центра за социјални рад итд.), не би требало узети да је учинилац склон насилничком понашању. Приликом доношења овог закључка требало би водити рачуна и о природи новог кривичног дела и околностима под којима је учињено. (Тако нпр. потребно је узети у обзир врсту и број радњи извршења које је учинилац предузео, тежину последице, степен кривичне одговорности, начин на који је извршено кривично дело, место на коме је извршено, евентуални допринос жртве итд.)

Ово кривично дело се може извршити само са умишљајем, директним или евентуалним. Умишљај се заснива на свести учиниоца о свом делу и вољи да испољеним понашањем (предузетим радњама) угрози спокојство грађана или да ремети јавни ред (без обзира да ли је хтео или само пристао на наступање ових последица), квалификовани облик насилничког понашања постоји ако је дело извршено у групи, или је при извршењу дела неком лицу нанесена лака телесна повреда, или је дошло до тешког понижавања грађана.

Насилничко понашање је извршено у групи, ако је у њему учествовало три или више лица, која ово дело заједнички врше. За сваког члана групе мора бити утврђено да је на одређени начин учествовао у насилничком понашању. Такође, за сваког члана групе мора бити утврђена склоност ка насилничком понашању. Онај члан групе за кога није утврђена склоност, неће одговарати за ово кривично дело.

Тежи облик овог кривичног дела постоји и ако је неком лицу нанесена лака телесна повреда. Битно је да је неком лицу нанесена ова повреда при насилничком понашању, при чему није од значаја да ли је повређено баш оно лице према коме је вршено насилничко понашање, или је повређено неко друго лице (нпр. случајни пролазник или посматрач). Дакле, неопходно је да је до тога дошло у току насилничког понашања, у времену, од његовог почетка, па све док није престало. Ако би лака телесна повреда била нанесена пре или после насилничког понашања, постојао би стицај (реални), између кривичног дела насилничког понашања и кривичног дела лаке телесне повреде.

Ако је услед насилничког понашања дошло до тешког понижавања грађана, постојаће трећи тежи облик овог кривичног дела. Скоро свако насилничко понашање према другом лицу представља понижавање тог лица. Међутим, постоје извесна насилничка понашања која, с обзиром на начин, место, време, средство и друге околности, до те мере понижавају човека, да тиме овакво понашање добија карактер тешког кривичног дела. Таква насилничка понашања доводе до тешког понижавања грађана. Оно постоји када се при насилничком понашању према другом поступа на крајње нехуман и понижавајући начин (нпр. када се старија женска особа принуђава да се свуче и игра на јавном месту, принуђавање другог да пузи, лаје и слично).

V

Поставља се питање, да ли је могућ стицај између овог кривичног дела и кривичног дела убиства. Наиме, ако је неко лице при безобзирном насилничком понашању са умишљајем лишено живота постојаће кривично дело убиства из чл. 47 ст. 2 т. 2, а ако је при насилничком понашању (без обзира да ли је оно безобзирно) неко лице из нехата лишено живота, постојаће стицај кривичног дела насилничког понашања и убиства из нехата. Међутим, ипак је могућ стицај убиства са умишљајем одређеног у члану 47 и кривичног дела насилничког понашања одређеног у члану 220. Квалификовани облик убиства по члану 47 ст. 2 т. 2 постоји само ако је убиство извршено при безобзирном насилничком понашању учиниоца. Због тога ће постојати стицај дела из члана 47 ст. 1 или 2 и дела насилничког понашања из члана 220 ст. 1 или 2, ако је убиство извршено при насилничком понашању, али које се не би могло сматрати безобзирним. Сматрамо да је оваква ситуација могућа више у теорији, него што би се она могла јавити у пракси. Наиме, свако насилничко понашање при којем је неко лице с умишљајем лишено живота је безобзирно. Тешко је замислити такво насилничко понашање које је довело до умишљајног убиства, а да то понашање на буде окарактерисано као безобзирно. Другим речима, правна конструкција насилничког понашања, које није безобзирно, а условило је умишљајно лишење живота, је нереална и неприменљива у судској пракси. Судови у пракси готово увек насилничко понашање при којем је неко лице с умишљајем лишено живота квалификују као безобзирно, јер би дошли у ситуацију да (с обзиром на тежину разликовања насилничког понашања и безобзирног насилничког понашања) по принципу *IN DUBIO PRO REO* такво понашање квалификују као насилничко. Директна последица тога би била “обично” убиство, а скоро никад не би постојао тежи, квалификовани облик убиства при безобзирном насилничком понашању. Због тога многи аутори предлажу да тежи, квалификовани облик убиства буде умишљајно убиство при сваком насилничком понашању (без обзира да ли је оно безобзирно или није). Занимљиво је да за постојање убиства при безобзирном насилничком понашању није неопходно да је учинилац својим ранијим животом показивао склоност ка оваквом понашању. Чињеница да је учинилац раније показивао или пак није показивао склоност ка насилничком понашању, може да буде од значаја једино приликом одмеравања казне.

Насупрот томе, ако је при насилничком понашању нанесена тешка телесна повреда, било лицу према коме се учинилац насилнички понашао или неком другом лицу, постојаће стицај између кривичног дела насилничког понашања из члана 220 и кривичног дела тешке телесне повреде из члана 53 ст. 1, 2 или 3 (ако је тешка телесна повреда нанесена са умишљајем), односно из члана 53 ст. 4 (ако је повреда нанесена из нехата).

С друге стране, не постоји стицај између кривичног дела насилничког понашања и нпр. лаке телесне повреде, угрожавања опасним оруђем при тучи или свађи, принуде, угрожавања сигурности итд., јер су ова кривична дела конзумирана кривичним делом насилничког понашања. Тако, Б. Златарић истиче да у свим оним случајевима када радња извршења кривичног дела насилничког представља

обележје неког другог кривичног дела, за које је запређена иста или тежа казна, постојаће стицај и обрнуто.

VI

У циљу прикупљања података на основу којих се могу извести закључци о заједничким обележјима и карактеристикама, која се јављају код овог кривичног дела и његовог учиниоца и казненој политици и њеном значају у односу на ово кривично дело, прегледали смо двадесет судских предмета Општинског суда у Новом Саду, који су правноснажно завршени у временском периоду од три године (1997- 1999).

У том периоду је правноснажно завршено двадесет пет предмета (пет предмета нам је остало недоступно) на подручју Општинског суда у Новом Саду, што значи да се ово кривично дело релативно ретко врши, ако се упореди са неким другим кривичним делима. Дошли смо до податка да је у напред наведеном периоду поднето тридесет четири кривичне пријаве због кривичног дела насилничког понашања, а тужилаштво је поднело двадесет пет захтева за спровођење истраге. Три пута је поступак обустављен, јер је тужилац одустао од кривичног гоњења пре главног претреса (два пута у истрази), а оптужене су двадесет три особе. Од двадесет две пресуде, дванаест их је осуђујућих, девет одбијачних, а једна предлошка. Из тог броја предмета, може се закључити да су учиниоци кривичног дела насилничког понашања лица млађег старосног доба (у време извршења кривичног дела су имала углавном између двадесет и двадесет пет година старости). Што се тиче породичних и социјалних прилика, већином су били нежењени и без деце, без запослења и имовине. У великом броју предмета учиниоци су у моменту извршења кривичног дела били под утицајем алкохола, што им је у неким случајевима узето као олакшавајућа околност, због смањене урачунљивости (њихове одбране да се услед опијености не сећају или веома нејасно сећају предметног догађаја, суд није прихватио). Занимљиво је да су у свим осуђујућим пресудама учиниоци осуђени због кривичног дела насилничког понашања из члана 220 ст.2, у вези става 1 КЗРС (јер је при насилничком понашању неком лицу нанета лака телесна повреда или је дело извршено у групи). Код доказивања ових кривичних дела вршена су судско- медицинска вештачења, да би се извршио преглед тела жртве. (Има мишљења да ово вештачење треба обавезно да обухвати и преглед тела извршиоца, јер се на његовом телу могу пронаћи трагови од жртве, али и трагови од ранијих повреда, које указују на стил живота и ранију криминалну активност у погледу агресивног понашања). Такође, у великом броју предмета су вршена психијатријска вештачења (јер су кривична дела вршена у стању алкохолисаности), да би се утврдио утицај алкохола на способност окривљеног да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима. Што се тиче врсте и висине кривичних санкција, које је суд изрицао учиниоцима ових кривичних дела, треба рећи да је од дванаест осуђених лица само троје осуђено на

безусловну казну затвора, док је чак деветоро лица условно осуђено. (Казне затвора се крећу око минимума које закон предвиђа за ово кривично дело).

VII

Веома смо изненађени малим бројем кривичних пријава за насилничко понашање, јер смо сведоци да се таква кривична дела веома често чине у нашем непосредном окружењу.

Као једини могући разлог за ову појаву може се јавити објективан страх, како жртава, тако и сведока овог кривичног дела, да пријављују оваква дела и њихове учиниоце, који су углавном у својој средини познати као насилници и особе “преке” нарави.

Мишљења смо да ова кривична дела врше особе са психопатском, а у великом проценту и антисоцијалном структуром личности. То су особе које, не само да прихватају, већ и активно траже сваку прилику да дођу у конфликтне ситуације. Они најчешће немају повод за овакво понашање, односно допринос жртве је мали или уопште не постоји. Исто тако, ова кривична дела су немотивисана, јер не постоје нормално- психолошки мотиви на страни учиниоца (љубомора, освета и др.). Они ова дела врше из обести, безобзирности, непоштовања свега што је туђе, на који начин се испољава њихов агресивни и рушилачки однос према основним друштвеним вредностима. Ове особе вршење насилничког понашања не планирају унапред, већ одлуку доносе у тренутку, у оквиру конфликтне ситуације коју су сами изазвали, што је последица промењене психе у области осећања и карактера, те су њихове радње афективно- импулсивне.

Таква лица, због унутрашње напетости, често посежу за алкохолом, јер је алкохол добар анксиолитик, који им помаже да се ослободе унутрашње напетости, коју тада усмеравају ка агесији и агресивном понашању. (Алкохол скраћује припремну фазу неке вољне радње, те тада до изражаја долази афективно-импулсивна радња.)

На крају бисмо указали на благу казнену политику, која се примењује на ово кривично дело. У већини случајева се изриче условна осуда, што по мишљењу многих аутора само стимулативно делује на даље вршење насиља. Они истичу да је у питању друштвено опасно дело већег степена, којим се угрожава ред, мир, спокојство, нормалан живот грађана и да би овакве учиниоце требало строго кажњавати. Висок степен друштвене опасности произилази из бројности радњи извршења, с једне стране, а с друге, из постојања субјективног елемента на страни учиниоца, склоности за насилничким понашањем, што указује на потребу да се учиниоци оштрије кажњавају, да би се постигла сврха, како специјалне, тако и генералне превенције.

По нашем мишљењу, ова сврха се не би постигла искључиво строжијим кажњавањем учинилаца. Шта више, било би погрешно када би се у борби против ове антисоцијалне појаве ослонили искључиво на репресију. На овај начин се не би остварила сврха кажњавања. После издржане дугогодишње казне затвора, у веома

лошим условима, без одговарајућег третмана стручњака, ова лица би поновила кривично дело. С друге стране, на овај начин се неће утицати ни на друге, потенцијалне учиниоце, с обзиром на карактерни склоп њихове личности. Међутим, није добра ни сувише блага казнена политика, коју примењују наши судови, тако да је напред изнета критика донекле оправдана. Као што смо у уводном излагању истакли, потребно је ускладити два курса казнене политике и пронаћи њену праву меру. Али, ово није довољно.

Ова лица је, док се налазе на издржавању казне затвора, неопходно подвргнути одговарајућем третману, који би био прилагођен личности сваког психопатског учиниоца кривичног дела (јер се они разликују међу собом), у којем би активно учествовао психијатар, психолог, социјални радник и друга стручна лица, а све у циљу његовог оспособљавања за друштвено користан живот на слободи, стварања радних навика, поштовања друштвених и моралних норми понашања, јачања кочионих механизма, ради успешнијег обуздавања емоција и нагона, омогућавања успостављања нормалних емоционалних односа са другим људима, да би се на тај начин утицало на њега да у будућности не чини кривична дела. По нашем мишљењу, много би се бољи резултати постигли, када би се више пажње посветило циљевима специјалне превенције, предузимањем напред поменутих мера према психопатским учиниоцима кривичних дела, јер су се репресивне мере, како на специјално-превентивном, тако и на генерално-превентивном плану, показале као неадекватне и неефикасне. Зато би према овим лицима требало применити одговарајући третман, који би се могао остварити само њиховим издвајањем од осталих учинилаца, у посебним заводима, који би били намењени само у ту сврху. (Овакви заводи постоје у неким западноевропским земљама.) Иако тако, обавезу према овим лицима док се налазе на слободи, треба да преузму Центри за социјални рад, психијатри, психолози, као и њихове породице, јер без обзира што се ради о лицима са поремећајем у формирању личности, средина и окружење итекако имају утицаја на даље обликовање њихове личности. Такве особе не би требало препустити улици, већ им уз превентивне медицинске мере омогућити укључивање у нормалне животне токове, дати им радне задатке и на тај начин њихову негативну енергију усмерити у позитивном правцу. Поред психијатријско- психолошког третмана и веће ангажованости на социјалном плану, било би пожељно радити на успостављању и развијању правне културе, како код њих, тако и код осталих грађана.

Сигурни смо да би се правилном применом психијатријско- психолошког третмана на слободи, уз већу ангажованост свих чинилаца на социјалном плану, и одговарајућег третмана, док се ова лица налазе на издржавању казне затвора, остварили много бољи резултати, и тиме у знатној мери смањили број насилничких радњи.

Литература:

1. Д. Дракић, Објективни услови инкриминације у југословенском кривичном праву, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1998.
2. Б. Златарић, Насилничко понашање на јавном мјесту, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, 1967.
3. Д. Калаба, Насилничко понашање, Правни живот бр.9, Београд, 1998.
4. Б. Капамација, Судска психијатрија, Нови Сад, 1972.
5. И. Кркљуш, Насилничко понашање, Гласник адвокатске коморе Војводине бр. 8-9, Нови Сад, 1974.
6. Љ. Лазаревић, Кривично право- посебни део, Београд, 1991.
7. Н. Мемедовић, Кривично дело насилничког понашања, Правни живот бр.3, Београд, 1975.
8. С. Пихлер, Кривично-правна заштита слобода и права човека и грађанина, Грађанин у правном систему СР Југославије, Београд, 1999.
9. Б. Симоновић, Убиство при безобзирном насилничком понашању, Правни живот бр.9, Београд, 1998.
10. Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право Југославије, Београд, 1994.

Dragiša Drakić
Assistant of the School of Law in Novi Sad

VIOLENT BEHAVIOR

Abstract

The author devotes the introduction of this article to the inconsistency of legislative criminal policy on one hand, and judicial criminal policy on the other. Legislative criminal policy is stricter than judicial, and this discrepancy is quite visible with respect to violent behavior.

Second and third part of this article deal with reasons for criminalization of this act as well as with particular cause which led to such a criminalization. The author underlines basic deficiencies of the original criminalization which eventually led to the amendments in the structure of this criminal offense and gave it the form it has today. The author also analyzes diverse methods used in different criminal jurisdictions in order to combat antisocial behaviors.

The fourth part of this article deals with the statutory description of the criminal offense of violent behavior with special reference to the element “propensity of the offender for behaving violently”, which is one of the most questionable issues in the criminal law theory.

The fifth part deals with concurrence of this criminal offence with some other criminal offences and misdemeanors which are related to protection of public safety and public order.

Last two parts of this article comprise statistical data on this criminal offence and offenders based on the survey of enforceable judgments of the Municipal court in Novi Sad in the period 1997-1999. Conclusions which follow deal with criminal policy and its importance with respect to this particular criminal offence of violent behavior as well as with the personal character of offenders.

The author concludes that it is very important to conduct psychiatric and psychological treatment of these persons not only during incarceration but also while they are free, in order to efficiently prevent such criminal offences.

*Александар Мартиновић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду*

О ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

Сажетак: Децентрализација (у смислу децентрализације управне функције) јавља се као функционална и територијална. У ширем смислу, територијална децентрализација обухвата локалну самоуправу и територијалну аутономију.

У модерним државама елементи централизације егзистирају упоредо са елементима децентрализације. Исто важи и за Републику Србију, чији устав познаје све наведене облике децентрализације.

Ефикасност децентрализације зависи од низа фактора, а посебно од обима и квалитета јавних прихода из којих се финансирају функције и службе у органима локалне самоуправе и територијалне аутономије и од постојања партиципативне политичке културе грађана у локалним и регионалним заједницама.

Кључне речи: аутономија; деконцентрација; децентрализација; локална самоуправа; самоуправа; територијална аутономија; територијална децентрализација у ужем смислу; територијална децентрализација у ширем смислу; функционална децентрализација; централизација

У последњих неколико месеци, српска јавност је преплављена различитим пројектима реформе државног уређења Републике Србије. Са разних страна чују се гласови о “потреби доношења новог устава”, о “неопходности да се Србија децентрализује”, о “јачању локалне самоуправе”, у оптицају су различити модели “проширења аутономних права Војводине” итд. Да би се могла дати квалитетна, правно и теоријски заснована оцена тих пројеката, неопходно је, пре свега, пречистити темељне појмове којима се оперише: централизације и децентрализације, локалне самоуправе и територијалне аутономије.

Уставно-правни (политички) и управно-правни смисао децентрализације

Речи “централизација” и “децентрализација” имају два основна значења: политичко или уставно-правно и управно. У политичком смислу, држава је централизована ако у њој постоји “јединство законодавства”, а децентрализована када уместо јединства постоји “плуралитет законодавства”. “Политички централизована држава зове се још и унитаристички уређена држава; политички децентрализована зове се обично федералистичком”¹. У управном смислу, централизована је она држава у којој све послове државне управе (а они се, по правилу, наводе у уставу) врше органи државне управе, било непосредно у месту свога седишта (у престоници), било преко својих подручних органа као деташираних одељења у оквиру одговарајућих административно-територијалних јединица². У овом другом случају, управне послове такође врше државни органи, али тако да су ближи грађанима и њиховим потребама. Такав, ублажени вид централизације, у којем долази до, како каже Михаило Илић, “спуштања власти одлучивања са виших степена хијерархије на нижи”³, назива се “централизованом децентрализацијом” (Р. Марковић), “административном децентрализацијом” (Ј. Хачек), “бирокупатском децентрализацијом” (А. Саландра), а најчешће *деконцентрацијом*. О централизацији се говори и онда када несuverене јавно-правне личности које постоје у оквиру државе (нпр. општине), немају ни минимум самоуправних права, односно послова у својој изворној (“властитој”, како би рекао Слободан Јовановић) надлежности и “где вршиоци општинске власти нису ништа друго него државни органи чија власт не изилази из граница једне општине, и који, као уопште сви државни органи, стоје под заповешћу централне власти”⁴.

Децентрализација је такав административни систем у којем држава поверава вршење одређених послова државне управе недржавним субјектима. Ако се ти послови поверавају институцијама које обављају неку социјалну, културну или економску делатност од најширег друштвеног значаја (тзв. јавне службе), онда је реч о *функционалној децентрализацији*; уколико се, пак, поверавају недржавним органима, непосредно или посредно изабраним од стране грађана у локалним заједницама (органима локалне самоуправе), онда се ради о *територијалној децентрализацији у ужем смислу*⁵. *Територијална децентрализација у ширем смислу* подразумева право грађана у локалним заједницама да, преко својих органа, у оквиру устава и закона самостално управљају локалним пословима, дакле оним пословима који уставом нису изричито предвиђени као послови државне управе. Тако схваћена територијална децентрализација идентична је појму локалне самоуправе.

¹ Лазо М. Костић: Административно право Краљевине Југославије, прва књига, устројство управе, Београд, 2000, стр. 105, прим. 220).

² Те јединице се у различитим државама различито називају: у Републици Србији, почев од 1992, називају се “окрузима”; у Француској се изразом *деконцентрације власти* сматра префект у департману.

³ Цит. према: Ратко Марковић: Уставно право и политичке институције, Београд, 1999, стр. 492.

⁴ Слободан Јовановић: Држава, Београд, 1990, стр. 402.

⁵ Ратко Марковић: наведено дело, стр. 494, 495.

Територијална децентрализација у ширем смислу - локална самоуправа и територијална аутономија

Суштина *локалне самоуправе* је у томе да одређене територијалне јединице (општине и градови) имају статус самоуправних тела, у том смислу да уставом и законом прописане послове врше као послове изворне или властите надлежности, при чему “општинска власт стоји под надзором централне власти, али не и под њеним заповестима. Општинска власт не стоји према централној власти као нижа управна власт према вишој. Нижа управна власт дужна је држати се, не само закона, него и упутстава, односно наредба, више управне власти. Општинска власт дужна је држати се закона, али не и упутстава централне власти. Сав надзор који ова последња врши над њоме, срачунат је на то да општину одржи у границама закона”.⁶ Јединице локалне самоуправе, дакле, врше две групе послова: послове државне управе, које им држава повери (по правилу, путем закона) и послове локалног карактера и значаја, који се, у првом реду, тичу грађана односно општине или града. Без обзира на то да ли се ради о првој или другој групи послова, централна државна власт задржава право контроле над њиховим вршењем, с тим што су контролна овлашћења државе много шира и потпунија у односу на поверене послове (“послове пренесене надлежности”), док се у односу на самоуправне послове (“послове властите надлежности”) та овлашћења исцрпљују у контроли законитости рада и аката органа локалне самоуправе, без права централних државних органа да овима издају било какве обавезне инструкције и заповести.

Погрешно је, међутим, закључити да послови који спадају у изворну надлежност јединица локалне самоуправе, имају искључиво локални предзнак и да код њих уопште није ангажован државни интерес. Напротив, како исправно примећује Слободан Јовановић, локални, самоуправни послови исто су тако државни послови, као и послови државне управе, само што се ови први много више дотичу њихових локалних интереса, него ови други. “Ипак зато, и у једном и у другом кругу, општина врши државне послове, који једанпут могу имати везе с њеним интересима, а други пут не, али који никада не престају бити државни послови, да би постали чисто општински”⁷.

Најзад, територијална децентрализација схваћена у ширем смислу обухвата и појам *територијалне аутономије*. То је такав облик децентрализације, који подразумева право територијалне заједнице у оквиру државе да доноси законе, да буде законодавни субјект⁸. Док јединице локалне самоуправе уживају одређени степен самосталности у управљању локалним пословима, аутономне јединице (покрајине, области, региони и сл.) имају самосталност у нормативној, законодавној сфери. Њихова законодавна власт, међутим, није изворна и оригинална, него је, у извесном смислу, “позајмљена од државе”; аутономна

⁶ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 398.

⁷ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 401. Истоветног је мишљења и Ратко Марковић: наведено дело, стр. 495.

⁸ Ратко Марковић: наведено дело, стр. 533.

јединица се “ служи оном влашћу коју јој је држава дала”⁹. Територијална аутономија, као и локална самоуправа, креација је устава, односно државе као титулара уставотворне власти. Из овога произлазе неколике важне последице. Прво, аутономна јединица нема право самоорганизовања и нема уставотворну власт. То значи да не може самостално да прописује организацију власти на свом подручју. Она има само оне органе који су уставом предвиђени. Друго, она обавља само оне послове који су уставом и законом стављени у њену надлежност, при чему у вршењу послова из свог аутономног делокруга није независна од државне власти, какав је случај са федералном јединицом у односу на савезну државу. Централна власт контролише законитост, у неким случајевима и целисходност, рада и аката аутономних органа, из чега, даље, произлази и право државе да распусти аутономне органе и да поништи или укине њихове акте. Како показује пракса већине држава са овим обликом територијалне децентрализације, правило је да у аутономним јединицама постоји посебан орган државне власти, снабдевен знатним надзорним овлашћењима према органима аутономије (гувернер на Аландским острвима у Финској и у Северној Ирској, министар Републике на Азорским острвима и Мадери у Португалији, владин комесар у Италији, владин делегат у Шпанији). Треће, закони које доноси аутономна јединица имају карактер изворних закона. “Њима се друштвени односи који су у области аутономног законодавног делокруга уређују иницијално, а не секундарно, после закона које о истим односима доноси држава”¹⁰. Међутим, закони аутономије слабије су правне снаге од државних закона, а и њихов територијални дометај је знатно ужи: они важе само на оном делу државног земљишта које ужива аутономни статус. У случају несагласности аутономних закона са законима државне власти, примењују се ови други, а законе аутономне јединице надлежни државни орган (парламент, врховни суд или уставни суд) ће поништити, укинути или му, пак, ускратити примену. Четврто, у државама са територијалном аутономијом не постоји институт држављанства аутономне јединице, нити постоје спољашња обележја државности аутономних јединица (застава, грб, химна). И пето, јединице територијалне аутономије нису као такве представљене у централним државним органима: парламенту и влади. Тиме се аутономне јединице јасно одвајају од конституенса федерације и, у статусном смислу, приближавају положају локалне самоуправе.

Изложени модели централизације и децентрализације у пракси се ретко јављају у свом чистом виду. Одступања од њих су увек могућа, понекад и неопходна. Уопште, појмови централизације и децентрализације имају “једно релативно и ублажено значење, не више као раније апсолутно и искључиво”¹¹. Тешко је замислити државу која би била апсолутно централизована, у смислу да све послове државне управе врше искључиво државни органи и у којој не би постојали макар рудиментарни облици локалне самоуправе. Још је теже замислити државу потпуне децентрализације, у којој би се сви државни послови свршавали у

⁹ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 400.

¹⁰ Ратко Марковић: наведено дело, стр. 535.

¹¹ Лазо М. Костић: наведено дело стр. 107.

локалним заједницама. Тада би и сам појам децентрализације постао бесмислен, јер да би неки орган био децентрализован мора да постоји неки “центар”, у односу на кога се спроводи процес децентрализације. Отуда је и данас актуелна мисао Лазе М. Костића да се “у већини држава управа врши комбиновано: и од државних и од засебних самоуправних органа”, а у зависности од тога “да ли преовлађују једни или други, да ли већи део управних послова свршавају једни или други, говори се ипак о централистичкој и децентралистичкој држави”¹².

Централизација и децентрализација у уставном систему Републике Србије

И у Уставу Републике Србије од 1990. има елемената централизације и децентрализације. Централистичке тенденције огледају се у одредби ст.1, чл.94. којом је прописано да “Послове државне управе обављају министарства”, али одмах затим ст.6. истог члана институционализује тзв. функционалну децентрализацију одредбом по којој се “Одређена управна овлашћења законом (се) могу поверити предузећима и другим организацијама”. Устав гарантује и локалну (општинску) самоуправу у областима као што су: доношење програма развоја, урбанистичког плана, буџета и завршног рачуна; уређивање и обезбеђивање обављања и развоја комуналних делатности; уређивање и обезбеђивање коришћења градског грађевинског земљишта и пословног простора; старање о изградњи, одржавању и коришћењу локалних путева и улица и других јавних објеката од општинског значаја; старање о задовољавању одређених потреба грађана у култури, образовању, здравственој и социјалној заштити, јавном обавештавању, туризму и угоститељству, као и у другим областима од непосредног интереса за грађане; образовање органа, организација и служби за потребе општине и уређивање њихове организације и рада; и обављање других послова утврђених Уставом, законом и статутом општине (чл.113, ст.1, т.1-8). Осим тога, “Република Србија може законом поверити вршење појединих послова одређеној општини и пренети јој средства за те послове”. Обавице чл.114, ст.1, т.1-8. Аутономне аутономије у Републици Србији су две аутономне покрајине: Аутономна покрајина Војводина и Аутономна покрајина Косово и Метохија¹³. Као и општине, аутономне покрајине имају два круга задатака и послова: изворне и поверене. Послови изворне надлежности имају програмски, буџетски, нормативни, извршни и организациони карактер.

Програмска овлашћења подразумевају право покрајине да “доноси програм привредног, научног, технолошког, демографског, регионалног и социјалног развоја, развоја пољопривреде и села, у складу са планом развоја Републике Србије и утврђује мере за његово спровођење” (чл.109, ст.1, т.1). Бухетска овлашћења обухваћена су уставном одредбом, по којој покрајина “доноси буџет и завршни

¹² Лазо М. Костић: наведено дело, стр. 106.

¹³ Резолуцијом 1244 Савета безбедности УН, АП Косово и Метохија је привремено “истргнута” из државноправног тела Србије и стављена под протекторат УН.

рачун” (чл.109, ст.1, т.2). Покрајина ужива и финансијску аутономију, јер јој “припадају приходи утврђени законом” (чл.109, ст. 3). Нормативна овлашћења покрајина врши тако што “доноси одлуке и опште акте, у складу с Уставом и законом, којима уређује поједина питања од интереса за грађане у аутономној покрајини” у областима које су нормиране Уставом, као “и у другим областима утврђеним законом” (чл.109, ст.1, т. 3). Најзначајнија манифестација нормативне власти покрајине је њен статут “којим се, на основу Устава, утврђују надлежности аутономне покрајине, избор, организација и рад њених органа и друга питања од интереса за аутономну покрајину” (чл.110, ст.1). Доношењем статута, покрајина такође врши и своја организациона овлашћења. Најзад, извршна овлашћења покрајине састоје се у обезбеђивању извршавања покрајинских одлука и општинских аката (чл.109, ст.1, т.4).

Што се тиче повереног делокруга, њега чине послови које Република Србија “из оквира својих права и дужности” “може законом поверити” на вршење аутономној покрајини. Приликом поверавања послова, Република ће јој пренети и “средства за те послове” (чл.109, ст.2).

Једино крупније одступање од стандардног модела територијалне аутономије, Устав је извршио у погледу нормативних овлашћења покрајине. Наиме, у уставном систему Србије покрајине немају самосталну законодавну надлежност, не могу својим општим актима да, иницијално, уређују одређене области друштвеног живота, него само *поједина питања*, и то у складу са уставом и законом. Не треба, међутим, заборавити да је интенција Устава од 1990. да изврши раскид са уставношћу бивше СФРЈ и њеним Уставом од 1974, под којим је успостављен гломазан и неефикасан паралелизам, не само покрајинског и републичког законодавства, него и комплетног система извршних и судских органа, што је ишло дотле да су покрајине (у ствари квази-федералне јединице) имале своје врховне и уставне судове и учествовале у вођењу спољне политике земље.

Из изложеног се, мислим, јасно види колико су неутемељени ставови који иду за тим да докажу да је Србија држава “архицентрализма”, да у њој “нема локалне самоуправе” и да је “једнопартијским и недемократским Уставом од 1990.” “укинута аутономија Војводине”. Истина је, међутим, да је Устав Републике Србије израз дисконтинуитета са чудовишном и, у упоредном праву непознатом, уставношћу брозовско-кардељевског типа, која је од устава начинила идеолошко-политички трактат и “повељу самоуправљања”, препуну, како каже Ратко Марковић, “празног хода”, “распеваних реченица” и утопијских и нерационалних решења. Нови, данас толико проскрибовани, устав инаугурисао је низ класичних принципа демократије и правне државе: лична, политичка, економска, социјална и културна права; поделу власти; независност судова и владавину права и мешовиту тржишну привреду прожету идејом социјалне правде. И, оно што је у вези са нашом темом посебно значајно, реafirмисао је принцип локалне самоуправе и територијалне аутономије, тако што је општини одузео својство “основне друштвено-политичке заједнице” и “мини државе”, а аутономним покрајинама атрибуте псеудо-државности.

Вредносна својства централизације и децентрализације

И систем централизације и систем децентрализације имају своје предности и недостатке. Оно што су предности једног, то су недостаци другог и обрнуто. “Систем је централизације прост; није скуп; значи јаку, јер усредсређену, управну власт; има неоспорну надмоћност над системом децентрализације у свима пословима у којима треба имати много плана и методе; уопште, по том се систему послови воде са ширим погледима и јачим осећањем великих државних интереса, јер се воде с висине и из далека.”¹⁴ Систем децентрализације олакшава “прилагођавање локалним потребама, и спречава претерану једнообразност у државном животу.”¹⁵ Он ствара поред државе и друге јавноправне личности и тиме “даје повода за сваковрсне правне односе у оквиру управне власти, и стога се може сматрати као већма правни систем него систем централизације.”¹⁶ Децентрализација је и важан фактор демократизације правног и политичког система: као што парламентаризам уводи лаички елемент у законодавство и у врхове државне управе тако га систем децентрализације уводи у управљање локалним пословима и на тај начин “одржава код грађана стално интересовање за јавне послове, које би иначе постојало само од једних парламентарних избора до других. Самоуправа је школа у којој се грађани уче да сами собом управљају.”¹⁷ Најзад, у парламентарним државама, у којима је влада у рукама оне странке која има већину у скупштини, децентралистички систем је ефикасна заштита од опасности да владајућа странка постане апсолутни господар јавног живота, чак и у његовим “најситнијим манифестацијама.”¹⁸

Услови успешне децентрализације

Ипак, систем децентрализације, узет сам за себе, не може да уроди свим наведеним квалитетима. Децентрализација, наиме, “није на крају крајева ништа друго до један правни систем, а какве ће последице један правни систем имати у пракси, то не зависи само од њега, већ и од политичких прилика оне посебне земље у којој се примењује.”¹⁹ Постоји више услова који се морају испунити, да би овај систем дао очекиване резултате. Два су, сматрам, најважнија: солидна финансијска основа и постојање партиципативне политичке културе грађана. Још шездесетих година прошлог века, S. M. Lipset је у својој студији “Политички човек” истакао као правило да земље које нису прешле одређену границу бруто-дохотка по становнику (у то време 500 ам. долара) немају ни минималне услове за

¹⁴ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 402, 403.

¹⁵ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 403.

¹⁶ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 403.

¹⁷ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 403.

¹⁸ Слободан Јовановић: наведено дело, стр. 403.

¹⁹ Слободан Јовановић: “Уставно питање”, Српски глас-орган Српског културног клуба, бр. 24, 25. април 1940.

демократију.²⁰ Исто важи и за систем локалне самоуправе и територијалне аутономије. Децентрализација узрокује разухљеност правног система и подразумева мрежу недржавних органа, који су утолико бројнији и утолико више захтевају разгранат локални чиновнички апарат, уколико обављају већи број функција. А самоуправа у модерним државама нема, као некад у Енглеској, аристократски карактер. Функције и службе у органима локалне самоуправе и територијалне аутономије се, по правилу, не врше бесплатно, као почасна, него на против, као плаћена звања. Следствено томе, што је већи број самоуправних и аутономних органа и функција и служби у оквиру њих, већи су и издаци за њихово финансирање. Како се, опет, све те функције и службе финансирају из јавних прихода (порези, таксе итд.), то подразумева развијену привреду и релативно богате грађане, који своје фискалне обавезе измирују уредно и на време. Једном речју, економски стабилна и просперитетна држава, са развијеним финансијама, у којој не постоје сувише оштре социјалне разлике и у којој се знатан део грађана не налази у стању латентног или отвореног сиромаштва - то је, у основи, економски и финансијски миље, у којем једино може постојати развијена и успешна локална самоуправа и аутономија. Коначно, самоуправе и аутономије нема без политички активних грађана, спремних да партиципирају у различитим видовима јавног живота локалне заједнице у којој живе. Макијавели је, на трагу античких писаца, сматрао да република почива на ономе што је он назвао "вирту", специфичној грађанској врлини, која се испољава као спремност и способност грађана да учествују у вршењу јавних послова, тако да буду остварени општи интерес и опште добро. Таква врлина неопходна је и за управљање локалним пословима. Да би се, пак, она створила, неопходно је однеговати толерантну и партиципативну политичку културу и развијати код грађана дух предузимљивости и иницијативе, не само кад су у питању њихови приватни послови и интереси, него и они који се тичу других грађана и ширег друштвеног окружења. Грађани, дакле, не смеју бити само себични власници имовине, који искључиво гледају "своја посла", не смеју се претворити у пуки, како би рекао Хегел, "агрегат приватника". У противном, локална самоуправа и територијална аутономија лако могу да се изметну у своју супротност: у систем у којем ће локалне и покрајинске бирократије манипулисати грађанима као са аморфном масом "која се да месити како се хоће."²¹ С друге стране, интерес за оно што је локално или регионално, ни у ком случају не сме да угуши свест о ономе што је опште и заједничко: држави као целини. У локалним и регионалним оквирима, грађани могу да остваре само неке своје потребе, никако не све. Упркос свим неолибералним тенденцијама, држава је још увек једини гарант унутрашње и спољне безбедности, личне и имовинске сигурности грађана, важан фактор управљања економским и финансијским токовима и последњи ослонац социјално угроженима. Смисао децентрализације није у дестабилизацији и дезинтеграцији државе, него у проналажењу склада између онога што је посебно (локално и регионално) и онога што је опште (државно). Стога су неприхватљиви и

²⁰ Милан Матић: "Демократија", Енциклопедија политичке културе, Београд, 1993, стр. 204.

²¹ Слободан Јовановић: "Југословенска мисао", Српски глас, бр. 8, 4. јануар 1940.

супротни самом појму децентрализације сви они покушаји да се, под маском самоуправе и аутономије, држава разгради и да се регионалним заједницама прибаве атрибути својствени сувереним државама.²²

Aleksandar Martinović
Assistant of the School of Law in Novi Sad

DECENTRALIZATION OF GOVERNMENT AUTHORITY

Abstract

Decentralization (decentralization of administration) can be functional and territorial. Territorial decentralization, on the other hand, can be in the form of local self-government and territorial autonomy.

Modern states accept both elements of centralization and decentralization. This is also the case with the Constitution of the Republic of Serbia which comprises all mentioned elements of decentralization.

The efficacy of decentralization depends on a number of factors, but primarily on the amount and type of revenues which are appropriated for local self-governments and territorial autonomy units. It also depends on the participative political culture of citizens living in local and regional communities.

²² У ред таквих покушаја спадају нпр. захтеви да АП Војводина добије свој систем законодавне, извршне и судске власти, свој устав, заставу, химну итд, што је све готово непознато у упоредном праву.

Сава Аксић, асистент-приправник
Правног факултета у Приштини са седиштем у Косовској Митровици

ПОЈАМ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Сажетак: Правни систем је скуп судова и закључака о логици хијерархије нормно-функционалне релације и експликација појмова садржаних у функционално-нормној релацији. Правни систем се, дакле, може поделити на правни систем у нормативном смислу (скуп судова и закључака о логици нормно-функционалне релације) и правни систем у појмовном смислу (експликација појмова садржаних у функционално-нормној релацији). Појам правног система у појмовном смислу је мисаоно дубљи у односу на појам правног система у нормативном смислу.

Правни систем је исто што и апстрактна правна наука.

За разлику од правног система, систем права је функционално-нормна хијерархија важећег права. То је позитивно право у функционалном смислу. То је право које важи.

Систем права је основа правног система. Правни систем се гради на основу система права.

Система права је исто што и предмет апстрактне правне науке.

У в о д

Ако оставимо по страни социолошку, реалистичку и интегралну мисао о појму правног система услед њихових депласираности и непостојећих подстицаја инспирације¹, наше се становиште у свом апстрактном смислу може схватити као

¹ Види: Митхад Шамић, Како се ствара научно дјело (део о инспиративним основама концептуализације научног дела или теорије), Сарајево, 1972.

синтетички одговор вишега реда и спознајно - хеуристички суд сопственога промишљања².

Нормативној концепцији се замера да заобилази појмовно - логичку конотацију система, а појмовно - логичкој, да се на неадекватан начин разматра нормативни аспект ове теоријске контараверзе³.

Отуд сматрамо да недостаци нормативног и појмовно-логичког приступа нису у ономе што експлицирају, него управо у ономе што занемарују. Другим речима, као што тврди Лајбниц⁴ да је свака антиномична спознаја тачна у ономе што тврди, а нетачна у ономе што пропушта да утврди. У том смислу је поимање релације нормативних и појмовно - логичких образложења система прави пут у ваљаној теоријској одредбености појма правног система.

Најапстрактније узевши, под појмом правног система подразумевамо системску појмовну хијерархију по основу нормне парадигме или по основу апстрактног појмовног бића права. Осим тога, подразумевамо и чисто биће појма правног система где је систем генус⁵, а правни, врста у оквиру генуса. Јер систем је систем у логичком смислу, тј. чиста замисао хијерархијски уређеног јединства⁶, аксиоматски постављено и доследно саздано формалнологичко и дијалектичко хијерархијско уређење. То што важи за систем у целини, важи за сваку врсту система па и правног система.

Осим овога у најширем смислу разликујемо систем права и правни систем, односно, појам једног или другог. Под појмом система права подразумевамо правно важеће право као функционално-нормни однос, функционално-нормну хијерархију у систематском облику⁷.

Наведени систем права није ништа друго него право које важи, које је само по себи од уставне логичке аксиоме до појединачне правне норме (или аката) системска структура.

² Види: о природи сазнајног поступка Милијан Поповић, Елементи теорије права, Нови Сад, 1981. Рудолф Леградић, Теорија дијалектичке анализе и синтезе. Нарочито, Огњеновић Предраг, О психофизичким основама сазнања, Сарајево, 1999.

³ У том смислу је усмерена и наша критика ових концепција и особито у аспекту нормативног решења система Р. Лукића и појмовно-логичког система Т. Живановића.

⁴ Лајбниц, Нови огледи о људском разуму, Београд, 1998. Као и Жан Пијеже, Порекло сазнања, Београд, 1990.

⁵ Да се мора изићи из садржинског поимања ради разумевања садржине поимања није једноставно утврдити. О овом аспекту упореди Е.Неигел, Структура науке. Београд, 1974. где каже: "Наука нам даје системе и појмовне оквире објашњења. Ван овог објективног смисла, наша интерпретација науке излази из оквира система".

⁶ Ради разумевања овог става упореди Хегел, Наука логике, I књига, Београд, 1987. (део о почетку).

⁷ Код теоретичара и мислилаца права готово да се не прави разлика између права и правне науке. Овде је у питању одредба коју би право само за себе дало када би имало свест и знања. Ова одредба произилази из самостваралачке природе права. Види о томе Келзенове сјајне интерпретације о стварању и примени права, Чиста теорија права (као наведено), међутим, када научник дескриптивно у мањој мери али особито експликативно разјасни смисао овако одређеног система права, онда је резултат његове спознаје појам правног система тј. прави научни одговор универзалистичко - теоријског карактера.

Правни систем за разлику од система права није ништа друго него резултат спознаје научника експликаatora система права⁸. У најширем смислу: под појмом правног система подразумевамо правно - научну појмовно судну хијерархију правних аката или правних појмова, садржаних у правним актима исказаних у појмовима и судовима научног експликаatora права⁹.

Наведени правни систем је резултат спознаје научника и он као такав не постоји у важећем праву, него је резултат спознаје у поступку поимања у дескриптивном или експликационом моделу сазнања. Отуд је појам правног система истинити научни појам и један од веома сложених и тешко објашњивих појмова¹⁰. Зато и не чуди што се у правно - теоријској мисли врло мало разматрао овај теоријски проблем. Разумљиво да се у теоријским наукама права нижег степена апстрактности, овај проблем потпуно заобишао и готово да је остао крајње неразумљив¹¹.

⁸ Наведена релација последица је једне фундаменталне разлике: разлике између предмета и појма науке, у овом случају између предмета правне науке и појма правне науке. Предмет правне науке је право по себи (у аспекту норми или појмова), док је појам правне науке појмовни систем нормативно функционалне везе у првом или појмовни систем појмовне хијерархије појмова садржаних у правним нормама у другом аспекту. Упореди о наведеном, Rudolof Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911. и нарочито С. Јарић, *Систем духовне правне науке* (о предмету и појму правне науке).

⁹ Наведена одредба управо је дата ради разликовања појма система права и појма правног система права. Први део има у виду предмет правне науке у аспекту система, а други део, појам правне науке у аспекту система. У том смислу дефиниција и садржи одређење појма правног система права по основу самог система права по себи. Упореди у нешто другачијој форми Келзенова разликовања појма права и дескрипције појма права, Чиста теорија права (као наведено).

¹⁰ Код Радомира Лукића се описана разлика експлицитно не констатује. Међутим пошто Лукић смисао теоријско - правне науке схвата у појмовно - апстрактном смислу то је разумљиво да се и у његовим разматрањима описана разлика имплиците садржи. Наравно, боље би било да је и Р. Лукић себи својственом прецизношћу размотрио разлику појма предмета правне науке и појма правне науке, односно разлику система права и правног система у наведеном смислу. Упореди: Р. Лукић, *Методологија права* (као наведено) као и *Појам теорије права* (као наведено).

¹¹ То нарочито потврђује Тома Живановић, те у том смислу и спроводи мисаони поступак Синтетичке прераде специјалних правних наука до системских научних структура. У савременим расправама специјалних правних наука проблем систематичности се врло мало разуме, односно дистинкција предмета и појма правне науке те разлика коментаторске и експликативне спознајне функције права. Научници позитивних дисциплина у највећој мери су коментатори важећих правних прописа (где је највиши ниво упоредно - правна метода коментара прописа) и готово ни један не разуме смисао разлике права као функционално-правне везе по себи и правне науке која је експликација такве везе. Они, још мање схватају смисао експликације појмовности садржане у функционалној вези. Наравно овакво наразумевање ствари произилази из чињенице да научници специјалних правних наука не схватају суштински смисао карактера људског сазнања, потом логику у њеном формално - логичком и методолошком аспекту и отуд смисао појмовно научне хијерархије науке односно правне науке. Упореди: Sigvart, *Logik (Die methodenlehre)* V издање, 1924. наведено по Томи Живановићу, II књига Система, 1951, као и Wundt, *Logik (Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie)* IV издање 1921.

1. Појам система права

Систем права по себи је право које важи (или је важило)¹² као функционално - нормна веза аката (норми у њима) у аспекту надређености и подређености. Овај смисао система права може се схватити двојако; статички и динамички¹³. Лукић, на пример, има у виду овакав систем права, али Лукић не разбиструје разлику између система права по себи и његовог сазнања, сазнања оваког система права. Отуд Лукић не разликује да је систем права по себи предмет који се сазнаје а предмет који се сазнао, тј. систем права као појмовни систем, оно што чини правну науку у димензији система права. Отуд је та спознаја правни систем, а не систем права како мисли Лукић¹⁴. Келзен, за разлику од Лукића, не говори о разлици система права и правног система, јер правну науку своди на дескрипцију нормативне хијерархије важећег права, разликујући правну норму и правни став (по нашој терминологији предмет и науку), али имплицира разлику између система права по себи и спознаје тог система права, тј. правно-научног појма правног система¹⁵.

У ствари, врло је једноставно разликовати једно од другог када се схвати смисао разлике онога што се спознаје (система права) и онога што је спознато (система права као правног система - појмова и судова).

Систем права је функционално - нормно јединство норми, односно аката у вертикалној или хоризонталној равни¹⁶. Ово јединство само је по себи системско

¹² У аспекту идеалитета и нормативитета, духовна продукција као објективност по себи безвремена је и безпросторна. Отуд и право које више не важи постоји (као идеалитет, али не као нормативитет) иако не важи у правно - важећем, официјелном смислу. Упореди о начину важења права Келзенова, Лукићева и Јарићева промишљања у наведеним списима.

¹³ Однос између статичког и динамичког појма система права аналоган је односу дуалистичког одређења права и државе. У ствари, статички и динамички смисао система, када се држава схвата као персонификација правног поретка (Келзен) или фикција немислеће правне интелигенције (Јарић), губи смисао, односно резултат је научничког поимања разлике аката и норми. У самом важећем праву таква разлика може се апстраховати, односно акти се могу поимати нормама а норме актима. У логичком смислу то би се односило као појам и његов садржај, што је у ствари једно те исто.

¹⁴ Лукић експлицира нормну хијерархију као научник теоријско - апстрактне провинијенције. Резултат његове спознаје је појмовни систем нормне хијерархије. Али Лукић мисли да тиме експлицира систем права, односно да је систем права по себи исто што и правно-научни систем. Другим речима и Лукић не бистри разлику појма правног материјала и појма правних појмова који су предмет спознаје теоријског мислиоца. Најзад, Лукић не увиђа смисао појма нормативне хијерархије као логичке хијерархије, него је своди на експликацију нормне хијерархије по себи. Све ово долази наравно из Лукићевог сазнајног приступа који је у крајњој линији емпиристички и наивно - реалистички, тј. крајње гносеолошке разграничености научног од филозофског сазнања. Међутим и научно сазнање је увек субјективно и као такво има за претпоставку филозофске основе. Упореди: М. Марковић, Филозофски основи науке, Београд, 1981.

¹⁵ Ово долази из Келзеновог схватања разлике права по себи и спознаје права по себи, тј. предмета науке и правне науке. Правна норма је правно требање тј. право по себи а правни став о правном требању је хипотетички суд научника који спознаје правно требање. Иако Келзен не разликује правни систем и систем права, нашу појмовну поделу у сваком случају имплицира. Упореди: Келзен, Чиста теорија права, (део о правној норми и правном ставу).

¹⁶ Вертикалу система права поимамо као однос логичког устава и свих аката произилазећих из устава, дакле однос надређености и подређености. Хоризонталу система права, поимамо као нормну хијерархију уставне норме и свих норми произилазећих из ове у истом аспекту стварања и примене.

јединство и у аспекту аката и у аспекту норми, тј. хоризонтални и вертикални. Хоризонтала нас упућује на динамичко поимање стваралачког процеса права, а вертикала на статичко поимање нормно функционалне релације по систему требања.

У ствари, ради се о стварању и примени права појмљеног у јединству дијалектичког карактера. Бесмртна заслуга Келзенова (коју узима од Остина и нарочито Меркела)¹⁷ јесте у томе што је генијалним увидом захватио суштину истоветности (идентитета и разлике)¹⁸ стварања и примене права. Сваки акт стварања је акт примене и обрнуто. То потврђује неразрушиво и савршено логичко јединство правно - важећег права по себи. То јединство по нама чини систем права и то систем права које право само по себи садржи као системску структуру у аспекту нормне хијерархије. Овакав систем права садржи сваки нормативитет који је право, било онај најпримитивнијег типа¹⁹, било онај концептуално крајње апстрактан и логичан. То исто важи за тзв. англосаксонско право, тј. систем прецедената²⁰. И управо, чињеница, да је право само по себи самостваралачко биће, које у стварању садржи и примену, чини системску, хијерархијску, нормну структуру. Другим речима, право у целини је систем управо зато што је самостваралачко и самопримењивалачко биће²¹.

Келзен иде за тим да је правни акт, као продукција хтења, објективитет требања само по престанку хтења²². То и јесте довољан услов установљења хијерархијског модела у статичком и динамичком смислу²³. Има писаца, међутим, који иду и даље, који елиминирају и сам акт хтења поимајући га као логичко депсихологизовано хтење²⁴, те у том смислу поставку хијерархије и систематике доводе до логичког савршенства али и апсурда.

Упореди: Келзен, Општа теорија права и државе (део о статистици и динамици правног поретка), Београд, 1951.

¹⁷ Austin, *The Lectures on Jurisprudence or the Philosophie of positive law*, London, 1912. Merkel, *Juristische encyclopädie*, 1885. (наведено по Томи Живановићу).

¹⁸ О логичкој истоветности и разлици идентитета и разлике види Хегел, *Наука логике*, I књига, Београд, 1987. (занимљива је и критика Петронијевића, види: *Начела Метафизике*, I свеска, I део (о бићу и ничему)).

¹⁹ То вреди за Закон XII таблица или Хамурабијев, наравно уколико се уме схватити смисао нормне хијерархије, јер је варијација на исту тему, на тему стварања и примене права у аспекту надређености и подређености.

²⁰ Келзен је на најупечатљивији начин показао да принцип хијерархије и нормно-функционалне везе у англосаксонском праву има исти смисао као у континенталном. Што је и разумљиво утолико што се такође ради о стварању и примени права макар и у једном особеном поступку надлежности, поступка и материјализације. Суштина, међутим, остаје иста.

²¹ Смисао правног самостваралаштва схваћен и као самопримена може се разумети само изван волунтаристичких одређења настанка права. То је услов не само појма система права него и услов објективног принципа владавине права. У најужем смислу систем права је исто што и појам права по себи и статички и динамички. Упореди: Лукић, *Увод у право* (део о стварању и примени права).

²² Сјајан је Келзенов проналазак да право почиње да важи по себи онда када престаје реални акт стварања његова творца. То је услов да се право схвати као самостваралачки систем, тј. систем права у нашем одређењу. Упореди: Келзен, *Чиста теорија права* (део о објективном смислу права).

²³ Исто као у претходном ставу.

²⁴ Јарић, на пример, отклања основну тешкоћу Келзенову, психолошко стварање права и депсихологизовано важење. До свог става долази тиме што психолошку подлогу логике елиминира а

То исто вреди за последњи акт извршења. Сматра се да се и акт извршења може схватати у аспекту норме (тј. акта) те у том смислу системско јединство затворити у самој систему права²⁵.

Осим наведених логичких карактеристика система права те поделе на хоризонтални и вертикални те динамички и статички појам права, систем права се може поделити у три врсте:

- а) систем права као нормно-функционална релација важећег права у целини²⁶,
- б) систем права као нормно-функционална релација важећег права у једној правној области²⁷,

логику схвата објективно – априорно - логицистички. То долази из његове особене епистемиологије јер спознају своди на појам, а не признаје спознају чулства и представности. Отуд је логичко хтење ствараоца права објективно логичко а право објективитет по себи који важи.

²⁵ Такве покушаје је учинио Јелинек и у том погледу је супериоран Келзену.

²⁶ Из горе одређеног појма система права у апстрактном смислу јасна је и одредбеност појма система важећег права. То је дакле ступњевити и хијерархијски однос првог и примарног акта стварања права и стварање (које је примена) свих из њега произилазећих аката. То је у ствари уставно – законско - судски однос коме претходи правно - логички устав, пра - норма у Келзеновом смислу. Овакав систем је систем утолико што је хијерархијски пирамидалан модел у динамичком аспекту а у исто време појмовно - хијерархијска нормна систематика на степену апстрактности у степену слеђења изведена у статичком смислу. тј. логичко-уставне, уставне, законске и судске (наравно и подзаконске и управне) нормно-функционалне хијерархије требало да понашања, по шема прве и основне правне норме.

Овакав појам правног система на изглед је апстрактан и као такав довео мислиоце у илузију да систем права сам по себи не постоји, односно да је резултат кабинетске конструкције и сложене духовне категоризације. Није, међутим, тако. Минимум разумности уз теоријско познавање појма систематике доводи до спознаје и системске структуре природне садржане у правно – важећем праву. Правник који уме мислити правно несвесно мисли у релацијама ступњевитог система права и у аспекту природне нормне хијерархије. Само по себи то доказује да право по себи јесте систем права те да подела правних функција на уставну, законодавну и извршну није продукција теорије него природно настала системска композиција из природне структуралне нормне систематике. Мислити правно, значи мислити у систему права, мислити у нормно - функционалној вези и хијерархији а тако што мислити је могуће само по основу природне систематике права као система. Зато је право које важи увек систем права. Право је по логици ствари хијерархијски систем нормно - функционалног требања. Овакву интерпретацију система права пронашли смо у блиставим Келзеновим разјашњењима суштинске природе ~~и правне природе система права~~ система права потпуно је јасна природа појма система права у једној правној области. Ту се наравно аплицира фундаментална поставка о појму система права на један нижи аспект надређености и подређености. У питању је, на пример, ступњевити, хијерархијски однос уставне надлежности, поступка и материјализације и директно произилазећег закона у истим аспектима. Утолико што се садржина подређеног акта у извесном смислу може одредити као креативно стваралачка делатност надлежности и поступка подређеног акта, подређени акт може садржати садржину која је конкретизација односно примена надређене уставне надлежности. Поимљена, сама по себи, ова форма, садржина, надлежност и материјализација подређеног акта уз имлицирани основ надређености чини функционалну - нормну везу система права у једној правној области, нпр. законодавној у целини. Законодавство узето само по себи може нам дати системску структуру апстрактних и мање апстрактних норми односно надређених и подређених. То чини систем нормно - функционалне релације законодавства по себи тј. једне правне власти или правне области. Међутим, поимљена у релацији са надређеним актом тј. уставним, у себи садржи валиднију системску структуру квалитативне надређености и подређености, тј. у овом случају уставне и законске. У истом смислу може се поимати и третирати однос законске и судске или упрошћени модел хијерархијске структуре уставне, законске и судске. Када се, међутим, унесе више разумности у наведене релације уставне, законске и судске нормно - функционалне, везе долазимо изнова на први критеријум: систем важећег права по себи. Из изложеног је очигледно да је у питању систем права по себи експлициран у теоријској равни а не у

в) систем права као нормно - функционална релација важећег права у једној правној грани²⁸,

г) систем права као нормно - функционална релација важећег права у међународно - правном смислу у целини (овде се смисао међународног права схвата негативно, тј. као супротност државном праву у целини а не као скуп важећих норми пошто по ставу истинитог правног промишљања, важеће међународно право је *contradictio in adjecto*)²⁹.

1.1. Још неке напомене о појму система права

У ниже разматраном теоријском проблему појма система уопште, између осталог, речено је понешто о универзалним карактеристикама система и систематике³⁰. Између осталог, речено је за систем да он у логички нужном смислу

енциклопедијско - правном смислу. Наиме, у овом другом смислу правне области се уобичајено деле на приватно и јавно право, међународно и државно право, право и неправо (код Томе Живановића), но таква подела има смисла у аспекту појма правног система и резултат је кабинетских научних продукција. Горњи смисао система права пак постоји у самој праву као егзистенцији нормног требања, а научник спознавалац је разбиструје тек ваљаним спознајама теоријског појма логичких разлика нормних хијерархија и различитих правних власти. Наравно, ту спознају може констатовати и правник практичар тзв. логиком *utens* и то увек чини у поступку стварања, примене и тумачења права. Разуме се да свест о томе не поседује или тек егземпларно може поседовати.

²⁸ Из наведеног смисла појма система права и појма система права једне области потпуно је јасна одредба система права у једној грани. Ту се мисли на систем права у једном правном акту општег карактера. Али ту се не поима грана права у научном смислу него систем права садржан у самој општем правном акту. Несумњиво је да је такво сазнавање могуће само ако се разуме смисао система и ако се правно-мислећи поступак спроводи у нормно - функционалној релацији требања. Уколико се пак поседује свест о томе, систем права у овој димензији није могуће разбистрити као систем у општем правном акту. Тој спознаји мора претходити априорна теоријска спознаја о структуралној самостваралачкој природи права те њеној кључној супстанцији надређености и подређености. Неразумевање овог смисла система права најбоље се може увидети чињеницом веома слабог системског разјашњења тзв. специјалних правних наука. То је несумњива конзеквенца непостојања теоријске свести о природи сваке варијанте система права па и ове на изглед "најконкретније". Дакле, не ради се о науци специјалног правног знања тзв. грани правне науке, него о систему права у оквиру једног општег правног акта, рецимо Закона о облигационим односима. Сам тај закон по себи је систем надређених и подређених норми а истинита експликација његове нормно-функционалне или појмовно-хијерархијске везе могао би нам дати највиши, виши, општи и посебни део науке Облигационог права (то ћемо образложити у појму правног система специјалне правне науке). Овде се ради пак, о систему важећих правних прописа као функционално - нормне систематике у општем акту који зовемо Облигациони акт.

²⁹ Смисао контрадикторности Међународног права произилази из природе права тј. из суштинске карактеристике овога (објекта права) и спољне карактеристике (правно - допуштене принуде). Фундаменталнија пак, контрадикторност, произилази из чињенице што међународно право по себи постоји само као правно -важеће право одређеног система права, конвенционално, суверене државе. Отуд је смисао ове одредбености јасан у било којем аспекту горе наведених појмова система права. Шта више јаснији у подмодалитетима него у генусном појму систему права *in abstracto*. Но и у овом смислу је разумљив уколико се поистовети са некаквим системом важећег права које важи у целини свих важећих права (што је политичка тенденција и изван правно - важећег права). Упореди: Келзен, Чиста теорија права, део о државном и међународном праву, као наведено.

³⁰ Систем и систематика су објекти сазнања методологије, односно методолошке логике те уз појам система представљају кључну предметност објашњења методолошке над - науке. Из овога произилази да се смисао система и систематичности у конвенцији система права не узима као објекат

може бити отворен или затворен. Шта више да је сваки логички савршен систем затворен али у исто време и отворен³¹.

Управо када се има у виду појам система права по себи, понајбоље се утврђује амбивалентност и антиномија затворености и отворености. Јер чињеница да се систем права статички може поимати као логичко савршенство доводи до суда о његовој потпуној затворености. У исто време, несумњивост непрестаних стваралачких процеса продукције општих (и особити појединачних) правних аката и правних норми демантује смисао горе утврђене логичке затворености односно потпуности³². Наизглед антиномична и противречна природа система права у аспекту идентитета и разлике, односно затворености и отворености, разумљива је уколико се прихвати логика самостваралачке природе права, те у том аспекту и система права³³. Јер суштина стварања и примене права, те неисцрпност продукције нормативности функционалне хијерархије логичком нужношћу пројектује описану противречну природу правног феномена по себи.

Уз наведено у аспекту система, несумњиво је и то да се у систему права самоме по себи онтолошки садржи формално - логички и дијалектички стварносни смисао. Притом и формално - логичка и дијалектичка дескрипција и експликација бива нужан сазнајни епилог овакве логичке природе система права по себи³⁴. Наиме, да се стварност може поимати формално - логички произилази из формално-логичке природе стварности³⁵, као што и дијалектичко промишљање бива могуће само услед противречног идентитета саме логичке стварности³⁶.

науке јер би произишало да је право наука а не стварност која објективно важи у свом нормно-функционалном требајућем смислу. Но зарад конвенције и ми смо употребили конвенцију систем права иако из изложене експликације не произилази да се ради о науци која би била предмет методолошког промишљања које је несумњиво над-наука. Другим речима, систем је схваћен конвенционално, али са свешћу да је у питању чиста реторика и употреба конвенције тек ради разумевања. У правом смислу пак смисао система права као научни проблем може бити релевантан само код појма правног система и то у варијанти над - науке, односно када се смисао правног система као науке поима као предмет методолошког промишљања као над-науке. Упореди о овоме: Никлас Луман, Теорија система и Тома Живановић, III књига система (део о појму појма система).

³¹ Оваква дистинкција не садржи се у самоме праву. Право по себи је логички затворен систем ако се апстрахује од дијалектике његовог непрестаног стварања. Али утолико што је у питању дисјунктиван суд о кретању права, онда је несумњивост одредбе у решењу антиномије крајње извесна. Упореди о овоме: Г. Зајечарановић, Логика (део о симболичкој логици), Ниш, 1999.

³² Упореди о овоме: Р. Лукић, Увод у право (део о стварању и примени права), наведено дело.

³³ Овде је одредба дата у аспекту логичке коегзистенције природе права и природе система права. Наиме, од одређења појма права и приступа којим се право поима и разбиструје зависи одредба појма и природе система права. Отуд су сви мислиоци изван нормативне провинијенције хендикепирани у схватању и одређењу система права, а камоли правног система. Упореди нашу критику ненормативних система права дату на релевантом месту. У логичком смислу, одредба појма права и одредба појма система права односи се као премиса и закључак, те је њихова веза логички нужна а суд о њиховој вези категоричан.

³⁴ Да је сазнајни суд изведен из карактера предмета поимања произилази из онтолошке везе онога што се сазнаје и онога који сазнаје. Упореди о томе: Л. Витгенштајн, Филозофска истраживања, Загреб, 1960.

³⁵ То изричито тврди управо Витгенштајн у свом делу О изјесности. Види: Л. Витгенштајн, О изјесности, Подгорица, 1999. Другачије, међутим, поступа Ејер. Он наиме мисли да формално - логичка стварност не мора призвести формално - логичку спознају. Види: Ејер, Проблем сазнања. 1996. Међутим

Отуд не чуди да су најзначајнији логичари, као Фреге, Дјуи, Сигварт, Вани итд. управо кључне контраверзе формално - правне и симболичке логике проналазили, разматрали и решавали на теоријско-правним питањима, па чак и на питањима тзв. конкретно-правне појединачности³⁷.

Систем права, дакле, јесте логичко биће и објективна репрезентанта примењене али и теоријске логике³⁸. Осим, можда, математике, најплодније је тло за врхунске силогизме и полисилогизме. Другим речима, граница посредног закључивања на пољу правне систематске хијерархије је неограничена управо зато што је систем права стварност антиномичне затворености и отворености, те формално - логичке и дијалектичке особености³⁹.

Услед наведеног, систем права као самостваралачко биће на најбољи могући начин само по себи "спроводи поступак" савршене систематизације и крајње кохерентне и доследне хармонизације сопствене систематске хијерархијске структуре. Ту није нужна особита умност, то је продукција спонтаног процеса развијања концептуално постављене парадигматичне правне норме која у себи садржи све биће права и све модалитете произилазеће из његове савршене празноте⁴⁰. Систем права, наравно, продукција је апстрактног ума, али важење важећег права је самостваралачко кретање апстрактне умности објективног значења⁴¹. Зато је речено да је право по себи систем права а да је систем права исто што и све важеће право у свом функционално-нормном својству надређености и подређености. Та његова супстанцијална карактеристика доводи у ред хаос појединачности⁴² и упућује на сву теоријску излишност кабинетске експликације изван саме структуралне нормне хијерархије.

Лајбниц управо на принципу идентитета гради и нешто више од формално - логичке сазнајности, те даје основе које ће искористити Лукашијевић у критици Аристотелове двовалентне логике. Види: Лајбниц, Нови огледи о људском разуму, Београд, 1996.

³⁶ То је већ увидео Аристотел, али је логику свео на идентитет и разлику. Види: Аристотел, Органон, Београд, 1960. Међутим, Хегел је много дубље од Аристотела схватио смисао противуречности и идентитета, па помоћу Хераклита дошао и до апсурда да изједначи идентитет и разлику. Види: Хегел, Наука логике, I књига (о бићу и ништа), Београд, 1987.

³⁷ Кључне спознајне резултате дигресивних аналошких закључивања, па каткад и креативно крајње хипотетичких посредних силогизама, водећи логичара IX и XX века утврдили су по основу суптилних анализа кривично - правних појмова. Таквих случајева је прегршт. Види о томе: Сигварт, наведено дело.

³⁸ Упореди везу теоријске и примењене логике на право и математику у *Principia mathematica*, Расел и Вајтхед. Наведено по Б. Шешић, Основи логике, Београд, 1976. Упореди и М.Бертолино, Дијалектика и савремена математика, Београд, 1976.

³⁹ Упореди о наведеном: Б. Шешић, Теорија разграничења логике, математике и дијалектике, Београд, 1998. као и Б. Андраш примедбе о идеализирајућој апстракцији, Дијалектика, Београд, 1978.

⁴⁰ Ова одредба произилази из херменеутичке интерпретације Хегеловог разматрања филозофирања и експлицирања бића. Види: Наука логике (о почетку).

⁴¹ Упореди: М. Симић и С. Јарић, Теорија значења и тумачења права (као наведено). Нарочито упореди: Х. Г. Гадамер, Основи филозофске херменеутике, Сарајево, 1978.

⁴² Смисао уређивања хаоса појединачности инспирисан је Кантовим ставом из критике чистог ума. Упореди: Кант, Критика чистог ума, Београд, 1979. Међутим, овде дати смисао има само преносно значење Кантовог става јер се ради о условној умности самог система права по себи а не о пројектованој умности Кантовог априорног ума.

Из наведеног произилази да је систем права самостална стварност структурирања и систематизовања и да је резултат узајамног одношаја више и ниже апстрактности, односно надлежности и надлежности, поступка и поступка, те коначно материјализације и материјализације. Само је креативна садржајност подређеног акта дискрециона правна допуштеност произилазећа из логике хијерархије кроз модеран појам система права основ је теоријског промишљања. Резултат таквог теоријског промишљања даје нам нешто сасвим супротно и друго од појма система права. Управо то је појам правног система и то је мисаона продукција теоријског мислиоца, те резултат његових поимајућих напора и духовних напругнућа. У даљем тексту управо ће се то и размотрити.

2. ПОЈАМ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Систем права, који смо у основним поставкама окарактерисали као структурално јединство правних аката и правних норми важећег права, правна је ствар. Правни систем, међутим, продукт је интелектуалне имажинације теоретичара правне стварности. У том смислу је правни систем духовна творевина научног карактера⁴³.

Систем права не садржи ништа више од правних аката и правних норми и њихов узајамни однос надређености и подређености. Правни систем као резултат научне спознаје не садржи норме и акте, него садржи појмове и судове спознаваоца система права, односно, правне стварности. Дакле, систем права је појмовна хијерархија научно - спознатог система права по себи⁴⁴.

Правни систем као научни систем је појмовна структура продуктована менталном духовном продукцијом⁴⁵. То је наука која на нижем нивоу спознаје описује, а на вишем спознајном нивоу експлицира идејне принципе системске карактеристике правне стварности⁴⁶. Зато је истинити смисао у равни теоријско - правног промишљања, експлицирање појма правног система као научног проблема фундаменталне правне науке⁴⁷.

⁴³ У теоријско - правној мисли не постоји подела на систем права и правни систем у наведеном смислу. То долази услед слабог разграничења појма правне науке с једне и садржине правне науке с друге стране. Пошто је свака наука, па у том смислу и правна, духовна продукција, она може бити резултат спознаје субјективног спознаваоца. Упореди: Е. Касирер, *Филозофија симболичких облика*, Нови Сад, 1985.

⁴⁴ У овом ставу се утврђује каузална веза између предмета спознаје и средства спознаје. Ради се у ствари о основном односу логичке узрочности а не о некаквој узрочности природне науке. Упореди: Ruusel, *On the notion of cause*, London, 1912.

⁴⁵ Описани став јасно је образложен у сјајном делу Г. Рихта. Види: *Објашњење и разумевање*, Београд, 1975. као и на специфичан начин у логичко - филозофском трактату. Види: Л. Витгенштајн, *Логичко - филозофски трактат*, Београд, 1921.

⁴⁶ Смисао разлике нивоа научне спознаје детаљно објашњава Ернест Неигел. Због тога упореди његова објашњења у делу *Структура науке, проблеми логике научног објашњења*, Београд, 1974.

⁴⁷ Овакав закључак произилази из горњих поставки о појму предмета науке и субјективно - системском појму садржине науке. То на имплицирани начин потврђују и наши класици правно - теоријске мисли: Тасић и Лукић. Види: *Увод у правне науке*, као наведено и *Методологију права*, као

Схватање појма правног система свакако да задира у кључне димензије научног принципа и смисла правне науке и као такво, не може припадати компетенцијама вишег или нижег правно-научног знања⁴⁸. Јер, проблем појма правног система, имплицира логичко, гносеолошко, епистемиолошко и семантичко поље спознаје људског, односно, правно - научног сазнања⁴⁹.

Апстрактно узевши, горе дефинисани појам правног система исто је што и појам апстрактне правне науке⁵⁰. Овакав закључак произилази из појма науке и појма система. Утолико што је наука појмовни систем а систем појмовна хијерархија, логично је закључити да је системска структура правне науке исто што и појам правног система у научном смислу⁵¹.

Ако се има у виду да појам апстрактне правне науке за садржину има универзалну нормативно - функционалну везу требаног везивања, тј. Одређивања, с једне стране, и појмовно хијерархијску везу појмова садржаних у нормативно - функционалној вези, с друге стране, онда је разумљиво апстрактни појам правног система поделити на два кључна модела⁵²:

- а) Појам правног система у нормативном смислу⁵³,
- б) Појам правног система у појмовно-правном смислу⁵⁴.

наведено. Наравно, наведени смисао код Томе Живановића долази до специфичног израза. Његова Синтетичка правна филозофија у оба аспекта сазнања је синтеза појмовних и апстрактних струкура различитог нивоа принципа и идејних закона.

⁴⁸ Овде се мисли на ниво најапстрактнијег модела појма правног система универзалне релеванције. Разумљиво је да виши и нижи облик правног система у себи садржи примењену принципјелност највишег теоријског сазнања. Упореди: Р. Лукић, Појам теорије права (као наведено) и Милијан Поповић, Елементи теорије права (као наведено).

⁴⁹ Да је то тако на индиректан начин тврде најзначајнији правно - теоријски мислиоци; почев од Јелинека па преко Биндера и Келзена до Лукића, тј. сви прави и аутентични теоријски мислиоци. С друге стране и чињеница да је проблем појма правног система разматран у врло симплицираном облику показује управо нужну свеобухватну интелектуалну моћ дедуктивно аналитичког поимања и конструисања једне овако сложене спознаје. Упореди, Лукић, Увод у право, део о систему права, као наведено. Ова чудна одредба смислена је утолико што се смисао универзалности појма правног система у нормативном смислу поклапа са садржином основних принципа садржаних у теоријској правној науци највишег степена апстрактности. Такав закључак не изводи Келзан, али из његових експликација појма правне науке може се имплицирати. С друге стране, код Томе Живановића и особито Лукића, таква одредба је код првог подразумевана а код другог, уколико се појмовно схвати, више него прецизно исказана. Упореди њихова наведена дела у овом аспекту.

⁵⁰ Упореди: Никлас Луман, Теорија система, Љубљана, 1989 а такође и Светлана Књазев, О сазнању, сазнање и његови облици, Београд, 1958. Нарочито упореди: Положај Кривичног права у систему наука Томе Живановића, Београд, 1937. Правосуђе, свеска број 9-10.

⁵¹ Овај став је разумљив уколико се смисао предметности правне науке схвата двојачко: нормативно и појмовно.

⁵² Па би то био појам правног система који логички произилази из дескриптивно-експликативног поимања нормно - функционалне хијерархије у модификованом Келзеновом (и Лукићевом) смислу. Упореди нашу критику смисла нормативности правне науке на ниже показаном месту.

⁵³ То би био онај правни систем који крајње јасно разликује смисао појмовног карактера правне науке од нормативног карактера правне науке. Односно онај систем који почев од тзв. појмовне јуриспруденције па до Живановићевих суптилних одређења предмета правне науке у појмовном смислу неоправдано губи на значају у теоријско - правним разматрањима предметности и појмовности правне науке. Изузетно дубоку и прецизну одређеност оваквог смисла појмовности правне науке дају нам

Садржина апстрактне правне науке у аспекту система је дакле исто што и појам правног система у научном смислу. Али, с обзиром на двоструки карактер садржинског смисла апстрактне правне науке и двоструки смисао појма правног система, резултат је такве природне садржинске двострукости науке⁵⁵.

Постоји могућност да се смисао појма правног система одреди на још један начин. Како је познато да наука може бити предмет спознаје друге науке, тј, бити предмет науке, то и апстрактна правна наука може бити објект сазнања мета - науке или над - науке⁵⁶. Наравно, у питању је логика, с једне стране и методологија, с друге стране, тј. формална логика појма правног система и методолошка логика појма правног система⁵⁷. На овај начин поимљени смисао појма правног система даје нам Логика појма правног система и

б) Методологију појма правног система.

Наравно то важи за оба модалитета појма правног система, како за модалитет нормативног тако и за модалитет појмовног⁵⁸.

Ми не можемо залазити у мета-научне аспекте појма правног система тј. вршити логичку и методолошку експликацију апстрактне правне науке у аспекту појма правног система, јер то надилази и превазилази опсег наше расправе и карактер постављеног предмета експликације⁵⁹.

Можемо само нагласити следеће: формално - логичко мишљење, као правилно и истинито, нужно је за поимање појма правног система сходно законима формалне логике. Другим речима, поимати правни систем у научном смислу у кључној координати, значи, особито принципом довољног разлога⁶⁰, аргументовати

М.Симић и С.Јарић у делу: Терији тумачења и значења права и особито овај други у делу: Систем духовне правне науке (у делу о појмовном смислу правне науке).

⁵⁵ Овај силогистички закључак крајње природно произилази из системског карактера правне науке те појмовно - нормног смисла правног система. Утолико што је правни систем по садржини исто што и апстрактна правна наука а ова има двоструку појмовну садржину, логично је да имамао двоструки појам правног система: нормативни и појмовни. Упореди о томе: Вундт, наведено дело (део о подели наука према предмету спознаје).

⁵⁶ Чињеница да су изграђене науке које имају за предмет изучавања друге науке као такве упућује на овај став. Уколико је појам правног система научни проблем, тј. особена наука, утолико је умесно да буде изложена провери апстрактне над-науке, односно у овом случају своје над - науке. Упореди: Б. Петронијевић, Основи логике, као наведено.

⁵⁷ Дакле, универзалност поимања науке са чисто мисленог и садржајно -употпуњавајућег поступка и овде је признат. То је уосталом неспорно у теорији науке. Упореди Поперова и Неигелова наведена дела у овом аспекту и смисао над -науке Уводне правне науке у Јарићевом Систему.

⁵⁸ Овај став апликативан је са логичког аспекта. Инспирација, пак, дата нам је у бриљантним логичким разврставањима Томе Живановића. Упореди Лукићева и Поповићева разматрања логичког конструктивизма Томе Живановића у наведеним делима.

⁵⁹ Ова поставка нужна је ради прецизног разграничења предметног смисла експликације и ширих а релевантних домета њеног захватања. Може се, међутим, у ширем смислу и мета - научна проблематика појма правног система разматрати као још виши ниво апстрактног поимања појма правног система. У сваком случају, то правилази опсег једног магистарског истраживања.

⁶⁰ Још је Лајбниц утврдио да је принцип довољног разлога (што је и његов додатак Аристотеловом Органону) најзначајније оруђе доказивања и аргументације какве тврдње или негације. То доказују и такви великани као што су Шопенхауер и Петронијевић, који су за предмет дисертације узимали управо став разлога. Упореди: Б. Петронијевић, Став разлога, Сремски Карловци, 1987.

релацијске односе нормног или појмовног хијерархијског модела. Разуме се уз имлицирану примену закона идентитета и искључења трећег⁶¹.

Могуће је, да се методолошком логиком, у већој мери испуњава садржај поимања појма правног система у обема димензијама⁶². У крајњој линији методолошком логиком врши се и кабинетска и посве имагинативна конструкција прототипног и паралелног појма правног система према правилима анализе и синтезе, дедукције и индукције, класификације и дивизије и особито синтетичке генерализације⁶³. Појма, мета - науке дају могућност конструкције особитог научног модела предметног типа: као Логику науке појма правног система и Методологију науке појма правног система. Систематичније одређено, Логику науке појма правног система у нормативном и појмовном смислу⁶⁴, те Методологију науке појма правног система у нормативном и појмовном смислу⁶⁵.

Оно што је наведено за појам апстрактне правне науке, тј. појам правног система у двоструком смислу, важи за све нивое правних наука⁶⁶. У наведеном смислу могу се разликовати:

- а) Појам правног система вишег правно-научног знања⁶⁷,
- б) Појам правног система нижег правно - научног знања⁶⁸, односно
 - а-1 Више правне науке (правни систем више правне науке),
 - а-2 Ниже правне науке (специјалне) (правни систем ниже правне науке).

Може се претпоставити из горе наглашеног о појму апстрактне правне науке, те двоструке њене садржине у правно-системском смислу, да и правни систем више правне науке и правни систем ниже правне науке има системску структуру двоструког карактера: нормативну и појмовну⁶⁹.

⁶¹ Јер је став разлога креативна примена односа идентитета и искључења трећег тзв. *principi um individionis inderscinibilium* (Нови огледи о људском разуму и тзв. *omnis determinatio negati est*, види Спиноза, Етика, као наведено).

⁶² Смисао методолошке логике је управо у начину испуњавања формалног мишљења у законитим релацијама. Упореди: Петронијевић, Основи логике (о смислу методолошке логике).

⁶³ Исто, упореди Петронијевићева разјашњења Методолошке логике (аспект: врсте метода). Упореди, ради сазнања, Живановићева схватања Методолошке логике, која се унеколико разликују од традиционалних у наведеном делу.

⁶⁴ Наведена одредба коинцидира логичким разврставањима и двострукости логике и двострукости правне науке. Дата је само проблемски и у логичком систему доследности.

⁶⁵ Дакле, што важи за Логику у ужем смислу важи и за Методологију у ужем смислу. Другим речима и она се конзеквентно поставља као мета - наука у обема димензијама.

⁶⁶ Што је потпуно разумљиво. Нарочито када се смисао науке с једне и смисао Методологије с друге стране, схвата у различитом нивоу апстрактности. Ту поставку дао је и Аристотел у Органону.

⁶⁷ Први ниво класификације је крајње апстрактан. Други ниво, а овај се има у овом ставу у виду, је примена апстрактног знања на виши ниво правне науке, али је варијација на исту тему.

⁶⁸ Што произилази из претходног става, а разлика је тек у степену апстрактност тј. испуњеног садржаја знања. Отуд и илузије да нижи нивои апстрактности због своје наводне конкретности садрже вишу спознају. То је, међутим, крајња обмана сваке специјалне правно - научне спознаје. Она је наиме, могућа тек као примена највиших нивоа теоријских знања о појму правног система у овом случају. Упореди о томе: Хегелову Науку логике.

⁶⁹ Одредба прати мисаони ток раније извршене фундаменталне поделе. Она је само апликација горе постављене аксиомске поделе садржина апстрактне правне науке односно модалитета апстрактног појма правног система.

Најзад, конзеквентно метанаучности апстрактне правне науке, тј. система правних система у овој и виша и најнижа правна наука може имати (и мора) своју спознају. То јест бити предмет науке као наука. Бити Логика и Методологија и више и ниже правне науке у оба аспекта предметности спознаје. Односно, правни систем у оквиру ових наука, бити објект сазнања Логике и Методологије и у нормативном и у појмовном аспекту⁷⁰.

Није тешко закључити да овакво поимање природе и карактера појма правног система у теоријској правној мисли готово и није замишљен⁷¹. Још је несумњивије да то особито вреди за правно - системску структуру вишег и нижег правно-научног знања. Но, смисао теоретског промишљања управо је у изналажењу оптималних варијанти системских структура и у имажинационим варијететима⁷².

2.1. Појам правног система у нормативном смислу

Горе утврђен појам правног система у подваријанти нормативно-функционалног система требања, је несумњиво најближи нивоу реалности правног феномена. Интересантно је да Келзен, смисао нормативне теорије права, гради управо на чињеници дескрипције функционално - нормне везе у ствавовима правне науке⁷³. Келзен, међутим, не увиђајући смисао експликативног карактера правне науке, сматра да је опис правних функционалних веза норми исто што и правна наука. Другим речима, разликујући правну науку од права, правну науку своди на нормативну науку⁷⁴. Међутим, управо појам правног система, који је уствари правна наука произашла из нормативно функционалне хијерархије, упућује на фундаменталну разлику онога што се описује (систем права – функционално - нормна веза) од онога што је описано (правни систем – појмовно - научни смисао функционално - нормне везе)⁷⁵.

⁷⁰ То је истовестан мета - научни приступ као код највишег теоријског приступа. Наравно, сугестија и упут тзв. специјалиста правне науке. Управо оваква доследност нужна је у истинитом научном грађењу системских структура тзв. нижих нивоа правних наука. На жалост, она се не само да занемарује него изгледа и не поседује свест о њеној нужности код научника позитивистичке правне оријентације. Међутим, може утврдити површном али суптилном анализом врхунских дела правно-теоријске мисли. Па чак и код великана типа Штамплера, Јеринга, Петражицког, Келзена, Лукића итд. Упореди њихова наведена дела у наведеном аспекту, тј. теорији појма правног система.

⁷² Одговорност за експликацију суптилног смисла појма правног система лежи на правним мислиоцима. Њу не треба тражити код емпиристички настројених научника позитивистичке оријентације. Опсег њихових спознаја је коментаторски а духовна апликација сведена на ниво разума. Одговорност али и привилегија умног промишљања правне науке дата је тек истинитим теоријским мислиоцима. На жалост, у разматрању појма правног система ни они се нису особито прославили.

⁷³ Келзенова разјашњења разлике правно - важеће норме и правно - научног става тј. логичког суда научника спознавоца експлицитна су. Види, Чисту теорију, део о правној норми и правном ставу.

⁷⁴ Чуди, међутим, Келзенова нејасна свест о немогућности нормативног појма правне науке. Да је у питању ствари немогућност нормативног појма науке уопште, Келзен изгледа није увидео. Но ту Келзенову збрку изгледа су инспирисали његови учитељи: Вундт, Винделбанд, Наторп и Јелинек. Види критику нормативног појма правне науке у Систему духовне правне науке.

⁷⁵ Управо то Келзен није увидео, тј. разлику између предмета спознаје и карактера спознатог. Он, наиме, мисли да је и предмет спознаје нормативност. Предмет спознаје је, међутим, увек у свету онога што јесте тј. појмовност у експликативном смислу. Келзенова илузија, дакле, последица је његовог

Појам правног система у нормативном смислу најбољи је доказ универзалистичког и теоријско - апстрактног карактера функционално - нормне везе по шеми нормне заповести⁷⁶. То није, како мисли Келзен (и Лукић), дескрипција важећег права у хипотетичким ставовима (јер не би досезала ниво теоријско - правне науке)⁷⁷, нити логичко - нормна систематизација правних аката у функцији сређивања правног материјала (макар их схватили појмовно)⁷⁸. Смисао појма правног система у нормативном смислу је у проналажењу законитих, логичких веза нормне хијерархије, важећих за најапстрактнију нормну функционалну релацију⁷⁹. Другим речима, смисао правног система у наведеном аспектима је у изналажењу принципа и идејних постулата нужних за конструкцију универзалистичке апстрактне правне науке, односно, апстрактног појма правног система⁸⁰. Такав појам правног система продукт је правничке имагинације, а у емпиристичком смислу може га испровоцирати поимање истоветности и различитости у свим системима права који су важили, који важе и који ће важити⁸¹. То би била индуктивна основа најапстрактнијих принципа конструисаних принципима синтетичке генерализације, али тек релевантна основа⁸².

Генерално, међутим, узевши, појам правног система у нормативном смислу, пре би могао бити продукovan априорном умном функцијом која би садржала природну способност разграничења истоветног, различитог и синтетичког⁸³. То би

епистемиолошки погрешног става. Упореди: О експликативном смислу правне науке и појму науке, Тома Живановић (као наведено) и Љубомир Тадић, Филозофско - правне основе правне теорије Ханса Келзена, Сарајево, 1962.

⁷⁶ Келзен мисли да је смисао теорије у дескрипцији правно - функционалне везе правно - важећих норми. То, међутим, није смисао универзалне правне теорије. Смисао универзалне правне теорије дат је у горњем ставу. Но скромност Келзенове поставке управо се универзалистички може и мора поимати. Мислимо да је и Келзен то имао у виду. Уствари, услед тога што појам права своди на појам важећег права у нормно - функционалном аспектима требања, Келзен и поставља универзалну теорију. Упореди: Келзенова наведена дела.

⁷⁷ Овај став је конзеквентан горњем. Било би заиста чудно да теоретичари таквог формата постављају теоријске премисе тако скромних размера. Зато су њихове теорије универзалистичке и свевремене релеванције. Уосталом космополитизам Келзенове теорије и доминантност Лукићеве на релевантном простору то понајбоље показују. Они су корифеји на просторима свог теоријског деловања. Из Келзенових (и Лукићевих) разматрања произишло би да је посао теоријског мислиоца појма правног система да систематизује правно-важеће право. То би, међутим, било ефемерно духу таквога мислиоца. Посао је у ствари поставити аксиоме и универзалне принципе таквога сређивања. Упореди њихова дела у наведеном смислу.

⁷⁹ Овде је дата теоријска дефиниција појма правног система у нормативном смислу, апстрактна у оној мери у којој је нужна у равни истините теоријске мисли. Но она је инспирисана управо Келзеновим поставка

⁸⁰ У овом ставу је само поновљена и може бити јасније прецизирана горња одредба.

⁸¹ То је уосталом карактеристика сваког теоријског постулата. Он не сме бити крајње имагинативан јер би био спекулативан а мора превазићи ниво синтетичког генералисања и као такав продукovati сазнајни постулат који се није садржао у чисто логичким одношajима. Упореди о томе Логички проблем индукције код Хјума у наведеном делу и код Станише Новаковића у делу: О проблемима разграничења науке и метафизике у савременој емпиристичкој филозофији.

⁸² Смисао овог става прати мисаони ток претходног одређења. У крајњој линији он је логичка последица природе логичког емпиризма. Упореди: Витгенштајн, Филозофска истраживања, Београд, 1969. ⁸³ Уместо је претпоставити да се продукција имагинативних теоријских модела налази у априорној форми макар била потенцијалност спознаје. То нарочито с тога што индукција не може доћи

одговарало оним експликацијама појма права коју су са мање-више успеха вршили неокантовци⁸⁴.

Али, у аспекту несумњиве предметности спознаје релевантнији је индуктивни метод генерализације спроведен на систему права као објективној основи генерализовања.

Из изложеног је очигледно да појам правног система у нормативном смислу као аутентично теоријско питање није једноставно размотрити и да оно улази у ред најсложенијих правно-теоријских питања, како логичких тако и епистемиолошких⁸⁵. То не може правдати великане правне мисли што су запоставили овако дубоко питање, али може упутити на разлоге који су утицали на занемаривање или неаутентично, неадекватно или непотпуно промишљање⁸⁶.

Разматрање појма правног система имплицира разматрање појма науке, појма логики, појма гносеологије, појма методологије итд. Осим тога адекватну теоријску апликацију фундаменталних научно - сазнајних принципа спознаје на терену апстрактног теоријско - правног промишљања⁸⁷.

Према нама, појам правног система у нормативном смислу је наша замисао логички нужне и универзално коегзистентне нормативне хијерархије у систему права. Ова поставка је априорна, а у индуктивном смислу произилазећа из спознаје истоветних принципа релационих односа ступњевитог и систематског хијерархијског модела норми. Тако да је правни систем у нормативном смислу скуп наших судова и закључака о односу надређеност и подређености норми и аката⁸⁸. Ради се, дакле, о експликативном научном смислу спознате самостваралачке суштине и принципијелности нормативно - правне структуре као и о неумитној логици

до појмова који су после празног садржаја. Упореди о томе: Расел, Људско знање, Београд, 1961. и Милош Илић, Логичке основе теорије вероватноће, Београд, 1962.

⁸⁴ То особито вреди за Шомла, мање за Штамлера, Биндера и Дел Векија. У његовом Јуристичком учењу о науци основни правни принципи нужни за свако право готово да су до краја априорни, код осталих неокантоваца они су у јачој мери индуктивни (што признају и сами теоретичари ове провинијенције). Упреди: Боровој Мартинац, Право у нормативној доктрини Феликса Шомла, Београд, 1928. ⁸⁵ Наведена поставка је већ размотрена. Али да задире у сазнајни и логички проблем највишег нивоа може се размотрити тек најсуптилнијим размишљањима ове проблематике. Непремостиве тешкоће у разматрању у мучном напору смо превазилазили и по нашем мишљењу ретко успешно.

⁸⁶ Али је у сваком случају жалосно да најснажнији духови ове специфичне науке нису превазилазили каткад непремостиве бедеме овакве антиномичне и дубокомислене апоретике.

⁸⁷ Што ће рећи да овај проблем превазилази ниво правног разматрања односно да представља гносеолошки, логички и методолошки проблем који ми можемо евентуално фиксирати и у највећој мери у позитивном и аутентичном смислу решити. Наравно, задовољни смо уколико смо поставили правилну контраверзу и упутили на правац могућих разматрања.

⁸⁸ Управо је то смисао експликације система права у умном аспекту. Чини се да је Лукић имао у виду овакав смисао појма правног система у нормативном смислу, али да је акцептирао техничку димензију овакве теоријске принципијелне поставке. У сваком случају, умесно је претпоставити да је овај неупоредиви теоријски дух, техницизирао апстрактни проблем услед спознаје нивоа тумача његове мисли а не услед срозавања теоријског опсега и мислилачке висине оваквог аутентичног научног проблема.

хијерархије нормативно-функционалне везе изражене у ставовима теоријског мислиоца⁸⁹.

У том је смислу појам правног система у нормативном аспекту по садржини исто што и скуп појмова, судова и закључака о универзалном, структуралном, нормно - каузалном систему требања по основу парадигме и шеме нормативне хијерархије⁹⁰. Такав закључак је експликациони модел појма правног система у нормативном смислу и апликативан за све варијетете нормативног појма правног система од апстрактнијег до најнижег⁹¹.

2.2. Појам правног система у појмовном смислу

Да би се у потпуности разумео карактер апстрактног појма правног система мора се размотрити још преостали модел научног појма правног система. То не само да је логичка врста генусног појма појма правног система него је то највиши ниво научности појма правног система⁹².

Треба, међутим, унапред констатовати : није то некакав другачији и имажинативнији појам правног система изван система функционално повезаних правних норми⁹³. То је, уствари, та иста универзалистичка функционална веза логички нужног требаног везивања норми интерпретирана у другачијам аспект. Пошто је у питању експлицирање појмова садржаних у функционално - нормној релацији, то се нужно такав аспект поимања назива научни правни систем у појмовном смислу⁹⁴. Другим речима, пошто ову универзалну повезаност норми мислимо и поимамо кроз правне појмове у аспект апстрактних логичких веза, судним и закључујућим ставовима формално - логичког и методолошког закључивања, акцентујемо правно - појмовну систематичност нормно - функционалне релације⁹⁵.

⁸⁹ Логика хијерархије јасна је када се право поима на правни начин. Но теоријски аналитичар мора упутити на смисао и разложност неумитне нормативне функционалне везе по шеми нормног одређења у универзалном смислу. О томе упореди: Чисту теорију права али и у једном другом аспект психолошку теорију Лава Петражицког у наведеном делу.

⁹⁰ У овом ставу је дат смисао научности појма правног система ради презизног и јасног разликовања од ниже утврђеног смисла систематике у самом важећем праву. Овде је у питању правна наука а ниже је било у питању право по себи.

⁹¹ Најзад, овде се утврђује апстрактност појма правног система у његовом апликативном смислу, тј. примени на ниже нивое правно-научног појма правног система. Али и примарност апстрактног одређења у односу на апликационе моделе нижег степена апстрактности.

⁹² Ова одредба је дата с обзиром на карактер тзв. појмовне јуриспруденције у вишем смислу. Упореди Јерингова разматрања у овом аспект: Циљ у праву, Подгорица, 2000. На жалост, Јеринг је извршио заокрет у ван - правним експликацијама правног феномена.

⁹³ Смисао појма правног система у појмовном смислу не треба схватати изван нормно - функционалне везе тј. појма правног система у нормативном смислу. Ради се о изграђивању појма правног система по основу појмова садржаних у нормама које чине нормно - функционалну релацију. Али појмовни систем мора пратити и везу појмова преко нормне везе. То је, на жалост, превидео Келзен, а Лукић није потанко експлицирао иако се тако што у његовим анализама садржи. Упореди наведена дела. ⁹⁴ Наведени став директно произилази из претходног. То је логичан закључак који произилази из ваљаног поимања односа норми и појмова као и појма нормно - функционалне везе.

Јасно је, дакле, да је и овај аспект експлицирања, макар у даљој вези, логички коегзистентан појму система права по себи, макар степен његове везаности био удаљенији од онога који се налази или наслућује у појму правног система у нормативном смислу⁹⁶. Аналошки појмљено, појам правног система у појмовном смислу у односу на појам правног система у нормативном смислу одговарају односу мета -науке и науке⁹⁷, те због тога у истој оној мери у којој је мета - наука чисто мислена у односу на науку коју спознаје у тој је мери и појам правног система у појмовном смислу мисаоно дубљи и научно дигнитетнији од појма правног система у нормативном смислу⁹⁸.

Из тога произилази да се појам правног система у појмовном смислу може схватити двојако:

а) као субјективна ментална кабинетска конструкција појма правног система у појмовном смислу по себи⁹⁹,

б) као особита и специфична експликација појма правног система у нормативном смислу у аспекту логичке аксиоматике, кохеренције и конзеквентног слеђења¹⁰⁰.

Први смисао појма правног система уистину је крајње хипотетичка имагинативна конструкција креативне мислилачке имагинације те као таква, мање или више проблематична у аспекту примене на нивое нижег степена појма правног система у нормативном смислу или појма правног система у појмовном смислу у димензији под б)¹⁰¹.

Други смисао појма правног система није хипотетичка имагинативна конструкција, него је специфична интерпретација нормне везе изражена у појмовном и систематском смислу. Она, уствари, није ништа друго него појмовна

⁹⁵ Овај смисао заобилазе правни теоретичари. То је разумљиво са аспекта права и његове функције. Али није разумљиво са аспекта правне науке. Разуме се, логичке тешкоће највишег степена правни теоретичари заобилазе и услед заобилажења замршених логичких правилности. Упореди о овоме: Тома Живановић, Систем Синтетичке правне филозофије.

⁹⁶ Због тога се не увиђа правни смисао појмовног карактера правне науке и појма правног система у овом аспекту него се претпоставља да се ради о чисто логичким и кабинетским духовним вежбама спекулативне нарави. Није, међутим, тако. Овде је у питању правни вид нужно произилазећи из појмовног смисла предметности правне науке. Критика и неразумевање долази управо услед неразумевања појма науке и појма предметности правне науке.

⁹⁷ Оваква релација дата је у преносном смислу. У правом смислу појмовни и нормативни смисао правне науке је много ближи и у логичком аспекту те у односу више и ниже апстрактности.

⁹⁸ Наравно, примарност појмовног смисла произилази из апстрактности. Али примарност нормативног смисла долази из природе правне егзистенције. Отуд је смисао примарности и секундарности амбивалентан и променљив. У сваком случају потпуна правна наука имплицира оба модела⁹⁹. Овакав смисао појмовности правног система заиста је експериментално спекулативан. Али из тога не произилази да се смисао појмовности правног система треба игнорисати и критиковати.

¹⁰⁰ Управо други модел показује смисао правно - релевантног појмовног правног система. Он садржи управо критику првог модела у аспекту правне релеванције. Он је у ствари систематичан правно - научни модел. Упореди: Т. Живановић у наведеном делу.

¹⁰¹ Неприменљивост првог модела ипак не треба апсолутизовати. Али је проблем примене у разумској свести примењивача и експликатора нижег нивоа правног знања. Упореди о томе Неигелову наведену расправу.

обрада или синтетичка и дедуктивно индуктивна анализа законите нормно - функционалне везе¹⁰². Овај други смисао опет се може схватити двојако:

а) у аспекту појмовне хијерархије садржане у појму правног система у нормативном смислу¹⁰³,

б) у аспекту логичких карактеристика појма правног система у нормативном смислу¹⁰⁴,

Први опсег разматрања компатибилан је нормно - релационој вези у аспекту надређености и подређености у универзалном смислу, уз појмовну акцентацију¹⁰⁵.

Други опсег разматрања је, у ствари, логичка обрада појмова у чисто логичким релацијама по правилима формалне логике и у овом аспекту са становишта појма правног система као правног проблема у извесном смислу излишна и ирелевантна правно - научном појму система права¹⁰⁶.

Мање апстрактно одређено одређење појма правног система у појмовном смислу, могуће је и нужно само уколико се схвата истинити смисао предмета правне науке, појма правне науке и садржине правне науке¹⁰⁷. Овакво поимање појма правног система, није могуће уколико се не разбиструје разлика између неколико дистинкција.

Прво, мора се разликовати правни материјал односно правни пропис од појма правног појма. Ову разлику никад не схватају теоретичари социолошке, реалистичке и интегралне правне школе. На жалост такво бркање је и код блиставих нормативиста. У крајњој линији ова разлика присутна је код теоретичара тзв. појмовне јуриспруденције¹⁰⁸.

Друго, мора се суптилно разликовати појам правне норме као нормативне заповести од појма правне норме као појма. Ову пак разлику не разбиструју чак ни теоретичари појмовне јуриспруденције¹⁰⁹. Али је слабо разбиструју и теоретичари

¹⁰² На жалост, такав смисао појма правног система не садржи се нити код Томе Живановића нити код Келзена. По логици ствари њихове експликације усмерене су у правцу овакве интерпретације. Код Лукића, пак, обе димензије постоје али их он не синтетизује или не на експлицитан начин. Упореди наведена дела.

¹⁰³ Овај аспект је разумљив када се наука поима у појмовном смислу али у акценту на нормну релацију, а до става смо дошли по основу дилтајевског промишљања Келзенових и Томиних експликација. Упореди Дилтајево наведено дело.

¹⁰⁴ Овај други аспект произилази из формално - логичког промишљања нормно - функционалне релације, а инспирисао нас је синтетички поступак конструкције Томе Живановића.

¹⁰⁵ Овај аспект логично произилази из коезистентне везе нормативног и појмовног смисла појма правног система.

¹⁰⁶ Ова друга димензија превазилази ниво горње компатибилности и прелази у опсег чисто логичке проблематике. Упореди наведено дело Б. Шеша: О односу дијалектика, логике и математике.

¹⁰⁷ То је нарочито јасно изложено у Систему диховне правне науке. Упореди управо ове релације. Нас је умногоме инспирисала та логичка подробност ових разграничења.

¹⁰⁸ Али теоретичари појмовне јуриспруденције не схватају смисао појмовности нормативно - функционалне везе, те појам правне норме. Супротан нормној природи заповести. Отуд је њихова појмовна јуриспруденција изван нормно - функционалне релације тј. у чисто логичкој сфери. Упореди Јерингово дело али и врхунац овог приступа код Томе Живановића.

¹⁰⁹ Већ наведено у претходном ставу лако је доказати превагом логицизма над логичким нормативизмом код ових теоретичара. Упореди као у претходном ставу.

нормативне оријентације услед слабог уочавања јединог смисла науке, експликативног¹¹⁰.

Треће, мора се прецизно разликовати нормативно - функционална релација као нормативна појава од појма нормативно-функционалне релације. Први смисао припада свету права по себи, други је истоветан са појмом правног система у појмовном смислу. Ово се пак генерално слабо разбиструје¹¹¹.

Коначно, смисао појма правног система у појмовном смислу и не треба другачије мислити осим у аспекту појмовне хијерархије појмова садржаних у функционално правној релацији важећег права. Из универзалног односа по шеми нормно - логичког требања изводи се потпуна појмовна хијерархија правног система у појмовном смислу. Она мора конзеквентно пратити мисаоно ток и умну везу експлицирану и садржану у појму правног система у нормативном смислу и посве доследно утврдити сопствени појмовни систем¹¹².

У наведеном приступу уместо је разликовати следеће варијанте појма правног система у појмовном смислу:

- а) појам правног система у појмовном смислу за све право.
- б) појам правног система у појмовном смислу за правну област.
- в) појам правног система у појмовном смислу за правну грану .

Јасно је из експликације појма правног система да:

а-1 први систем одговара појму апстрактне правне науке у појмовном смислу.

б-1 други систем одговара појму више правне науке у појмовном смислу .

в-1 трећи систем одговара појму ниже (специјалне) правне науке у појмовном смислу.

Са становишта правне науке, пример првог нивоа је Теорија правне науке, пример другог нивоа су Приватно-правне науке, пример трећег нивоа је Облигационо-правна наука.

У садржинском смислу пак, први ниво је појмовна структура нормно - функционалне везе права у целини, други ниво је појмовна структура нормно - функционалне везе приватно-правних појмова (и норми), трећи ниво је појмовна структура Облигационо - правне нормно - функционалне везе Облигационо - правних појмова.

Изложено представља пример појмовне и садржинске структуре појма правног система у појмовном смислу а уз импликацију логички нужне, нормно - функционалне везе, по шеми нормно - функционалног требања.

¹¹⁰ Нормативисти брају појам предмета науке и појам науке. Отуда нормативне науке као правну, логику, математику, етику не умеју схватити експликативно. Та илузија почиње од Вундта и Винделбанда. Упореди наведена дела.

¹¹¹ Овде се мисли на разлику предмета правне науке и садржине правне науке. Прецизно разјашњење ових разлика види у Систему духовне правне науке.

¹¹² У овом ставу се утврђује смисао логичке везаности појма правног система у нормативном смислу и појма правног система у појмовном смислу. Уосталом, сва горња разјашњења ишла су за тим да се постави и утврди кохерентна веза модалитета у оквиру једног јединственог апстрактног појма правног система који је уосталом генусни и предикаментни основ којим се истоветно могу мислити и компарирати два модела истоветне супстанције садржане у генусу. Упореди о томе Аристотелов Органон.

Отуд је појам правног система у појмовном смислу истовремено и појмовна структура и садржина правне науке, јер му је садржина нормно-функционална веза у нормативном и појмовном смислу.

Овим је извршен апстрактан увид и рационалан преглед у појам правног система и појам система права.

Sava Aksić
Assistant of the School of Law in Priština

DEFINITION OF THE LEGAL SYSTEM

Abstract

Legal system is composed of notions and conclusions on the inner logic of hierarchy of normative-functional relations, and explications of notions of the functional-normative relations. Therefore, legal system has normative meaning (comprising notions and conclusions on the logic of normative-functional relations) as well as its basic meaning in accordance with its definition (explication of definitions belonging to the functional-normative relations). Comparing to the former, the latter requires more thoughtful analysis.

Legal system is equal to abstract legal science.

As opposed to the legal system, system of law is the functional-normative hierarchy of positive law. This is the functional meaning of the law in force. This is the applicable law in force.

System of law is the basis of the legal system. Legal system is built on the system of law.

System of law is the subject-matter of the abstract legal science.

Драгана Ђорић, асистент- приправник
Правног факултета у Новом Саду

ИМОВИНСКИ ОДНОСИ БРАЧНИХ ДРУГОВА ПРЕМА ПОРОДИЧНОМ КОДЕКСУ РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ ИЗ 1995.ГОДИНЕ

Сажетак: *Породични кодекс Руске Федерације из 1995.године је увођењем брачног уговораи уговорног имовинског режима дао могућност брачним друговима да своје имовинске односе у браку (и после развода), уреде другачије него што је предвиђено у закону(посебно приликом одређивања категорије својине, њене поделе у току брака), а проширен је корпус права којима могу овим путем располагати.*

Кључне речи: Породични кодекс Руске Федерације, брачни уговор, уговорни имовински режим, већа могућност располагања имовинским и другим правима брачних другова

1. Уводне напомене

Нови Породични кодекс Руске Федерације усвојен је на седници Државне Думе, одржаној 08.12.1995. године¹. Исти је ступио на снагу 01.03.1996.године и почео се примењивати на целој територији федерације.

Будући да је донет на савезном нивоу, успоставио је супремацију над нормама породичног права које важе у државама-чланицама Федерације. Такође, породични кодекс је у сагласности и са међународним уговорима из ове области, а који су након ратификације постали саставни део (унутрашњег) права. У првом реду то су: Општа декларација о правима човека (коју је донела Генерална скупштина ОУН 10.12.1948. године), и Европска конвенција о заштити права човека и основних

¹ У даљем тексту - ПК.

људских слобода (донета у Риму 04.11.1950. године), а обе ратификоване у априлу 1995. године.

Кодекс одликује веома изражена потреба за јачањем породице као основне ћелије савременог друштва, њене изградње на темељу узајамне љубави, уважавања и помоћи, као и одговорности свих њених чланова пред породицом узетом као целина.

По структури и садржају, разликује се од претходног Кодекса о браку и породици, из 1969 године. Но, основна начела породичног законодавства су и даље остала иста:

1. добровољност закључења брака, - пре "брачног савеза", између мушкарца и жене;

2. равноправност брачних другова у породичној заједници;

3. решавање унутарпородичних односа препушта се само брачним друговима и они то чине из узајамну сагласност. Први кораци у развоју личности чине се управо у породици. Ипак остављена је могућност, у случају дисфункционалности породице као заједнице и првобитног ауторитета, да се решења могу потражити и путем суда или уз помоћ органа за мирење супружника или сличног органа.

4. даје се приоритет породичном васпитању деце као и бризи о њиховом благостању и развоју;

5. из претходног начела изводи се и гаранција приоритетне заштите права и интереса малолетних чланова породице као и чланова породице који су неспособни за рад (чл.1. став 3. ПК).

Забрањено је било какво ограничавање права лица при ступању у брак и у самим породичним односима са позивом на расне, националне, верске, социјалне или језичке разлике. Постоји, ипак, могућност да се у циљу заштите морала, здравља, права и законских интереса чланова породице ограниче права лица која желе да закључе брак.² (чл.1 став 4.ПК) .

Кодекс даје гаранције грађанима за остваривање породичних права и интереса у новим социјално-економским условима. Но, форме и начини њиховог реализовања су претрпели суштинске промене. Присутна је повећана употреба уговорног начела у породичном праву те и самим тим примене норми из општег грађанског законодавства, ако исте нису у супротности са суштином породичних односа. У крајњем случају, при регулисању породичних односа, користиће се *аналогија закона* - са општим грађанским закоником, или *аналогија права* - са општим начелима породичног или грађанског права, као и принципи хуманости, разумности и праведности (чл.5 ПК) .

Слобода грађана да располажу својим правима је ипак ограничена условом-поштовањем закона, права, слобода и интереса како чланова породице, тако и других грађана. Иначе заштиту својих породичних права могу остварити у судском поступку или пред другим државним органима, признањем (постојања) права; захтевом да се успостави нарушено право или да се прекине дејство које исто

² У питању је забрана за закључење брака лицима која се налазе у одређеном степену сродства, малолетним лицима без дозволе родитеља или старатеља.

нарушава или представља опасност по то право; путем накнаде штете, исплате пенала и др.

Ипак, најзначајније промене су извршене у области регулисања имовинских односа брачних уговора и то путем увођења новог инструмента- брачног уговора

2. Законски режим имовинских односа

Законским режимом имовинских односа регулишу се имовински односи брачних другова поводом заједничке имовине, коју брачни другови стекну у току трајања брака. У закону се о њој говори као о "општој заједничкој својини", а чине је лични доходи брачних другова, примања остварена у предузетничкој делатности, као и резултати интелектуалног рада њихове пензије, као и друге накнаде под условом да их остварују у току трајања брака.

Заједничку имовину чине и "оне покретне и непокретне ствари које су брачни другови стекли у току брака а које могу бити предмет права својине грађана без обзира на то ко их је од њих двоје стекао (изузев ако уговором између њих није установљен другачији режим те имовине)".³

Узете су у обзир и промене у друштву настале услед преласка на тржишну привреду, те се заједничком имовином сматрају и хартије од вредности, акције, улози орочени у банци или другој кредитној организацији, као и било која друга имовина стечена у току брака (изузев поклона и наслеђа) без обзира на то ко ју је од брачних другова стекао.

Право на такву заједничку имовину има и онај брачни друг који је у току брака водио домаћинство, бринуо о деци или због других оправданих разлога није имао самосталних прихода те није и непосредно доприносио увећању заједничке имовине (чл.34 ПК). Посебно напомињање ове могућности је било потребно због ранијег другачијег регулисања овог права.

Наиме, разликују се два основна типа имовине брачних другова:

1. "добрачна имовина" - или посебна имовина, представља личну својину једног брачног друга, коју ју он стекао пре закључења брака; остаје његова искључива својина и након закључења брака.

Приметно је строго одвајање посебне имовине од од заједнички стечене имовине.⁴

2. имовина стечена у току брака

У току постојања совјетске државе, наилазимо на два различита решења:

а) *Кодекс закона РСФСР о актима везаним за грађанска стања, брачно, породично и старатељско право*, који је био донет 16.09.1918.године, установио је одвојеност имовина сваког брачног друга, чак и у погледу имовине стечене у току

³ Став је преузет из: "Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации 1961-1993, Правна библиотека, 1994, наведено у *Социальная защита*, выпуск бр. 5. стр. 127.

⁴ Супротно налазимо у Законику о породици и Старатељству Пољске, где се и законски даје могућност брачним друговима да целокупну посебну имовину укључе у заједничку.

брака. Чланом 105 овог Кодекса предвиђено је да "брак не ствара заједничку имовину брачних другова". Сматрало се да је овакав брачно-имовински режим у складу са основним начелима социјалистичког брака и морала.⁵ За циљ је имала јачање равноправности супружника у браку, емотивне и личне компоненте брака те и уклањање економских интереса приликом закључења брака.

Међутим, ова норма је имала управо супротан учинак.

Пракса је показала да је у великом броју случајева жена била оштећена страна - њена права и интереси су били озбиљно угрожени наведеним ставом законодавца. Будући да је углавном била заузета вођењем домаћинства и бригом о деци, није ни била у могућности да има сопствене приходе, а није ни имала право на део мужевљевих прихода. Тако у случају развода, жена је остајала без средстава за живот. Но, већ 1922 године, судови су почели признавати као општу - заједничку својину брачних другова а на имовини која је стечена у браку, без обзира ко је њен *de iure* сопственик, и на чије име је стечена. У супротном, сматрало би се да се муж "неосновано обогатио" а на основу чл. 399 Грађанског кодекса.

Став судске праксе је и законски потврђен у кодексу закона РСФСР о браку, породици и старатељству, донетом 19.11.1926 године⁶ и то у члану 10.

Значајно је споменути да је овим Кодексом, први пут извршено изједначавање ванбрачне заједнице са брачном. Пријављивање чињенице брака постављено је као факултативно што је имало ефеката и на имовинске односе супружника у тој заједници.

Насупрот наведеном ставу, 30-их година се јавља тенденција јачања државе и права. Од 1936 године, регулисање материје о браку и породици прелази у компетенцију савезне државе. Уредбом од 08.07.1944 године *de facto* је укинута и слобода развода будући да је суд требао да оцени да ли је предложени развод оправдан са становишта интереса породице и социјалистичког морала.

Непромењену ситуацију налазимо и у Кодексу закона РСФСР о браку и породици из 1969 године. Имовински односи брачних другова су регулисани у малом броју чланова (чл. 20-24), са неретким упућивањем на примену одредаба Грађанског кодекса.

Овакво решење је имало обавезујући карактер. Није постојала могућност да се законом установљени режими на било који начин измене. Нови Породични кодекс је тај недостатак уклонио увођењем уговорног режима имовинских односа брачних другова и института брачног уговора.

⁵ Брак је био схватан као заједница живота, не и заједница имовине.

⁶ Ступио на снагу 01.01.1927. године.

2.1. Управљање, коришћење и управљање заједничком имовином брачних другова

Реализација овлашћења за управљање, коришћење и управљање заједничком имовином врши се уз узајамну сагласност брачних другова, што налази и своју потврду у чл. 253. Грађанског кодекса Русије.

Претпоставка је да један брачни друг та овлашћења извршава уз прећутну сагласност другог брачног друга. Ова претпоставка је оборива те је могуће доказивати и супротно. Тако, чиница једног од супружника, везана за акт располагања заједничком имовином може и судским путем бити оглашена неважећом, ако би се доказало да је друга страна у таквом уговору деловала несавесно, тј. знала је или је морала знати да постоји изричито противљење другог брачног друга за закључење тог уговора. Овлашћења располагања и управљања имовином могу бити предмет брачног уговора али је забрањено брачним друговима да један другогме ограничавају права у оквиру тих овлашћења.

Ипак, таква ограничења се намећу као нужна, кад је у питању промет непокретности или ствари веће вредности (а које су стечене заједнички). У случају продаје наведених ствари или закључења неког другог уговора који подлеже јавнобележничкој овери, или такав уговор треба даље пријавити или предочити другим државним органима, брачни друг треба да има изричиту дозволу од другог брачног друга, за закључење или потписивање таквог акта. Дозвола треба да је дата у писменом облику и нотаријално оверена.⁷ Ако сагласности нема или није дата у захтеваном облику, други брачни друг може тражити оглашавање уговора неважећим по општим правилима из Грађанског кодекса, и то у року од 1 (једне) године од дана када је сазнао или је био дужан да сазна за закључење уговора

2.2. Подела заједничке имовине

Подела заједничке имовине се може вршити у различито време:

1. **у току брака**, чак и више пута, при чему делови тако подељене имовине улазе у посебне имовине сваког од брачних другова. Од тог момента, понова се наставља стицање заједничке имовине до евентуално нове поделе имовине у току брака или после развода. Могућа је чак подела целокупне заједничке имовине или само њеног дела. У другом случају, неподељена имовина не мења свој

Иначе, ~~статус~~ ⁸ подела кодекса из 1969 године, било је спорно питање треба ли дозволити брачним друговима да изврше порелу заједничке имовине у току брака. Тако су неки аутори сматрали да карактер заједничке имовине не дозвољава

⁷ Према: Инструкцији Министарског савета РСФСР из 1967 о правилима извршавања нотаријалних послова од стране извршних комитета, реонских, градских и сеоских савета депутата радника. Наведени акт се односи на закључивање уговора о продаји, размени и поклону породичне стамбене зграде или стана стеченог у браку кад су брачни другови заједно или индивидуално, једна од уговорних страна - *Социальная защита*, выпуск бр. 5, стр. 130.

⁸ У овом смислу налазимо и одредбе у кодексу Естонске Републике.

њену поделу у току брака, јер брак претпоставља заједницу живота и имовине. Поделом имовине једна од претпоставки више не постоји, те се не може сматрати и да брак постоји. Иако остаје заједница живота као, како је сматрају-битнија претпоставка, произлази да се брак исцрпљује (у садржинском смислу) само као лична веза између брачних другова. Будући да нису само у питању љубав и разумевање, већ да треба имати и извесну материјалну подлогу да ту везу одржава; сама подела имовине може деловати деструктивно на породичне односе, посебно кад су деца чланови породице.

Са друге стране, правна наука је изградила супротан став. Ограничавање права и времена деобе заједничке имовине је противно правилима грађанског права, где власник има овлашћење да располаже својом имовином у границама закона. Кодекс из 1969. године је први дао такву могућност брачним друговима, што је у Кодексу из 1995. само потврђено.

2. **после развода брака**, на захтев једног од брачних другова. Рок за подношење захтева застарева у преклузивном року од 3 (три) године од дана правоснажности пресуде којом је разведен брак.
3. **ако поверилац једног од брачних другова** види свој интерес у подели заједничке имовине а да би могао наплатити своје потраживање, може поднети одговарајући захтев у том смислу.

Такође, постоје и различити начини поделе имовине:

4. **у складу са законом**, што значи да сваком брачном другу следи половина заједничке имовине, ако није другачије договорено међу њима
5. **према њиховом споразуму**, који мора да буде у писаној форми и нотаријално оверен
6. у случају спора, одређивање делова и сама деоба се спроводе у **парничном поступку**, а према правилима садржаним у Грађанском кодексу и кодексу о браку и породици. Суд се овде може придржавати начела једнаких удела у имовини брачних другова, а може и одступити од ајогако је то у интересу малолетне деце. Суд може одредити да родитељ коме су деца после развода поверена на чување и васпитање добије већи део имовине, него што би му припао по закону, а у циљу обезбеђивања средстава за правилан развој деце;
 - b) ако један од брачних другова није остваривао приходе и з неког неприхватљивог разлога (нпр. пијанства, недоличног понашања и др.)
 - c) ако се један брачни друг понашао расипнички и није водио рачуна о интересима породице

У овим случајевима, суд може одредити да другом брачном другу припадне и целокупна заједничка имовина.

Ако нису испуњени наведени услови а део брачног друга прелази вредност њему иначе припадајућег дела имовине, суд га може обавезати да другом супружнику исплати одговарајућу новчану накнаду.

Од поделе се изузимају ствари које служе за подмиривање потреба малолетне деце (у закону се егземпларно наводе: дечја одећа и обућа, школски прибор, спортска опрема и сл.). Оне ће, евентуално тек после развода бити предате брачном

другу коме ће се деца поверити на чување и васпитање. Такође, изузимају се и штедни улози које су родитељи ставили или уписали на име деце, те се та имовина сматра имовином дце и не улази у финални обрачун заједничке имовине.

Заједничку имовину чине, поред активе, и пасива - тј. дугови (заједнички) брачних другова. Одговорни су за њихово измирење после деобе имовине пропорционално деловима заједничке имовине које су добили.

2.3. Посебна имовина брачних другова

Налазимо је и као "добрачну имовину", - тј. имовину која је стечена пре закључења брака. Сваки брачни друг је уноси у брачну заједницу као личну својину, чији је он једини титулар. У посебну имовину улази и имовина стечена у току брака по основу наслеђа поклона или другог бестеретног правног посла који је гласио само на једног од брачних другова.

Такође и ствари за личну употребу (одећа, обућа и др.) , изузев ствари веће вредности и драгоцености, чине посебну имовину иако су стечене у току брака, чак и на рачун средстава из заједничке имовине. Даље, улагање једног од њих које је повећало вредност заједничке имовине (генерална поправка, реконструкција, поновно опремање стамбеног простора и сл.), сматраће се посебном имовином брачног друга - улагача. У теорији се ова појава назива **трансформација посебне у заједничку имовину**. Иста не може бити схваћена као проширење заједничке имовине на рачун посебне, што би на крају могло довести и до фактичког укидања посебне имовине. Посебну имовину свакако чине и дугови учињени на рачун и за одржавање и управљање посебном имовином, за издржавање необезбеђених родитеља тог брачног друга или деце из претходног брака. Сви поменути дугови оптерећују искључиво посебну имовину једног брачног друга.

Сваки брачни друг слободно располаже овом имовином, што у потпуности одражава његову економску стабилност и независност.

3. Уговорни имовински режим

Као алтернатива законом утврђеном режиму уређивања имовинских односа брачних другова, уговорни начин регулисања тих односа се први пут појавио у Грађанском кодексу Руске Федерације. У члану 256. стоји: "имовина коју супружници стекну у току брака је њихова заједничка својина, *осим ако уговором између њих није установљен други режим имовинских односа*". До ступања на снагу новог ПК 1996. године, сви брачни уговори су били закључивани са позивом на чл. 256 ГК РФ. Овде је изостало детаљно уређивање питања везаних за начин и услове

⁹ У законик у о породици и старатељству Пољске управо је, путем уговора, могуће, проширити, ограничити или искључити заједничку имовину у корист посебне имовине (чл. 47) "Пребацивањем" целокупног фонда посебне имовине у заједничку (или обрнуто) у ствари се укида други вид имовине те се отвара и терен за разне злоупотребе.

закључења брачног уговора, а због посебних околности које прате такав уговор.¹⁰ Иначе се закључивао према општим правилима за закључивање уговора, предвиђеним у Грађанском кодексу.

Конкретизација је извршена у глави VIII, чл. 40 - 44 и чл. 46 и глави IX ПК из 1995.године.

3.1. Појам брачног уговора

Брачни уговор (*pacta nuptialis*) представља специфичан вид регулисања имовинских односа брачних другова, вид реализације овлашћења да свако лице може располагати својом имовином у границама закона. Можемо, дакле, посматрати брачне другове одвојено - где је свако титулар своје посебне имовине, и заједно - као чланове брачне заједнице где су, као такви, обоје титулари заједничке имовине.

У току развоја овог института, већи значај је брачним уговорима придаван у капиталистичким земљама које су прве због одговарајуће друштвено-политичке основе, прокламовале слободу регулисања имовинских односа. Земље социјалистичког уређења су више водиле рачуна онеким идеолошким сегментима, него о слободи уговарања режима који ће одговарати брачним друговима. Са продором тржишне привреде и западњачког капитализма, и оне су почеле овом инситуту придавати већи значај и одговарајуће место у правном систему.

Тако, нови ПК брачни уговор дефинише као "сагласну изјаву воља лица које ће ступити у брак или брачних другова, путем које се одређују имовинска права и обавезе супружника у браку и/или после развода."

Може бити закључен:

а) пре закључења брака, с тим што ступа на снагу моментом закључења брака. у ПК није прецизирано у ком року после склапања брачног уговора треба закључити брак, али се претпоставља да ће до брака доћи, а да би и сам уговор могао функционисати. Будући да је сам овај чин произвољан, не може се сматрати условом обавезним да се испуни да би до брака дошло.

Наравно, ако се брак не закључи, ни уговор не може ступити на снагу.

Насупрот горњем, у англо-америчком систему постоји могућност закључивања *вереничког уговора*. За процедуру настанка таквог уговора важе општа правила за закључење уговора (пословна способност странака, присуство сведока и слободна изјава воље). Вереници нису овде ограничени шта могу предвидети уговором, а уговор ступа на снагу одмах у делу који се односи на права и обавезе вереника до закључења брака.

б) било када у току брака - тада ступа на снагу одмах (чл. 41 ПК, исти и чл. 425 Грађанског кодекса).

¹⁰ Наиме, у инситуту брачног уговора уједињују се два инситута-брак и уговор који су различити по својим дејствима. Брак је заједница два лица супротног пола, који егзистирају као индивидуе равноправне у свим правима и обавезама. Са друге стране, свака страна уговорница се труди да што потпуније оствари своје интересе. Брачни другови се у случају закључења овог уговора налазе у стању "мирног рата", јер су у двоструким улогама које једна другу искључују.

3.2. Форма брачног уговора

Било да је закључен пре или у току брака, обавезно је да уговор буде у писменој форми и да је нотаријално оверен. За оверу се вереници/ брачни другови могу обратити било ком јавном бележнику, без обзира да ли ради у државном бележничком уреду или се бави приватном праксом.

Јавни бележник овде има значајну улогу, посебно приликом састављања нацрта уговора. Његова обавеза је да потенцијалним уговорницима појасни смисао и значење иваког уговора, као и правне последице које проистичу из његовог закључења, а све у циљу да правна необавештеност грађанима не би начинила штету. (У складу са чл.15, чл.16 и чл. 54 Основног закона о јавном бележничштву)

Брачни другови морају потврдити садржину уговора својим потписима. Ако из основаног разлога (услед болести, физичког недостатка или неписмености) неко од њих не може да потпише уговор, то на његов захтев може учинити други вереник/брачни друг. Последњи се потписује бележник, који на тај начин сведочи о самом чину закључења уговора. Бележник је уз то дужан и да напише на уговору објашњење, зашто једно од лица није својеручно потписало уговор (чл.160 ГК).

Текст уговора треба да је написан јасно и читко, делови уговора ада су нумерисани а евентуални рокови за извршење одређених радњи написани и словима. У заглављу уговора обавезно је исписати пуно име, презиме и име оца обе уговорника, као и њихову адресу и место пребивалишта (чл. 45 Основног закона о јавном бележничштву).

Неиспуњавање строгих захтева форме брачног уговора повлачи за собом његову неважност (чл.165 ГК).

3.3. Садржај брачног уговора

Брачним уговором се регулишу искључиво имовинска права и обавезе брачних другова. У закону се децидирано наводи шта НЕ МОЖЕ бити предмет уговора:

- а) ограничавање правне или пословне способности брачних другова
- б) ограничавање или укидање права обраћања суду за заштиту својих права
- в) регулисање личних неимовинских односа
- г) регулисање права и обавеза брачних другова у одгајању деце
- д) ограничавање права брачног друга, који није способан за привређивање и налази се у оскудици, да добија издржавање
- ђ) ако садржи друге услове који једног брачног друга доводе у крајње неугодан положај или положај противан начелима породичног права.
- е) уговарање обавезе да воле један другог и да буду узајамно верни
- ж) да одређују круг послова у домаћинству за сваког од њих.

Одредбе уговора треба да су ускладу са нормама грађанског и породичног права, као и са добрим обичајима.

На основу горенаведеног, *a contrario* следи да предмет овог уговора може бити целокупна имовина брачних другова стечена у браку или само неке ствари (чл.34 став 2 ПК). Брачни другови мењају постојећи и већ важећи законски режим заједничке имовине (чл. 43 ПК у вези са чл. 34 истог закона), те установљавају режим нове заједничке, посебне или " подељене" имовине. Нови режим се може односити на целу брачну имовину, посебне видове имовине или на посебну имовину сваког од њих. Предмет уговора може бити и будућа имовина- за коју оправдано претпостављају да ће је стећи у току брака.

Брачни другови треба да одреде своја права и обавезе из уговора по садржају и обиму. Реализација истих се може ставити у однос зависности од заступања или ненаступања одређених околности неимовинског карактера.

Тако, брачни уговор је закључен са **одложним условом**, ако је одређено да **начин стицања** права и побавеза зависи од околности за коју је неизвесно да ли ће наступити или не. (Нпр. Брачни другови предвиде у уговору да у случају рођења сина као првог детета у току прве три године брака, право својине над аутомобилом који је стечен у току брака, прелази на жену.¹¹).

Са друге стране, уговор је закључен са **отказним условом**, ако је уговорено да **престанак** неког права или обавезе зависи од околности за коју је неизвесно да ли ће наступити или не. (Нпр, брачни другови одреде да ако се као мотив развода јави недолично понашање једног од њих - пијанство, прељуба, расипништво),¹² подела имовине стечене у браку ће се извршити на основу режима посебне имовине, при чему ће део супружника који ј ескривио развод бити мањи од дела другог брачног друга).

Наступање и ненаступање права и обавеза се може ограничавати и **роком**. Права и обавеза брачних другова, утврђена уговором могу трајати и одређено време.након истека рока, или ће продужити трајање истих на одређено или неодређено време, или ће закључити нови уговор.

Брачни другови су потпуно слободни у одређивању услова за закључење брачног уговора. Приморавање једног од њих (брачног друга или вереника) од стране другог брачног друга или обоје од стране трећих лица сматра се грубим кршењем њихових права, те повлачи за собом ништавост тако закљученог уговора. Ако је закључен под утицајем преваре, насиља, претње или је изнуђен услед стављања и изглед тешких околности које би довеле лице у крајње неугодну ситуацију а друго лице би имало од тога користи (тзв," ропска погодба"), на захтев оштећене стране суд ће га огласити неважећим (чл. 179 Грађанског кодекса¹³) и то потпуно или делимично (чл.179 ГК у вези са чл.43 став 1 ПК).

На овај начин се брачним друговима дају широке могућности да одступе од законског режима заједничке имовине, а који аутоматски почиње да функционише ако се уговором не уреди другачије.

¹¹ Пример преузет из часописа *Социальная защита*, выпуск бр. 5. стр. 121.

¹² Ibid.

¹³ Гражданский кодекс Российской Федерации, Юридическая литература, Москва, 1977. У даљем тексту- ГК.

Као алтернатива законском режиму заједничке имовине, уговором је могуће установити следеће режиме:

1. режим заједничке имовине, у суштини, овде не би било неких значајнијих измена, будући да је сити режим предвиђен и у закону, логичније изгледа уговарање поменутог режима у оним правним системима где постоји као једини режим одвојености имовина. Принцип заједничке имовине одговара већини брачних парова, тако да они своје имовинске односе регулишу непосредно на основу закона.

У погледу имовине која није обухваћен брачним уговором, и даље важи режим заједничке имовине брачних другова.

2. режим посебне имовине. Има своје две појавне варијанте:

а) режим пуне одвојености имовине стечене у браку. Битно је сазнање ко је од брачних другова и када, ако и са којим (или са чијим) средствима стекао одређену ствар. Ситуација тиме постаје веома сложена, јер брачним друговима ствара обавезу да воде посебан регистар о стицању тих ствари и да сваки упис нове ствари оверавају датумом и својим потписом.

Добра страна вођења тзв. "амбарних књига" је што би, у случају спора, суд имао прегледну ситуацију о томе ко је од брачних другова и у којој мери допринео имовинској заједници, те не би ни тренутка био у недоумици приликом поделе имовине. Тиме би и поступак поделе био неупоредиво скраћен, и изложио би странке у спору минималним трошковима.

Са друге стране, непрекидно вођење ових књига све време трајања брачна заједница је прилично напорно и тешко изводљиво. Зато је остало да егзистира као теоријска варијанта јер због свог компликованог реализовања није могло ни наћи ширу примену у пракси.

б) режим одвојености имовине само у погледу оне која подлеже регистрацији (пријазљивању државним органима). Говоримо о: некретнинама стан, кућа, парцела), транспортним средствима (аутомобил, камион и сл.), акцијама, другим хартијама од вредности (изузев хартија које гласе на доносиоца). У уговору се може јасно исказати да брачни друг, на чијем имену се води имовина и јест њен једини сопственик. Приказани начин гарантује заштиту интереса власника те ствари а истовремено ослобађа од мучне обавезе вођења пописа о стицању ствари.

в) режим подељене имовине. Представља сусвојину брачних другова на стварима у идеално једнаким деловима. У самом Породичном кодексу нема детаљнијег одређења овог института, већ у Грађанском кодексу. Тек, налазимо да дивиденде по уложима који су уложени у банкама могу постати предмет такве имовине. Егземпларно се наводи да брачни уговор може садржати и само један члан, којим се установљава режим подељене имовине у погледу садашње и будуће имовине.

У брачном уговору се може установити и одговарајући режим за **будућу имовину**. Разликујемо две ситуације:

- a) **закључење уговора претходу закључењу брака**, још увек не постоји заједничка имовина.
- b) **уговор закључују брачни другови**, у погледу целокупне будуће имовине или одређених видова имовине.

У питању је правило које је прихваћено у већини држава чланица Руске федерације, изузев Естонске републике, где је изричито забрањено уговарање било каквог режима за будућу имовину.

Брачни уговор не може садржавати елементе завештања, нити другог начина располагања имовином једног брачног друга *mortis causa* - (било да је то имовина која је је стечена у браку у виду заједничке имовине или која је припала брачном другу по неком другом правном основу). Ово из разлога што чл. 527- 561 ГК РСФСР регулишу сва питања из области наследног права, те би горње било у супротности са тим правилима.¹⁴ Следи да брачни уговор траје колико и брак, изузев одредби које регулишу имовинске односе после развода (плаћање алиментације, брига о деци и др.).

У уговору могу одредити и начине учешћа у породичним приходима а то су: новчана и друга примања од ствари, а које су реализоване учешћем брачних другова у грађанском промету (камате од акција, хартије од вредности и стимулативне камате на орочене улоге, давање земљишта у аренду). У ширем смислу, приходима се, сматрају и плодови (вредност остварена бављењем пољопривредом или другом граном), приплод домаћих животиња, летина са окућницом (чл. 305.ГК). Ако се не уговори другачије, поменуто припада лицу које је власник ствари која даје плодове (чл.135).

- a) Уговором се може одредити и учешће брачних другова у породичним трошковима и у ком обиму ће их они (потпуно или делимично) испуњавати, што зависи од нивоа материјалног обезбеђења сваког од њих. може бити уговорен паушалан месечни износ за сваког од њих (ажуриран у складу са кретањем цена на тржишту) или извршити поделу по ставкама расхода.¹⁵

Предмет уговора може бити и узајамно издржавање брачних другова како у браку тако и после развода, при чему могу одступити од законског режима (чл. 93-96 ПК), те и предвидети издржавање једино у случају оскудице или неспособности за рад. Опет, ако је брачни друг у оскудици али и радно способан, бивши брачни друг губи право на издржавање сем ако није у питању нека од ситуација предвиђених у чл. 89 став 2 тачка 2-4.¹⁶

Овим путем могу решити и питање **основа** за издржавање. Брачни друг који је напустио своју професију да би се посветио породици, и тако пропустио могућност грађења своје каријере која је била у изгледу може после развода тражити и добити новчано издржавање ради поновног успостављања каријере.

¹⁴ Није дозвољено састављање завештања више лица истовремено, нити узајамних завештања што су све ситуације у којима су могу наћи и брачни другови.

¹⁵ У питању су трошкови станарине, комуналних такси, исхране, школовања, путовања и др.

¹⁶ Односи се на жену у току издржавања трудноће, и три године после рођења заједничког детета, или јако се брине о детету млађем од 18 година и које је инвалид, до I категорије инвалидности.

Предмет брачног уговора могу бити и станарска права и обавезе. Питање је посебно актуелно кад заједно живе у стану који је лична својина једног од њих, или је купац стана. Као време настанка права коришћења тог стана од стране другог брачног друга (који није власник), узима се моменат регистрације брака.

Основ за престанак права коришћења тог стана је регистрација развода брака. С тим у вези, ако је други брачни друг пријављен на адреси брачног друга који је власник стана а разводом му престаје право коришћења истог у обавези је и да званично промени своје место пребивалишта. Важи и правило да разведена лица могу бити поново пријављена на адреси сродника са којима су живели до закључења брака, из овог следи да се може навести и рок у ком је други брачни друг обавезан да напусти стан првог¹⁷ после развода.

3.4. Измена и раскид уговора

Брачни уговор може бити раскинут или измењен у било које време у току брака. За то је потребна сагласност брачних другова, сачињена у писменој форми и нотаријално оверена.

Ако један брачни друг не жели да раскине или измени брачни уговор, други то може издејствовати у одговарајућем судском поступку (из разлога који су предвиђени у ГК РФ).

Брачни другови су обавезни да обавештавају своје повериоце о закључењу, изменама или раскиду уговора. Ако ту обавезу не испоштују, одговарају повериоцима и независно од садржаја брачног уговора. Истовремено поверилац може тражити промену те измене или раскида уговора у складу са битним околностима у поретку и уколико то одговара његовим интересима. (Прецизирано у чл. 45 и 46 ГК РФ). Одлог се може односити само на посебну имовину брачног друга дужника. У недостатку исте, поверилац је овлашћен да у судском поступку тражи одвајање дела тог брачног друга из заједничке имовине (који би му и иначе припао), а ради исплате његовог потраживања. Исто се поступа кад је правоснажном судском пресудом утврђено да је заједничка имовина стечена или увећана средствима насталим услед извршења кривичног дела.

У погледу обавеза које су заједнички преузели, брачни другови одговарају солидарно и то свако својом имовином.

¹⁷ Према : "Постановленим правитељства Москвѣ и правитељства Московской области од 26.12.1995 године број 1030- 95, која је ступила на снагу 01/01/1996,- преузето из *Социальная защита*, выпуск бр. 5. стр. 132.

3. 5. Упоредноправни преглед (Аустрија, Швајцарска, Немачка, Француска, Пољска, СР Југославија)

Руски кодекс из 1995 године је дозволио другачије регулисање имовинских односа брачних другова а путем института брачног уговора. У другим државама исти институт има већ вековну традицију.¹⁸

Тако, у Француској брачни уговор постоји од доношења *Code civil*-а 1804.године (чл. 1387), у Аустрији од доношења Грађанског Законика 1811.године (параграфи 1217-1266), у Швајцарској од 1874 (*Code Suisse*) као и у Немачкој од краја 19-ог века (параграфи 1408-1410 и 1563)

У СР Југославији ситуација је нешто другачија. Брачни уговор фактички постоји још од Српског грађанског законика из 1844 године (у чл. 759) јер је преузео већину решења из АГЗ и модификован је само у складу са актуелним кретањима у друштву. Још увек се не дозвољава модернизација у смислу дозволе за мењање режима установљеног у ЗБПО. Чак, наилазимо и на изричиту забрану у чл.326 Закона о браку и породичним односима из 1980¹⁹.године, да се таквим уговорима "не може мењати законски имовински режим, нити се брачни другови могу одрицати од права која им припадају по закону": што генерално предвиђају горепоменути закон. ~~Дакле~~ Дакле, ове форме су различите. Поред писменог облика и нотаријалне овере, негде је обавезан упис уговора и основних података из њега у посебне регистре имовинских стања брачних другова (чл. 30 *Code civil*, исто у Немачкој). Исти се закључује пре или у току брака (у Швајцарској, Аустрији), а у Француској је његово закључење могуће једино пре закључења брака (чл.1394. *Code civil*). Различита су наглашавања свечаности форме или самог чина закључења, док је у Швајцарској потребно и јавно објављивање садржине уговора.

Измену или раскид уговора треба сачинити у истој форми као и уговор, и ту чињеницу (раскид) уписати у регистар имовинских стања. Дакле важи принцип променљивости садржаја брачног уговора²⁰

Као предмет брачног уговора, јављају се (поред наведеног у одељку о руском праву):

- регулисање издржавања супружника и деце у браку и после развода
- признање права прече куповине другом брачном другу
- уговарање неједнаких удела у заједничкој имовини
- питање мираза и управљање истим
- уговарање посебних правила за решавање евентуалних спорова поводом заједничке имовине
- уговарање заједнице добара *inter vivos* (слично режиму заједничке имовине) или *mortis causa* (тзв. "продужена рука")

¹⁸ Приликом израде овог приказа као извор коришћен је поред споменутих кодификација, и извештај Савезне Скупштине - Комисије за кодификацију породичног права: "Породично право-упоредни преглед (ЧССР, ДР Немачка, Француска, Исланд, Пољска, СР Немачка, СССР, Швајцарска, Шведска), књига 1, Београд, јуни 1969.

¹⁹ "Службени гласник РС", бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93 и 35/94 и 37/2001.

²⁰ У Француској је до 1966. важило начело непроменљивости садржаја уговора.

-регулисање режима резервних добара (добра која непосредно користи жена за обављање своје делатности, ствари за њену личну употребу-решење које постоји само у *Code Suisse* .

Важи правило о солидарној одговорности брачних другова за дугове преузете у току брака а на рачун заједничке имовине Швајцарско право познаје и супсидијерну одговорност, која може бити посебно уговорена у домену управљања и располагања стварима из заједнице добара.

ЗБПО и АГЗ изричито забрањују одрицање од права на издржавање брачних другова у било ком смислу, док остали законици дозвољавају и ту могућност.

Брачни уговор не може садржати норме иностраног права, већ евентуално упућивање на неко инострано право у погледу нпр. непокретности које се у тој земљи налазе (према БГБ.). Такође, одредбе брачног уговора не смеју истицати или подстицати неравноправност полова или другу разлику дискриминантног карактера и ограничење у смислу сагласности са одговарајућим актима из оквира породичног законодавства (грађански и породични законици, одредбе Устава) и са добрим обичајима.

4. Уместо закључка

Последњи пут су расправе из породичноправне области дотакле ову тематику на саветовању у Београду, 1996. године²¹, дакле исте године кад је и нови Породични кодекс РФ ступио на снагу. Да би се и дефинитивно затворио круг либерализације могућности које се дају брачним друговима а да слободно регулишу своје имовинске односе, потребна је још једна измена у југословенском породичном законодавству у погледу проширења досадашњих овлашћења приликом закључивања брачних уговора. Претпоставка је да ће до тога доћи и са побољшањем материјалне подлоге друштва, у скорије време.

²¹ Научни скуп са темом: "Реформа породичног законодавства" одржан је у Београду, 25-26.09.1996. године. Видети: Зборник радова са наведеног научног скупа, као и: Гордана Ковачек-Станић: "Уговори о брачном имовинском режиму у упоредном праву"- "Правни живот бр. 9/2000.

Dragana Ćorić,
Assistant of the School of Law in Novi Sad

PROPERTY AND CONTRACTUAL RIGHTS OF SPOUSES UNDER THE FAMILY CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

Family Code of the Russian Federation of 1995 introduced a new legal term into the Russian legal system: marital agreements which may alter statutory provisions regarding property rights of spouses during marriage and after separation.

The level of unification of legal rules concerning contractual aspects of marital property rights is high despite many ideological, political and substantive differences which exist among different countries. However, there are still few deep-rooted obstacles, especially in ex-socialist countries, which considerably limit or impede development of this area of law.

FR Yugoslavia is one of very few countries which still does not envisage the possibility of marital agreements that are well-established in Europe, and Russian Federation.

Татјана Лукић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ИЗБОРИ И РАЗРЕШЕЊЕ СУДИЈА ПРЕМА ПОЗИТИВНОПРАВНОМ РЕШЕЊУ У СРЈ

Сажетак: У раду је дан детаљан критички приказ именовања (избора и постављења) судија и судија поротника као и престанак судијске дужности у Савезној Републици Југославији с обзиром на најновије измене у законодавству о судовима. Аутор настоји да утврди у којој мери су нови режим избора судија са једне стране и законом предвиђени услови престанка судијске дужности са друге стране у складу са принципом судске независности као основног услова правне државе.

Кључне речи: Избор судија, постављање судија, разрешење судија.

Правна држава је многозначан појам. Али, оно што је неизоставно прати су услови тј. претпоставке неопходне за њену реализацију. Иако се ове претпоставке различито одређују, постоји један број истих, које се најчешће помињу, а то су: подела власти, гаранција људских права и слобода, независност судства, уставност и законитост, потчињеност државе праву итд.

Као што видимо, један од основних услова за постојање правне државе је независно судство. Самостално и независно судство је *condicio sine qua non* за установљење демократије, владавине права односно правне државе и обратно, јер нема владавине права ни демократије без самосталног и независног правосуђа.¹ Независност судства се гарантује уставом који је акт највеће правне снаге у држави. Смисао и сврха уставног гарантовања независности судства «проистиче из захтева за законитим суђењем као минимум јемства грађанима да ће закон у својој примени бити једнак за све».²

¹ Мр Зоран С. Павловић, *Разматрање о самосталном и независном правосуђу*, Гласник Адвокатске коморе Војводине бр. 7-8/2001, стр. 373.

² Др Маријана Пајванчић, *Гаранције независности суда у правној држави*, Гласник Адвокатске коморе Војводине бр. 4-5/1992, стр. 19.

Независност подразумева одсуство свих облика утицаја на суд. «Судије ће бити лично слободне а такво ће бити и вршење њихових дужности у непристрасном одлучивању о случајевима, у сагласности са својом проценом чињеница и разумевањем права, без икаквог ограничења, утицаја, притисака, подстицаја, претњи или уплитања, било директних било индиректних са било које стране или из било ког разлога».³

Постоје четири врсте судске независности: стварна (субстанцијална), интерна, колективна и лична. Свака од њих се осигурава многобројним и разноврсним, правним и ванправним мерама и установама. Свакако, једна од најважнијих гаранција је поступак избора и разрешења судија.

Поступак избора и разрешења судија је изузетно значајан «не само за организацију и рад суда, већ и за друштвену заједницу у целини».⁴ Избором судија треба да се обезбеди стручан, способан и иницијативан кадар, а самим тим и квалитетне судске одлуке. Ово је несумњиво основни услов, који ће обезбедити функционисање правосуђа, а то је веома важно јер «савремено право све више рачуна на судију».⁵

Именовање судија

Постоје два основна система именовања судија, а то су постављање и избор судија.

I - Постављање судија

Постављање судија, као облик именовања судија, врши се од стране надлежног државног органа. Који ће то бити орган зависи од решења у појединим земљама. То може бити шеф државе, председник владе или посебан државни орган специјално установљен у ту сврху као што је нпр. Високи савет магистратуре у Француској, итд.

Постављањем, једно лице стиче својство судије по правилу трајно, тј. све док не наступи неки од законом предвиђених основа за престанак службе или разрешење.

Према позитивноправним прописима у СРЈ, председника суда, судије војних судова и судије поротнике војних судова првог степена, поставља председник Републике, на предлог савезног министра за одбрану.

³ Члан 2.02 Универзалне декларације о независности правосуђа. Ова Декларација је усвојена у Монреалу (Канада) 10. јуна 1983. године. Она је резултирала као кулминација серије активности које су јој претходиле и то у периоду од 1981-1983. године.

⁴ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*. I књига – *Увод и процесни субјекти*, Београд 1995, стр.91.

⁵ Др Момчило Грубач, *Избори и разрешења судија*, Архив 1/94, стр. 89.

Судију поротника у републици Србији, према најновијем Закону о судијама из 2001. године, именује Високи савет правосуђа, на пет година уз могућност реименовања, а на предлог министра надлежног за правосуђе.

II - Избор судија

Избор судије, као облик именовања судије, врши непосредно одређено бирачко тело које се поклапа са општим бирачким телом, али избор судија је најчешће посредан, значи, поверен је одређеном представничком телу, централном или локалном или и једном и другом.

Избором, судска функција може бити трајана или на одређено време, са или без могућности опозива.

Постављање и избор судија, као два основна система именовања судија, се често комбинују, јер и један и други систем имају својих предности али, и недостатака. Код трајног постављања на судску функцију, постоји опасност од формирања једног «затвореног и неприкосновеног сталежа са огромним овлашћењима која се тешко могу контролисати».⁶ Код избора на одређено време, као што је још давно упозорио Слободан Јовановић, највећа опасност лежи у неразводјивости судије од политичке странке која је потом помогла кандидатуру, тако да је политички утицај неминован. Осим тога, код избора на одређено време треба добро размислити, или још боље истражити колико временско ограничење трајања мандата утиче на независност не само судије појединца, већ и суда у целини, «нарочито онда када се судија нађе у положају у којем, по истеку мандата, мора бринути о егзистенцијалним питањима, односно о новом запослењу».⁷

Усвајање једног или другог начина именовања «налази своје разлоге много више у политичком систему односно земље, но у правним и правнотехничким разматрањима, а права вредност једног или другог решења не зависи толико од самог основног става, колико од модалитета којима је праћено једно или друго решење». ⁸ Када говоримо о именовању (постављању и избору) судија код нас, неопходно је указати на новине уведене почетком деведесетих година, тачније уставом Републике Србије из 1990, Уставом Републике Црне Горе из 1992, Законом о судовима Републике Србије из 1991, и Законом о војним судовима из 1995. године. Те новине су биле сталност судске функције и непокретност судија. С обзиром на скоро тродеценијску праксу реизборности и реименовања судија (тачније од 1966 – 1990. године), ове новине су биле капитална промена у судском систему, иако не можемо рећи да је то била потпуна новина за наше правосуђе, јер је сталност судија постојала у Југославији и пре Другог светског рата и била је укинута 6. јануара 1929. године.

⁶ Др Момчило Грубач, *Избори и разрешења*, Архив 1/94, стр. 96.

⁷ А. Фира, *Независност судства и уставни суд*, Архив 3/94, стр. 379.

⁸ др Тихомир Васиљевић, *Систем*, Београд 1971, стр. 88.

а) Сталност судске функције

«Ништа као сталност није су тању да подстакне независан дух у судству»⁹
Сталност (трајност) судијске службе се, историјски гледано, јавља као први елемент који је гарантовао независан статус судија.

Судска служба је стална када се судија бира једном и то на почетку своје судијске каријере. Сталност судске функције је данас прописана Уставом Републике Србије, Уставом Републике Црне Горе, Законом о судијама Републике Србије (из 2001.), Законом о судовима Републике Црне Горе (1995.) и Законом о војним судовима (1995.). Судска функција која је стална, не значи да је и доживотна, јер се губи пензионисањем. Али, судијска функција и раније може бити окончана на захтев судије или ако наступи неки од разлога за престанак функције или разрешења. Сталност судске функције је судијски позив учинила привлачнијим него што је био до тада. Осим тога, правосуђе се ослободило тешкоћа које је до тада имало, као што су «одлив кадрова из суда, негативна селекција, несразмерна заступљеност жена» и сл.¹⁰

Иако је увођење сталности судске функције било дуго очекивано, већ су завршне и прелазне одредбе Закона о судијама из 1991. године изазвале сумњу и подозрење. Овим одредбама је одређено да ће судије изабране по дотадашњим прописима остати на судијској дужности до завршетка поступка за избор судија (чл. 89), а који ће се најкасније извршити до 28.09.1992. године (чл. 71. ст. 3) за судије свих судова. Ове одредбе су изазвале сумњу да је угрожено будуће заснивање сталности судске функције, јер свака будућа промена партије на власти имаће легитимитет у овом закону да спроведе «своју сталност судске функције»¹¹ којој претходи комплетан реизбор судског кадра у Републици.

Интересантна је чињеница да Устав СРЈ није прихватио принцип сталности судске функције. Судије савезног суда се бирају на период од десет година. Нови избор судија по истеку мандата Устав не спомиње, али, ни не искључује.

Што се тиче судија поротника у Србији, они се именују на период од пет година према Закону о судијама из 2001. године.¹²

б) Непокретност (непреместивост) судија

Судија има право да своју дужност стално врши у суду за који је изабран (чл. 16 Закона о судијама Републике Србије). Али, исто ткао, Закон о судијама предвиђа и могућност премештаја и упућивања у други суд.

б1) Премештај

Високи савет правосуђа може донети одлуку о премештају судије смо у други суд исте врсте и истог степена, у форми решења. За ово је неопходна сагласност

⁹ Хамлитон-Медисон-Џеј, *Федералистички списи*, «Радничка штампа», Београд 1981, стр. 435.

¹⁰ Др Момчило Грубач, *Избори и разрешење судија*, Архив 1/94, стр. 96.

¹¹ Др Зорица Мршевић, *Изазови судске независности*, Београд 1998, стр. 77.

¹² Према Закону о судовима из 1991. године судије поротници су бирани на период од четири године.

судије који се премешта. Судија трајно наставља дужност у суду у који је премештен.

62) Упућивање у други суд

Председник Врховног суда Србије може упутити судију на рад само у други суд исте врсте и истог или непосредно вишег степена, и то најдуже на годину дана. Упућивање се врши из разлога који доводе упитање редовно вршење послова у томе суду, као што су нпр. недостатак, спреченост, изузеће судија или други разлози који отежавају или успоравају рад. Писмена сагласност судије који се упућује у други суд, мора претходити доношењу решења о упућивању.

С обзиром да упућивање у други суд може бити само привремено, као главно питање се намеће колики је то најдужи временски период на који се у упућивање у други суд може вршити? Одредба члана 18. Закона о судијама Републике Србије се чини недореченом. Упућивање на најдуже годину дана без ближе одредбе у ком временском периоду се посматра тих годину дана, да ли је то једна година у току целе судијске каријере или једна година у неком краћем временском раздобљу, наводи на закључак да је овом одредбом закона директно отворена могућност злоупотребе органа који врши упућивање судије у други суд. Наиме, ако се овај временски период посматра у току једне календарске године, значи да упућивање у други суд може да следи годину за годином и тако у недоглед. Због тога је неопходно ближе законско одређење временског периода а у коме се ових годину дана одређа. Закона о судовима Републике Црне Горе која упућивање у други суд ограничава на шест месеци у току једне календарске године, чини се много бољом и оправданијом.

Сталност судијске функције и непокретност судија су само «степенице» у обезбеђивању судске независности, које су условима за избор судија и самом поступку избора дале изузетно велики значај.

Услови за избор судија

Лица одабрана за рад у судству морају бити особе са «одговарајућим угледом и способностима и поседовати одговарајуће образовање и квалификације неопходне за обављање судске професије».¹³ Приликом одабира судије не сме бити дискриминације ни по једном основу.

1. Сталне судије (судије по позиву)

Поред општих услова за рад у државним органима (пунолетство, општа здравствена способност, неосуђиваност на одређену казну односно за поједина кривична дела) која су предвиђени Законом о радним односима, за судију по позиву може бити изабрано лице које још испуњава и услове предвиђене Законом о судијама Републике Србије (чл.41) и Законом о судовима Републике Црне горе (чл. 20).

¹³ Дејан Укропина, *Независно правосуђе, неки међународни оквири*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине бр. 7-8/2001, тр. 386.

Као посебни услови траже се:

а) Држављанство

С обзиром да је функција судије јавна, не могу је вршити странци него југословенски држављани, без обзира на републичко држављанство кандидата. Овај захтев се не сматра дискриминаторним.

б) Стручна спрема и радно искуство

У погледу стручне спреме закон тражи завршен правни факултет и положен правосудни испит. Правосудни испит је услов за избор сваког судије. «Тај услов не може бити замењен неком вишом стручном квалификацијом (нпр. докторатом наука или одређеним универзитетским звањем)»,¹⁴ изузев код избора судије Савезног суда. Наиме, Закон о Савезном суду (чл. 10) предвиђа као услов за избор судије Савезног суда да се кандидат истакао као правни стручњак или научни радник. Став 2. истога члана 10. Закона о савезном суду, предвиђа да за судију Савезног суда може бити изабран редовни професор правног факултета, ако предаје неки позитивно правни предмет.

Поред стручне спреме, закон тражи и одређено радно искуство. Сматра се да је радно искуство неопходно за вршење судске власти. Наиме, вршење судске власти се не састоји само у примени правних норми, већ обухвата и претходно сложено «утврђивање чињеница и околности случаја који је предмет суђења, посао који се не обавља ослањајући се на право, већ на друга многобројна и разноврсна знања, вештине и нарочито животно искуство».¹⁵ Колико радно искуство се тражи, различито је решено у законима две републике.

Тако према Закону о судијама Републике Србије (чл. 41), потребно радно искуство у правној струци износи: 2 године за судију општинског суда, 6 година за судију окружног суда, 8 година за судију Апелационог суда и 12 година за судију Врховног суда Србије, 4 године за судију трговинског суда и 8 година за судију Вишег трговинског суда и Управног суда.

Према закону о судовима Републике Црне Горе (чл. 20), потребно радно искуство које се тражи износи: 3 године за судију основног суда, 7 година за судију вишег суда, 6 година за судију привредног суда и 12 година за судију Врховног суда Црне Горе.

Према Закону о Савезном суду (чл. 10, ст. 1.) кандидат за судију тога суда мора имати 15 година радног искуства, од чега 10 година у правосуђу или адвокатури.

Неопходно је напоменути да се приправнички стаж не рачуна у то радно искуство.

в) Морална подобност

Оно што Закон о судијама Републике Србије предвиђа као посебан услов, а то је достојаност за вршење дужности судије, се своди, уствари, на моралну подобност. Претпоставља се, да је достојна само она особа које је морално чиста личност. Минимум моралне подобности су поштење и савесност. Оно што је спорно јесте, шта се под овим условом подразумева и на који начин се утврђује

¹⁴ Др Момчило Грубач, *Избори и разрешење судија*, Архив 1/94, стр. 98.

¹⁵ Исто, Архив 1/94, стр. 99.

његово испуњење. Морална подобност је широк појам и она обухвата савесност, одговорност, узоран лични и породични живот, неосуђиваност итд.

Доказ о свему томе је позитивно мишљење о стручним, радним и другим условима кандидата које даје суд или друга радна организација у којој је кандидат радио.

2. Судије поротници

Услови за избор судије поротника, предвиђени Законом о судијама Републике Србије су: да је југословенски држављанин, да је навршио 26 година живота и да је достојан дужности судије поротника. При именовању се води рачуна о полу, старости, занимању и друштвеном положају кандидата, о знању, стручности и склоности ка појединим врстама судских ствари.

Услови за избор судија поротника предвиђени Законом о судовима Републике Црне Горе (чл. 37) су: да је држављанин СРЈ; да пунолетан и да је способан за обављање дужности судије поротника.

Законске сметње за избор судија (и судија поротника) и вршење судијске функције

Инкомпатибилитет (неспојивост) судијске функције са истовременим обављањем «одређених функција, занимања и слично, такође представља једно од јемства независности судија и суда».¹⁶

Инкомпатибилност судијске дужности са обављањем других функција и послова је прописана Уставом СРЈ, Уставом РС и Уставом РЦГ, као и Законом о судијама Републике Србије из 2001. године.

Савезни устав предвиђа у чл. 109. неспојивост судијске дужности са другим јавним и професионалним делатностима. Чак иде и корак даље и у чл. 42. ст. 4. прописује да судије Савезног суда не могу бити чланови политичких странака.

Устав Републике Србије у чл. 100. каже да судија не може обављати службу или посао који су утврђени као неспојиви са судијском функцијом. Па тако, Закон о судијама у чл. 27. прописује да судија не може бити на дужностима у органима који доносе или извршавају прописе, бити члан политичке странке, бавити се било којим приватним или јавним послом (плаћеним), нити пружати правне услуге или савете уз накнаду. Са његовом дужношћу су неспојиве и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штете угледа суда. Који су то поступци опречни достојанству и независности судије и штетни по углед суда, прописује Врховни суд Србије.

Закон о судијама у чл. 75. прописује неспојивост са другим службама, пословима и поступцима, вршење дужности судије поротника. Судија поротник не може бити адвокат, ни пружати правне услуге и стручне савете уз накнаду. Са

¹⁶ Др Маријана Пајванчић, *Гаранције независности суда у правној држави*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 4-5/1992, стр. 27.

дужношћу судије поротника су неспојиве и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штетни по углед суда.

Деполитизација судства, потпуна забрана партијског организовања ће учврстити судску независност и самосталност и спречити спољне утицаје на судију, нарочито политичке. Досадашње решење у Закону о судовима из 1991. године није било добро јер је предвиђало да судије могу бити чланови политичких организација, а једино им је било забрањено да у њима врше политичке функције. Међутим, «активно партијско чланство обезбеђује и претпоставља покорност страначкој дисциплини».¹⁷

Изборни поступак

Република Србија

Судија по позиву

Поступак за избор судија по позиву је регулисан Законом о судијама. Али, пре него што пређемо на сам поступак, неопходно ј нешто више рећи о Високом савету правосуђа – посебном државном органу, установљеном Законом о Високом савету правосуђа из 2001. године.

Високи савет правосуђа

Основни задатак Високог савета правосуђа је да предлаже Народној скупштини председнике судова, судије и јавне тужиоце, именује судије поротнике и заменике јавних тужилаца и врши друге надлежности одређене законом. Високи савет правосуђа има пет сталних чланова (председник Врховног суда Србије, Републички јавни тужилац и министар надлежан за правосуђе – сви по дужности, затим један члан кога из реда адвоката бира Адвокатска комора Србије и један члан кога бира Народна скупштина).

Поред сталних чланова, Високи савет правосуђа има и 8 позивних чланова. 6 позивних судија бира Врховни суд Србије међу судијама, а 2 позивна члана који су јавни тужиоци бира Републички јавни тужилац.

Мандат у Високом савету правосуђа износи пет година и предвиђена је могућност реизбора. Високи савет правосуђа одлуке доноси већином гласова свих чланова ужег, односно проширеног састава. Седнице су затворене за јавност. Против одлука Високог савета правосуђа није допуштен управни спор.

Установљавање Високог савета правосуђа представља велики корак напред у правосуђу. Један такав посебан, самосталан и независан државни орган, који поред осталих задатака, износи пред Народну скупштину образложене предлоге за избор кандидата на место председника суда, судију и јавног тужиоца и именује судије

¹⁷ Др Момчило Грубач, *Проблеми судства у Србији – повратак достојанства*, Гласник Адвокатске коморе Војводине 12/2000, стр. 460.

поротнике и заменике јавног тужиоца, је «сигурно у стању да својим саставом гарантује објективност и непристрасност избора».¹⁸

Изборни поступак

Избор оглашава Високи савет правосуђа. Оглас се објављује у Службеном гласнику Републике Србије и другом средству јавног информисања. Пријаве за избор се подносе Високом савету правосуђа у року од 15 дана од дана објављивања огласа. Уз пријаву се подносе и докази о испуњености услова з избор. И, оно што се још обавезно доставља је лични лист за кандидата који потиче из суда. Лични лист је уведен законом о уређењу судова из 2001. године. Лични лист ће водити министарство надлежно за правосуђе и то за сваког судију, судију поротника и запосленог у суду. Податке која садржи лични лист министарству прослеђује председник суда и одговоран је за његову тачност. Подаци које садржи лични лист су службена тајна и могу се користити само у сврху примене закона и закона којим се уређује положај судија.

Високи савет правосуђа прибавља податке и мишљења о стручности и достојности кандидата. Подаци и мишљења се прибављају од органа и организација у којима је кандидат радио у правној струци.

При предлагању судија, Високи савет правосуђа узима у обзир само стручност и достојност. Сваки предлог мора бити образложен. народна скупштина може да изабере само кандидата кога предложи Високи савет правосуђа. Ако он не буде изабран, предлог се поново утврђује.

Пре ступања на дужност, судија полаже заклетву пред председником Народне скупштине. Председник Врховног суда Србије заклетву полаже пред Народном скупштином. Судија који је изабран из реда судија не полаже поново заклетву.

Судија ступа на дужност на свечаној седници свих судија у суду за који је изабран. Уколико судија, без оправданих разлога, не ступи на дужност у року од два месеца од када је изабран, сматраће се да није ни изабран. Одлуку о томе доноси Велико персонално веће (установљено у Врховном суду Србије, чини га 9 судија Врховног суда) на предлог председника суда и о томе обавештава Народну скупштину и Високи савет правосуђа. Право приговора на ову одлуку, судија има у року од осам дана и то Високом савету правосуђа.

Република Црна Гора

Министарство надлежно за послове правосуђа оглашава слободно место судије и председника суда у Службеном листу Републике Црне Горе и другим средствима јавног информисања. Рок за подношење пријаве не може бити краћи од 15 дана ни дужи од 30 дана од дана оглашавања. Пријаве се подносе Правосудном савјету. Министарство надлежно за послове правосуђа прибавља мишљење о стручним и радним квалитетима за вршење судијске функције за све кандидате, од седнице свих судија суда у који се кандидат бира, непосредно вишег суда и органа

¹⁸ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, I књига, *Увод и процесни субјекти*, Београд 1995, стр. 93.

или организација у којима су кандидати радили. То мишљење заједно са својим мишљењем о кандидату, министарство доставља Правосудном савјету. Правосудни савјет даје Скупштини предлог за избор и предлог за разрешење судија и председника суда. Правосудни савјет доставља Скупштини податке о свим пријављеним кандидатима на основу којих је утврдио листу предложених кандидата, која садржи онолики број кандидата колико се судија бира, у року од 60 дана од закључења огласа. Ако Скупштина не изабере предложеног кандидата, поново се оглашава слободно место судије и председника суда.

Уколико изабрани судија у року од месец дана не ступи на дужност, без оправданог разлога, сматраће се да није изабран.

Престанак судијске дужности

Судијска дужност престаје на захтев судије, када судија наврши радни век или када буде разрешен (чл. 51. Закона о судијама Републике Србије).

I Престанак судијске дужности на захтев судије

Судија који жели да му престане дужност подноси писмени захтев Великом персоналном већу, а оно, ваљан захтев одмах прослеђује Народној скупштини. Судија може повући свој захтев док му не престане дужност одлуком Народне скупштине или истеком рока који је предвиђен законом. Уколико се о захтеву за престанак дужности не одлучи у року од месец дана, сматраће се да је судији престала дужност истеком рока од месец дана од подношења пријаве, што се објављује у Службеном гласнику Републике Србије. У свим осталим случајевима, судијска дужност престаје оног дана који Народна скупштина наведе у својој одлуци.

II Престанак судијске дужности када судија наврши радни век

Судији престаје радни век када наврши 65 година живота и 40 година стажа осигурања. Овде је спорно питање дана престанка радног односа. Логично би било да ту буде дан када се навршавају одређене године живота и стажа. Тако налаже логика престанка радног односа по сили закона. Закон о основама радних односа као дан престанка радног односа одређује дан достављања коначног решења запосленом, а то је карактеристично за случајеве када радни однос престаје на основу одлуке (решења) надлежног органа. С обзиром да је дан престанка радног односа одређен законом, а не одлуком надлежног органа, доношење такве одлуке би једино било правдано од стране Народне скупштине, уколико би се њом продужио радни однос у складу са условима предвиђеним законом.

Навршење радног века утврђује Велико персонално веће. Поступак покрећу председник суда, председник непосредно вишег суда и председник Врховног суда Србије. Једино поступак у коме се утврђује да ли је председник Врховног суда

Србије навршио радни век, покреће Велико персонално веће. На образложену одлуку Великог персоналног већа, којом је утврђено навршење радног века, није допуштен приговор. Донета одлука се прослеђује председнику Врховног суда Србије, а он, по пријему одлуке, одмах обавештава Народну скупштину. Народна скупштина одлучује о престанку дужности судије. Овако компликована процедура само непотребно одуговлачи време, и лице које је напунило 65 година живота и даље остаје на месту судије иако су испуњени сви услови за одлазак у пензију. Сасвим неоправданим се чини ово решење закона да Народна скупштина доноси одлуку о престанку судијске дужности када наврши радни век, јер по сили закона он престаје навршавањем одређених година живота и стажа.

III Престанак судијске дужности разрешењем

Судија је независан, али у исто време и одговоран. «Одговорност судија се битно разликује од одговорности других државних службеника и увек је праћена одређеним мерама заштите од неоснованог и произвољног позивања на одговорност».¹⁹ Судија подлеже кривичној, грађанској, дисциплинској и политичкој одговорности. Оно што нас интересује је дисциплинска одговорност. Наиме, судије не подлежу општој дисциплинској одговорности, већ једној њеној посебној врсти која наступа изван суд акао радне организације. Дисциплинска одговорност којој подлеже судија је одговорност само за најтежу повреду угледа и дужности службе. До доношења Закона о судијама из 2001. године као једина санкција за ову повреду је био предвиђен престанак-разрешење дужности судије. Нови Закон о судијама уводи још две мере које се могу изрећи у поступку који се води због несавесног и нестручног вршења дужности, а то су: мера упозорења и мера уклањања из суда (од 1 месеца до 1 године).

Услови и поступак разрешења су предвиђени самим уставима, али и Законом о судијама Републике Србије и Законом о судовима Републике Црне Горе.

Разлози за разрешење су:

1. Када је судија осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање 6 месеци или за кажњиво дело које га чини недостојним судијске дужности;
2. Када несавесно или нестручно врши дужност;
3. Када трајно изгуби радну способност.

Иницијативу за покретање поступка даје председник суда, председник непосредно вишег суда, председник Врховног суда Србије и Велико персонално веће (када је у питању председник Врховног суда Србије). Утврђивање разлога за разрешење врши Велико персонално веће. Тај поступак је затворен за јавност, а одлука већа мора бити образложена.

¹⁹ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, I књига, *Увод и процесни субјекти*, Београд 1995, стр. 100.

Што се тиче положаја судије у поступку разрешења, он има право да одмах буде обавештен о разлозима за покретање поступка, да се упозна са предметом и пратећом документацијом, током поступка, као и да сам или преко заступника пружи објашњења и доказе за своје тврдње. Своје тврдње може усмено да изложи пред Великим персоналним већем и Општом седницом. На одлуку Великог персоналног већа, којом су утврђени разлози за разрешење, није допуштен приговор. Та одлука се прослеђује председнику Врховног суда Србије и он о њој обавештава Народну скупштину. О престанку дужности (у овом случају о разрешењу) одлучује Народна скупштина. На њену одлуку о престанку дужности је допуштена жалба Уставном суду у року од 15 дана од дана објављивања одлуке у Службеном гласнику Републике Србије.

Последице разрешења су:

Разрешеном судији престаје радни однос. Он не може поднети пријаву у суд или јавно тужилаштво, нити пријаву за именовање за заменика јавног тужиоца или судију за прекршаје.

Tatjana Lukić
Assistant of the School of Law in Novi Sad

JUDICIAL APPOINTMENTS AND TERMINATION OF JUDICIAL TENURE IN YUGOSLAVIA

Abstract

This article critically reviews the procedure of judicial appointments (selection procedure and appointments) of professional and lay judges, as well as the procedure of termination of the judicial tenure in Yugoslavia in the light of the latest amendments of legislation on judiciary. The author has tried to examine how the procedures of judicial appointments and termination of tenure are compatible with the rule of law principle regarding independent courts. The author deals with selection criteria and procedure with reference to some special conditions envisaged therein. The author also analyzes grounds for termination of judicial position, e.g., at the request of a judge, in case of retirement, and upon dismissal. The special attention is given to issues of the permanent judicial status, impossibility to remove a judge, and legal impediments for judicial appointments and performance of judicial authority.

