



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

ЗБОРНИК РАДОВА RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVII, 1-2, (2003)

УДК 3

НОВИ САД, 2003.



УДК 3

YU ISSN 0550-2179

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



ЗБОРНИК РАДОВА

RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVII, 1 – 2, (2003)

НОВИ САД, 2003.

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2 (2003)

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)

За издавача:

Проф. др Душан Николић
декан Правног факултета у Новом Саду

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

Штампа: "Кримел" Будисава

Тираж: 200 примерака

САДРЖАЈ

Др Мило Бошковић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Поводом одласка у пензију проф. др Јовице Релића</i>	9
Др Ранко Кеча, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Поводом одласка у пензију проф. др Боривоја Старовића</i>	11
Др Стеван Шогоров, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Поводом одласка у пензију проф. др Славка Царића</i>	13
Чланци и расправе	
Др Милијан Поповић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Модел интегралне теорије права</i>	19
Др Маријана Пајванчић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Омбудсман у уставном систему Србије – од идеје до реализације -</i>	43
Др Срђан Шаркић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Стефан Урош Милутин - "Свети краљ" или становник Дантеовог "Пакла"</i>	59
Др Момчило Ћ. Вукићевић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Екологизација друштвене надградње</i>	71
Др Јожеф Салма, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>О хармонизацији и рекодификацији мађарског грађанског законодавства</i>	83
Др Марија Вучковић-Радовановић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду (у пензији) <i>Заступање и остала делања за другог (вансудско и пред арбитрима)</i>	101
Др Даница Попов, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Државина у упоредном праву</i>	127
Др Душан Николић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Казнена накнада штете</i>	145
Др Марија Салма, доцент Правног факултета у Новом Саду <i>Правоснажност мериторних одлука у парничном и ванпарничном поступку</i>	157
Др Бернадет Бордаш, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Заштита имовине као људско право - основне напомене уз праксу Европског суда за људска права</i>	167
Др Снежана Бркић, доцент Правног факултета у Новом Саду <i>Договорено признање (plea bargaining) у англоамеричком праву</i>	179

Др Милан Инић, редовни професор и Драган Јовановић, асистент Факултета техничких наука и Правног факултета у Новом Саду <i>Узроци високе стопе саобраћајних незгода у друмском саобраћају у Југославији</i>	195
Др Сања Ђајић, асистент Правног факултета у Новом Саду <i>Дејство одлука Европског суда за заштиту људских права у националним правним системима</i>	217
Мр Бранислав Ристивојевић, асистент Правног факултета у Новом Саду <i>Узрочност као елемент одговорности за дела подређених (командне одговорности)</i>	237
Бошко Трипковић, асистент-приправник Правног факултета у Новом Саду <i>The Italian System of Judicial Review of Legislation</i>	257
Сарадња Правног факултета у Новом Саду са иностранством	
Др József Szabadválvi, редовни професор Правног факултета у Мишколцу <i>Neo-Kantian Legal Philosophical Thinking in Hungary</i>	273
Др Heinz Tichy, редовни професор Правног факултета у Бечу <i>Die parlamentarische Vertretung von ethnischen Minderheiten und das österreichische verfassungsrecht</i>	285
Др Menyhárd Attila, виши асистент Правног факултета у Будимпешти <i>Excessive Benefit and Unfair Advantage in Contracts</i>	299
Др Csaba Fenyvesi, ванредни професор Правног факултета у Печују <i>Legal position of the defender in the view of empirical analysis</i>	315
Некролози	
Др Милош Марјановић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Проф. др Младен Стојанов (14. 3. 1932 – 22. 2. 1999)</i>	329
Др Јожеф Салма, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Проф. др Никола Воргић (1924-2002)</i>	332
Др Момчило Вукићевић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду <i>Проф. др Миливоје Тркља (1934-2003)</i>	336
Дипломирани студенти	
<i>Списак дипломираних студената на Правном факултету у Новом Саду за 2002. годину</i>	341

TABLE OF CONTENTS

Milo Bošković, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Regarding the Retirement of Prof. Jovica Relić, Ph.D.

Ranko Keča, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Regarding the Retirement of Prof. Borivoje Starović, Ph.D.

Stevan Šogorov, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Regarding the Retirement of Prof. Slavko Carić, Ph.D.

Articles and Papers

Milijan Popović, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
The Integral Theory of Law Model

Marijana Pajvančić, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Ombudsman in the Serbian Constitutional System –From Idea to Realization

Srdan Šarkić, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Stefan Uroš Milutin – The "Holy King" or Dweller of Dante's Hell

Momčilo Vukićević, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Ecologization of the Social Superstructure
(Voluntary Measures in Ecological Policy and the Synthesis of their Realization
– The Right to a Healthy Living Environment)

Jožef Salma, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
On the Harmonization and Re-Codification of Hungarian Civil Legislation

Marija Vučković-Radovanović, Ph.D., Full Professor (Retired) of the Law
Faculty of Novi Sad
Representation of and Other Functioning for Another (Extra-Judicial and
During Arbitration)

Danica Popov, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Property in Comparative Law

Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Punitive (Exemplary) Damages

Marija Salma, Ph.D., Associate Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Finality of Decisions on Merits in Contentious and Non-Contentious
Judicial Procedures

Bernadet Bordaš, Ph.D., Associate Professor of the Law Faculty of Novi Sad
The Protection of Property as a Human Right – Basic Comments on the
Experience of the European Court of Human Rights

Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Plea-Bargaining in Anglo-American Law

Milan Inić, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad & Dragan
Jovanović, Assistant of the Novi Sad Faculty of Technical Sciences
Causes of Numerous Damages in Road Traffic in Yugoslavia

Sanja Đajić, Ph.D., Assistant of the Law Faculty of Novi Sad
*The Effects of Judgments of the European Court of Human Rights in
National Legal Systems*

Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant of the Law Faculty of Novi Sad
*Causality as an Element of Accountability for the Actions of Subordinates
(Command Accountability)*

Bosko Tripkovic, Assistant of the Law Faculty of Novi Sad
The Italian System of Judicial Review of Legislation

International Cooperation of the Law Faculty of Novi Sad

József Szabadfalvi, Ph.D., Full Professor of the Miskolc Faculty of Law
Neo-Kantian Legal Philosophical Thinking in Hungary

Heinz Tichy, Ph.D., Full Professor of the Vienna Faculty of Law
*Die parlamentarische Vertretung von ethnischen
Minderheiten und das österreichische verfassungsrecht*

Menyhárd Attila, Ph.D., Assistant of the Budapest Faculty of Law
Excessive Benefit and Unfair Advantage in Contracts

Csaba Fenyvesi, Ph.D., Associate Professor of the Pecs Faculty of Law
Legal position of the defender in the view of empirical analysis

Necrologies

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Prof. Mladen Stojanov, Ph.D. (14. 03. 1932 – 22. 02. 1999)

Jožef Salma, Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Prof. Nikola Vorgić, Ph.D. (1924-2002)

Momčilo Vukićević, Ph.D., Full Professor of the Law Faculty of Novi Sad
Prof. Milivoje Trklja, Ph.D. (1934-2003)

Graduating Students

The 2002 Graduating Class of the Law Faculty of Novi Sad

TABLE DES MATIÈRES

Dr Milo Bošković, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
À l'occasion du départ à la retraite de monsieur le professeur Jovica Relić

Dr Ranko Keča, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
À l'occasion du départ à la retraite de monsieur le professeur Borivoje Starović

Dr Stevan Šogorov, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
À l'occasion du départ à la retraite de monsieur le professeur Slavko Carić

Articles et études

Dr Milijan Popović, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
Le modèle de la théorie intégrale du droit

Dr Marijana Pajvančić, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
*L'ombudsman dans le système constitutionnel de Serbie
- de l'idée à sa réalisation-*

Dr Srđan Šarkiċ, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
Stevan Uroš Milutin - "Le Roi Saint" ou bien l'habitant de l'"Enfer" de Dante

Dr Momċilo Đ. Vukiċević, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
De l'écologie dans la superstructure de la société

Dr JoŹef Salma, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
De l'harmonisation et la recodification de la législation civile hongroise

Dr Marija Vuċković Radovanović, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
(émérite)
*La représentation et autres actions pour autrui
(en dehors du tribunal et devant des arbitres)*

Dr Danica Popov, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
La propriété dans le droit comparé

Dr Dušan Nikoliċ, professeur associé de la Faculté de droit de Novi Sad
La peine de dédommagement

Dr Marija Salma, maître de conférence de la Faculté de droit de Novi Sad
*Validité des décisions méritoires dans la procédure avec ou sans conduite
de procès*

Dr Bernadet Bordaš, professeur associé de la Faculté de droit de Novi Sad
*La protection de la propriété comme droit de l'homme – quelques remarques
fondamentales avec la pratique du Tribunal européen pour les droits de l'homme*

Dr Snežana Brkić, maître de conférence de la Faculté de droit de Novi Sad
L'aveu d'entente (plea bargaining) dans le droit anglo-américain

Dr Milan Inić, professeur titulaire et Dragan Jovanović, assistant Faculté des sciences techniques et Faculté de droit de Novi Sad
Les causes du taux élevé des accidents de circulation sur les routes de Yougoslavie

Dr Sanja Đajić, assistant de la Faculté de droit de Novi Sad
L'effet des décisions du Tribunal européen pour la protection des droits de l'homme dans les systèmes juridiques nationaux

Mr Branislav Ristivojević, assistant de la Faculté de droit de Novi Sad
La causalité comme élément de responsabilité pour les actions des subalternes (Les responsabilités de commande)

Boško Tripković, assistant de la Faculté de droit de Novi Sad
The Italian System of Judicial Review of Legislation

La collaboration de la Faculté de droit de Novi Sad avec l'étranger

Dr. József Szabadfalvi, professeur titulaire de la Faculté de droit de Miskolc
Neo-Kantian Legal Philosophical Thinking in Hungary

Dr. Heinz Tichy, professeur titulaire de la Faculté de droit de Vienne
Die parlamentarische Vertretung von ethnischen Minderheiten und das österreichische verfassungsrecht

Dr. Menyhárd Attila, assistant Faculté de droit de Budapest
Excessive Benefit and Unfair Advantage in Contracts

Dr Csaba Fenyvesi, professeur associé Faculté de droit de Pécs
Legal position of the defender in the view of empirical analysis

Nécrologues

Dr Miloš Marjanović, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
Prof. dr Mladen Stojanov (14. 3. 1932 – 22. 2. 1999)

Dr Jožef Salma, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
Prof. dr Nikola Vorgić (1924-2002)

Dr Momčilo Vukićević, professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad
Prof. dr Milivoje Trklja (1934-2003)

Etudiants diplômés

Liste des étudiants diplômés de la Faculté de droit de Novi Sad en l'année 2002.

*Др Мило Бошковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПОВОДОМ ОДЛАСКА У ПЕНЗИЈУ ПРОФ. ДР ЈОВИЦЕ РЕЛИЋА

Проф. др Јовица Релић, рођен је 19. јуна 1931. године у Крчедину, СО Инђија. Средњу школу је завршио у Панчеву, а студије педагогије на Филозофском факултету у Београду 1956. године. Године 1962 са одликом је положио усмени докторски испит и исте године на Правном факултету у Новом Саду одбранио докторску дисертацију под називом "Основни узроци и услови омладинског криминалитета". Од 1957. до 1971. године др Релић је радио у Служби унутрашњих послова (РСУП Србије и РСУП Војводине) првенствено на пословима малолетничке деликвенције, спречавања појава алкохолизма, наркоманије и других друштвено штетних појава. У раду органа унутрашњих ослова посебно се истицао својим стручним и аналитичким сагледавањем проблема којима се бавио, као и предлозима решења тих проблема од стране друштвене заједнице, за која је добијао и одговарајућа друштвена признања и награде.

У 1962. години др. Релић је добио стипендију ОУН за рад на теми "Друштвена одбрана – контрола криминалитета" коју је користио за студијски боравак у Великој Британији, Шведској, Данској, Норвешкој и Финској. За време боравка у Лондону похађао је последипломске студије из криминологије код проф. Н. Williamsa на лондонској школи за економију и политичке науке. Тему из уже специјализације радио је код проф. Гибенса на Институту за изучавање и третман деликвенције.

Универзитетску каријеру др. Релић је почео на Правном факултету у Новом Саду на предмету Општа социологија. За хонорарног доцента за предмет Криминологија са пенологијом изабран је 1963. године на истом Факултету. У јануару 1980. године др Релић је биран за ванредног а 1990. године и за редовног професора. У својству наставника за предмет Криминологија са пенологијом учествовао је у свим облицима наставних активности на редовним и последипломским студијама, биран за ментора и у комисијама за одбрану магистарских радова и докторских дисертација. Од 1984. године држао је и редовну наставу и учествовао у другим образовним активностима на Филозофском

образовним активностима на Филозофском факултету у Новом Саду, на Катедри за психологију из предмета Криминологија са педологијом.

Др Релић је са рефератима и саопштењима био редовни учесник бројних стручних и научних скупова у земљи и иностранству. Поред бројних домаћих скупова др Релић је активно учествовао и на два међународна конгреса криминолога: у Београду 1973; године са дискусијом у Секцији за клиничку тенденцију у Криминологији; и на Међународном конгресу криминолога у Лисабону 1978. године где је поднео реферат о резултатима својих истраживања о професионалном криминалитету у Секцији за криминогенезу, који је на том скупу веома добро прихваћен. Др. Релић је активно учествовао у неколико научно-истраживачких пројеката из разних области проблема који се односе на спречавање и сузбијање криминалитета. Обавио је и три научна истраживања из области којом се бавио и преко 50 стручних и научних радова у виду монографија, или чланака у признатим часописима националног карактера.

Проф. др Јовица Релић је професионалне наставничке и научне делатности био активно ангажован у раду бројних тела Правног факултета и Универзитета у Новом Саду, редакцијама познатих часописа који се баве питањима криминалитета, и што је посебно значајно као признање био је национални кореспондент Генералног секретара ОУН за подручје криминологије из Југославије.

Године 1998. др. Релић одлази у редовну и заслужену пензију, али остаје у статусу професора за последипломске студије на Правном факултету на коме је провео већину свог радног века.

*Др Ранко Кеча, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПОВОДОМ ОДЛАСКА У ПЕНЗИЈУ ПРОФ. ДР БОРИВОЈА СТАРОВИЋА

Септембра 1999. године пензионисан је редовни професор нашег Факултета, Боривој Старовић, вишегодишњи шеф Катедре грађанскоправних наука и један од наших најистакнутијих научника из области Грађанског процесног права. Користимо прилику да овом приликом укажемо на основне токове једне изузетно богате научне, стручне и педагошке каријере.

Проф. др Боривој Старовић рођен је 1932. године у Јесеницама у Републици Словенији где је његов отац обављао посао царинског службеника Краљевине Југославије. По окончању Другог светског рата породица се пресељава у Суботицу у којој завршава основну школу и гимназију. На Правном факултету у Београду дипломира 1955. године. Докторску дисертацију "Excerptio non adimpleti contractus" успешно је одбранио 1964. године.

На почетку каријере и непосредно по дипломирању проф. Старовић ради као судија Општинског суда у Суботици, од 1956. до 1959. године. Од 1959. до 1966. године врши функцију судије Окружног суда у Суботици. Десетогодишње искуство судије оставиће драгоцен траг на научној каријери и стручном усавршавању које је започето упоредо са каријером судије. Од 1961. године почиње са радом на Економском факултету у Суботици, прво са непотпуним радним временом а касније, од 1966. године, и у сталном радном односу у звању доцента. На овом факултету 1969. године бива изабран у звање ванредног професора. Током 1975. године прелази на Правни факултет у Новом Саду на којем је биран за ванредног професора за предмет Грађанско процесно право. На Правном факултету у Новом Саду проф. Старовић остаје до краја своје успешне универзитетске каријере. Изузетно значајну околност у развоју научне и стручне каријере проф. Старовића има чињеница да је иста започета упоредо са вишегодишњом каријером судије практичара. Поменуто искуство ће добити одговарајући израз у целокупном научном и стручном опусу проф. Старовића који обележава један, не тако чест дар, способност складног компоновања и синтезе теоретских питања и проблема у светлу њихових практичних вредновања и примене. Током своје богате каријере проф. Старовић у више наврата борави у иностранству усавршавајући сопствено

Старовић у више наврата борави у иностранству усавршавајући сопствено научно и стручно знање али исто тако преносећи та знања на своје млађе колеге, последипломце и студенте. И ова искуства проф. Старовић складно транспонује и обухвата својим бројним радовима. Проф. Старовић је аутор више монографија, уџбеника, расправа и стручних радова. На теоретском и стручном раду, као синтеза описаних вредности, посебан значај има његов Коментар Закона о извршном поступку који се сматра врхунским делом ове врсте у нашој научној и стручној јавности.

У бројним генерацијама студената Правног факултета у Новом Саду, проф. Старовић ће остати запамћен као изврстан предавач комплексне и изузетно сложене материје Грађанског процесног права, а при крају каријере и као предавач Поступка пред арбитражама који је уведен као посебан наставни предмет понајвише захваљујући његовом ангажовању. У лепој успомени наших студената остаће, исто тако, веома коректан однос, сталоженост, добронамерност проф. Старовића на испитима којима се трауматичност овог чина сводила на најмању могућу меру. Педагошки рад проф. Старовића са последипломцима такође кресе описане вредности али захтев и помоћ да се оствари висок ниво научног и стручног квалитета последипломског рада.

Током своје богате каријере проф. Старовић активно учествује у готово свим аспектима живота нашег Факултета и Универзитета, у својству члана или руководиоца најразноврснијих стручних органа и тела. Као што је наглашено проф. Старовић низ година успешно обавља функцију шефа Катедре грађанскоправних наука. Не мање значајан допринос даје и у раду државних институција, њихових органа и тела а посебно узимајући учешће у стручним редакцијама низа законских пројеката. Све то је допринело да, 21. XI 1995. године, буде награђен повељом Универзитета у Новом Саду за допринос напретку и афирмацији Универзитета и факултета.

У целини посматрано проф. др Боривој Старовић је на нашем Факултету али и шире остварио запажену и испуњену каријеру која у више праваца може да послужити као образац и узор каријерама које су у току или ће уследити, при чему истакнути научник и стручњак ни у чему није потиснуо врсног педагога.

*Др Стеван Шогоров, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПОВОДОМ ОДЛАСКА У ПЕНЗИЈУ ПРОФ. ДР СЛАВКА ЦАРИЋА

Са завршетком школске 2001/2002. године, на дан 1.10.2002. отишао је у пензију проф. др Славко Царић, редовни професор и дугогодишњи шеф Катедре привредноправних наука Правног факултета у Новом Саду, изузетно цењен и признати научни радник Универзитета у Новом Саду.

Проф. Царић је веома позната и уважена личност, како у стручној правничкој, тако и у широј друштвеној јавности. Па ипак, пригода налаже подсећање на основне чињенице из његовог живота.

Рођен је 6.06.1936. године у Оџацима, у правничкој породици високог друштвеног угледа. После тешког времена детињства, у коме је заједно са породицом био непосредно погођен страхотама најразорнијег рата у људској историји, започиње своје образовање у школама у Новом Саду, а након матурирања уписује и завршава студије на Правном Факултету у Београду, са одличним успехом. Већ 1964. године докторира на истом факултету са докторском тезом "Правни односи између комитента и шпедитера из уговора о шпедицији", делом које и данас привлачи пажњу научне и стручне јавности.

Непосредно по дипломирању, као стипендиста за научни рад Владе Србије, изабран је 1959. године за асистента на Правном факултету у Београду. По оснивању Правног факултета у Новом Саду прелази 1960. године у наш и његов град и остаје му веран до данас. У звање асистента на Правном факултету у Новом Саду биран је 1960. у звање доцента 1965. ванредног професора 1969. и редовног професора 1974. године.

Допринос проф. Царића раду и развоју Правног факултета у Новом Саду је немерљив. Цео његов радни век се заправо поклапа са развојним путем овог факултета. У пензију одлази као последњи из плејаде професора који су на Правном факултету у Новом Саду радили практично од почетка његовог рада. Поред вођења предмета из области привредноправних наука, проф. Царић је више од двадесетпет година био шеф Катедре привредноправних наука и исто толико дуго руководиоца последипломских студија привредноправног смера. Више од осам година је био директор Института привредноправних и економских наука

директор Института привредноправних и економских наука Правног факултета у Новом Саду. У два мандатна периода био је биран за декана факултета. Као руководиоца, дао је изузетан допринос развоју Правног факултета у Новом Саду. Изградња и опремање модерне зграде у којој се факултет сада налази, умногоме је резултат његових личних напора и задивљујуће посвећености.

Велики је допринос проф. Царића и раду и развоју Универзитета у Новом Саду. У два мандатна периода је био проректор, а током 2000. године вршио је и дужност ректора Универзитета.

Као успешног педагога памте га десетине генерација студената. Држао се високих критеријума струке, али је студентима увек био спреман да на најразличитије начине пружи потребну помоћ, да их посаветује и подстакне на рад и освајање нових знања. Својом приврженошћу науци и струци, пленио је пажњу студената и на најбољи начин утицао на њихово посвећивање свету права. Даровитијим студентима, код којих је пробудио најснажнији интерес за струку, несебично је пружао сву потребну помоћ у њиховом даљем усавршавању. Од првих последипломских специјалистичких студија 1972. године организовао је сваке године последипломске магистарске студије привредноправног смера, које су до данас остале узор оваквих студија, са резултатима које ни на једним сличним студијама у земљи нису остварени. Из ових студија је произашло преко шездесет нових књига, на њима су предавали сви најбољи професори и други научни радници привредноправне струке из свих делова садашње и претходне Југославије, као и један број професора из иностранства. Колико времена, енергије и љубави је уложио у подизање научног подмлатка говори и податак да је био ментор код 19 доктората и 23 магистарска рада и члан више десетина комисија за одбрану докторских и магистарских теза на више правних факултета у земљи. Подигао је већи број научних радника, од којих су многи сада истакнути професори.

У више наврата боравио је у иностранству, најпре ради стручног усавршавања, а затим ради остваривања одговарајућих научних истраживања. У 1963. и 1969. години боравио је у Енглеској, Швајцарској и Аустрији, а од 1971. до 1973. године боравио је у Немачкој као стипендиста Хумболтове фондације.

Проф. Царић је, нема сумње, био и остао искрени заљубљеник своје струке - теорије привредног права. Па ипак, ни у једном тренутку није постао њен заробљеник. Током читавог свог досадашњег радног века одржавао је жив, трајан и зналачки интерес за целину правног система, за општа питања правне науке и правне политике, посебно за кључне принципе и институте правне цивилистике. Његови ставови и залагања у стручним радовима и научним скуповима су увек повезани са ширим правним и друштвеним контекстом, па су због тога и многе његове општетеоријске мисли, мада привидно у другом плану, по себи значајан допринос целини правног система и правној науци уопште.

Мада се претежно бавио теоријским и педагошким радом, проф. Царић је пружао и пружа изузетно драгоцен допринос нашој правној пракси. То је нарочито дошло до израза кроз допринос који је давао у процесима стварања права код законодавних тела и других креатора правних норми, као и при примени права у привредним организацијама, банкама, привредним коморама и при арбитражном и

редним организацијама, банкама, привредним коморама и при арбитражном и судском решавању спорова.

У процесима креирања права значајно је доприносио грађењу све бољег и модернијег правног система земље. Аргументовано је указивао на многе слабости у правном систему, залажући се за напреднија и конзистентнија решења. Имао је увек критичан али и конструктиван став према правној политици, залагао се за њено унапређивање и за што веће учешће правне теорије и врхунске правне струке и њеном дефинисању.

Као истакнути професор и врсни познавалац не само теорије већ и праксе привредног права, проф. Царић је преко 30 година обављао функцију арбитра Спољнотрговинске арбитраже и Избраног суда при Привредној комори Југославије, дајући велики допринос стицању угледа ових институција у земљи и свету. Овакав арбитражни рад довео га је на листе арбитра неколико најпознатијих трговачких арбитража у свету, као што су арбитраже у Цириху, Бечу и Франкфурту на Мајни. Као изузетан познавалац привредног права пружао је и велику помоћ судовима, посебно при заузимању ставова о значајним, начелним питањима примене права у овој области.

Изузетан је допринос проф. Царића и нашој привредноправној пракси. Велики број наших предузећа користио је савете и предлоге које је он давао. Истовремено, борио се за афирмацију правника и правне струке у привреди и указивао на њихову улогу у развоју модерних привредних субјеката.

Проф. Царић је посебну пажњу придавао стручној сарадњи са светом, верујући да се само узајамним утицајима различитих правних школа и традиција могу неговати универзалне правне вредности и оплемењивати свет права. Ради научних и стручних истраживања боравио је у више наврата, у укупном времену од преко три године, у Енглеској, Швајцарској, Аустрији и другим земљама, а као стипендиста Хумболтове фондације и у Немачкој. Са запаженим рефератима учествовао је на више од 20 научних скупова у свету и на преко 60 научних скупова у нашој земљи.

Величина укупног доприноса проф. Царића нашој правној науци се, можда, најбоље види по броју и карактеру његових радова. Написао је преко 40 књига, уџбеника и монографија, односно са измењеним и допуњеним садржајима још двадесетак, и то на више језика. Највећи број тих радова написао је самостално, мањи број коауторски, у сарадњи са својим колегама. Написао је такође и око 200 чланака, студија и расправа. "Уговори робног промета" које је написао са пок. проф. Капором, као и нека друга његова дела, одавно су постала класично штиво за образовање бројних генерација правника на свим правним факултетима у нашој земљи. Био је редактор и аутор у практично свим делима правно-лексикографског карактера и коментара најважнијих закона из привредноправне области у последњих тридесетак година у нашој земљи. Веома је успешно руководио већим бројем научно-истраживачких пројеката, а неким руководи и данас.

Проф. Царић је у пуној мери давао допринос раду наших научних и стручних удружења, председник је Југословенског удружења за привредно и међународно привредно право. Председник је Издавачког савета часописа "Право- теорија и пракса", а члан је и више редакција часописа из области правних и друштвених наука. Преко шеснаест година је био члан Управног одбора Матице српске и председник њеног Економског одбора. Био је и председник Издавачког савета Издавачког предузећа Матице српске и председник Издавачког савета "Научне књиге", издавачке куће Београдског универзитета.

Велики научни и педагошки ентузијазам и огромну енергију проф. Царић је показао и при крају редовног радног века оснивањем Привредне академије, нове универзитетске установе, чији је ректор.

За свој рад два пута је био одликован, а носилац је великог броја повеља и других признања из земље и иностранства. Посебно научно и стручно признање му је одато 1996. године избором у стално чланство Научног друштва Србије.

Захваљујући свом укупном раду, пре свега научним и педагошким резултатима које је постигао, проф. Царић је данас неспорни предводник привредноправне науке код нас, цењен и поштован и ван граница наше земље.

И на крају, честититајући у овој пригоди проф. Царићу све успехе које је остарио у свом стваралачком раду и садржајном животу, поштоваоци његовог дела остају у уверењу да ће још дуго, у другој половини свога живота, пружати драгоцене доприносе нашој правној науци, правничком образовању и правној пракси. Поводом 60 година живота и 35 година научног рада проф. Царића, његови ученици, тада већ професори, и други његови сарадници, приредили су 1996. године у Матици српској пригодан научни скуп. Публикација са тог скупа под називом "Привредно право и привредни развој" садржи, поред прилога учесника скупа, и исцрпну библиографију радова проф. Царића. Из огромног научног и стручног опуса проф. Царића указујемо овом приликом само на један број његових књига, монографија, уџбеника и коментара закона.

Избор из библиографије радова проф. Царића

1. Славко Царић, *Правни односи између комитената и шпедитера из уговора о шпедицији*, Београд 1966.
2. Славко Царић – Обрад Станојевић, *Привредно и радно право* – I књига, Нови Сад, 1967 (друго издање 1968.).
3. Славко Царић, *Привредно и радно право* – II књига, Нови Сад, 1967. (друго издање 1968.).
4. Славко Царић, *Привредно и радно право* – III књига, Нови Сад, 1967. (друго издање 1968.).
5. Владимир Капор – Славко Царић, *Уговори о друмском превозу робе и путника – правна теорија, судска пракса, пословна пракса, законодавство*, Београд, 1971.

6. Владимир Капор – Славко Царић, *Проблеми у вези закључивања и извршавања уговора о купопродаји у привреди – правна теорија, судска и пословна пракса, Опште узансе за промет робе*, Нови Сад, 1971.
7. Славко Царић, *Правни положај привредних организација*, Београд, 1971.
8. Владимир Капор – Борис Визнер – Славко Царић, *Уговори грађанског и привредног права*, Ријека, 1971.
9. Славко Царић, *Међународни транспорт робе*, Нови Сад, 1972.
10. Славко Царић, *Међународни транспорт робе, међународна шпедиција, транспортно осигурање, царине*, Нови Сад, 1973 (друго издање 1974, треће издање 1975, четврто издање 1977.).
11. Славко Царић, *Право пословног промета* – II део, Нови Сад, 1983.
12. Милорад Ђинић – Петар Шурлан – Славко Царић, *Коментар закона о уговорима о превозу у друмском саобраћају*, Београд, 1974.
13. Владимир Јовановић – Славко Царић, *Правно регулисање организација удруженог рада*, Нови Сад, 1977.
14. Славко Царић, *Нове појаве у правном регулисању робног промета*, Нови Сад, 1976.
15. Славко Царић, *Правно регулисање организовања удруженог рада*, Нови Сад, 1978.
16. Славко Царић, *Организовање здруженеј праце*, Петровец, 1977. I част.
17. Славко Царић – Љубиша Милошевић, *A jogügyletek. A Kötelmekről általában*. Fordították: Korhecz Tamas, Bognar Etelka, Ujvidek, 1977.
18. Славко Царић – Љубиша Милошевић, *Укону правнехо обеху*, Петровац, 1977, I част.
19. Славко Царић – Љубиша Милошевић, *Послови правног промета* – I део, Нови Сад, 1987. (друго издање: Суботица, 1978).
20. Славко Царић, *Организовање удруженог рада* – I део, Нови Сад, 1977. (друго издање: Суботица, 1978).
21. Славко Царић, *Организовање удруженог рада* – II део, Нови Сад, 1978.
22. Славко Царић, *Послови правног промета* – II део, Нови Сад, 1978.
23. Славко Царић и др, *Саобраћајно право*, Београд, 1979. (друго измењено и допуњено издање: Научна књига, Београд, 1990).
24. Славко Царић, *Банкарски послови и хартије од вредности*, Нови Сад, 1979. година (друго издање: Савремена администрација, Београд, 1981; треће издање: Научна књига, Београд, 1987; четврто издање: 1993).
25. Владимир Капор – Славко Царић, *Уговори робног промета*, Београд, 1969. (друго издање 1974; треће издање 1976; четврто издање 1979; пето измењено и допуњено издање 1983; шесто измењено и допуњено издање 1987; седмо измењено и допуњено издање 1990. године).
26. Славко Царић – Зоран Арсић, *Привредно право и Међународно привредно право у пракси*, Друштво економиста, Сента, 1983.
27. Славко Царић – Стеван Шогоров – Зоран Арсић, *Привредно право за агрономе*, Научна књига, Београд, 1985.

28. Славко Царић, *Правни положај организација удруженог рада*, Савремена администрација, Београд, 1981. (друго издање: Научна књига, Београд, 1987).
29. Славко Царић – Јелена Вилус – Стеван Шогоров, *Међународно привредно право*, Научна књига, Београд, 1985.(друго издање: 1989; треће издање: Нови Сад, 1993.).
30. Славко Царић, *Привредно планирање*, Научна књига, Београд, 1986.
31. Славко Царић – Бојан Забел – Стеван Шогоров, *Обављање привредне делатности у иностранству*, Научна књига, Београд, 1986.
32. Славко Царић – *Нове епохе у правном регулисању робног промета*, Научна књига, Београд, 1987.
33. Славко Царић, *Правни систем*, Завод за издавање уџбеника, Нови Сад, 1989.
34. Славко Царић – Франц Хрибовшек, *Спољнотрговинска плаћања*, Научна књига, Београд, 1990.
35. Славко Царић – Стеван Шогоров – Зоран Арсић – Драган Мркишић – Гордана Љубојевић, *Привредно право са основама права за економисте*, Нови Сад, 1992.

Др Милијан Поповић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

МОДЕЛ ИНТЕГРАЛНЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА

Сажетак: *Интегралне теорије права су производ XX века, мада је тај правац наговештен и код неких писаца у XIX веку. Ове модерне теорије права су нашле подстицаја за своје уобличавање пре свега у правцу културализма тридесетих година XX века. Представници интегралних теорија права теже да превладају, како они кажу, редукционизме у изучавању правне појаве, тј. да превладају тројни расцеп у општој мисли о праву (филозофија права, социологија права, нормативна теорија права).*

У овом раду су представљена три модела интегралних теорија права: Радбрухов, Висковићев и Тасићев.

Радбрух се представља као најистакнутији интегралист, мада је оваква оцена доста спорна. Радбрух је истицао да се право може изучавати са различитих становишта и филозофских и других дисциплина и то није спорно, али то и није интегрализам. Прави интегралист је Висковић. Међутим, његов интегрализам се свео на механички збир знања традиционалних дисциплина: филозофије права, социологије права и нормативне теорије права. Најуспешнији модел интегралне теорије права створио је Тасић, иако у његовом моделу слабости интегрализма нису могле бити ~~првостепенне~~ теорије права имају амбицију да разноврстне истраживачке објекте, односно знања о њима обједине у једну целину, а то је, са логичког становишта, немогуће. Право као социолошка чињеница по својој природи се потпуно разликује од правних бића објективисаних у правним нормама. Једно је реална, а друго идеална (духовна) појава. Још је

нормама. Једно је реална, а друго идеална (духовна) појава. Још је теже повезати научна знања о праву са филозофским знањима о праву. Општа теорија права као правна наука изучава оно што је опште у емпиријском позитивном праву, док филозофија права проблематизује надискусствено право.

Кључне речи: интегрална теорија права, Радбрухов модел, Висковићев модел, Тасићев модел.

УВОД

Владајуће је мишљење да је теорија права општа *правна* наука. Њена најуспешнија два модела су аналитички и синтетички, који најбоље репрезентују Ханс Келзен (аналитички модел)¹ и Тома Живановић (синтетички модел)². У оба модела потпуно је сачуван карактер опште теорије права као *правне* науке.

Под крај XIX века и у XX веку стварани су модели социолошких и психолошких теорија права. Међутим, у психолошким и социолошким теоријама права право је изучавано као *реална* појава, а не као *духовна* појава (као у аналитичким и синтетичким теоријама права). У њима се губи карактер опште теорије права као *правне* науке. Отуда оне и нису правне науке, већ социолошке и психолошке. Условно их можемо звати *наукама о праву*, а не правним наукама³.

Паралелно са социолошким теоријама права, особито тридесетих година XX века, има покушаја стварања интегралних теорија права. При том се као представници интегрализма у теорији права помињу, с правом или не, Ласк, Мајер, Радбрух, Сичес, Реале, Косио и други. Каже се да је интегрализам нарочито заступљен код представника културализма: Ласка, Мајера и Радбруха, да је он код њих постао "самосвјестан и методолошки цјеловит пројекат"⁴. На примеру Радбрухове *Филозофије права* видећемо какво има значење тај, како га зову, интегралizam. У поређењу оцјене интегралне теорије права гледишта појединих писаца су дијаметрално супротна. Док једни претерано хвале овај модел истичући да "интеграција такоређи улази у моду и сматра се неком врстом заштите од разних слабости правне науке, нарочито у погледу низа редукционизама, односно свођења, сложеног феномена права на неку његову особину"⁵ и да је "гледано у целини, интегрализам као објективна тенденција у развоју правних наука само део

¹В. мој рад *Модел аналитичке теорије права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXV, 1-3 (2000-2001), 2002.

²В. мој рад *Синтетички модел теорије права*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXIV, 1-3 (1998-1999), 2002.

³В. моју књигу *Општа теорија права*. I књига: *Увод у теорију права* (онтогносеологичке претпоставке), Нови Сад, Правни факултет, 2002.

⁴В. др Никола Висковић, *Појам права. Прилог интегралној теорији права*, Сплит, Правни факултет, 1976, с. 43.

⁵В. Радивој Степанов-Гордана Вукадиновић, *Теорија права I*, Петроварадин, Футура, 2001, с. 253.

универзалног настојања човека за поновним спајањем свог распарчаног правног знања и искуства”⁶. Други, пак, му поричу сваки значај истицањем да је он ”збрка над збркама правне теорије”, пошто са ”садржинске стране (...) садржи три димензије, три обележја, три несводљиве логичке категорије: емпиријску чињеницу, нормативну идеалност и вредносни нормативитет - аксиолошку стварност”⁷.

Као и у другим питањима и овде крајности у оценама по правилу не значе добитак. Уместо једностраних оцена и искључивости треба трагати за уравнотеженим одговором. Ако су могуће, и ако већ постоје, социолошке теорије права и психолошке теорије права, као и филозофија права, поред тзв. нормативне теорије права, могућа је, наравно, и интегрална теорија права, ако ништа друго, оно бар као механички збир знања наведених наука, односно дисциплина. Питање је само да ли је интегрална теорија права општа *правна наука*? У њој се правни елементи превише разводњавају, социолошким, психолошким и филозофским знањима, па се таквој науци мора оспорити превасходно *правни* карактер. У мери у којој је правна наука у истој мери, или и већој, је социолошка и психолошка наука а најчешће филозофија права, нарочито код културалиста, посебно код Радбруха.

I - Радбрухов модел

Густав Радбрух свакако спада у најплеменитије, мада не и најбоље, филозофе права у Немачкој у XX веку, у филозофе права са људским ликом. То се можда најбоље види у његовом односу према националсоцијализму и тзв. националсоцијалистичком праву. У једном, раду објављеном 1946. год., под насловом *Законско неправо и надзаконско право* писаном поводом односа према тзв. националсоцијалистичком праву и последицама које су из тога односа проистекле, Радбрух је на занимљив начин одредио оквире у којима се може кретати правни позитивизам, да би био оправдан, како би се спречио повратак такве неправне државе каква је била националсоцијалистичка држава. А правна држава је ”као насушни хлеб, као вода за пиће и као ваздух за дисање”⁸. За њено остварење, поред других услова, неопходна је демократија. Груби правни позитивизам захтева да се примењује позитивно право по принципу ”закон је закон”, макар оно било и неправедно. Правна сигурност потискује правду. Радбрух је, по мишљењу многих, пронашао спасоносну форму: ”Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда кад је садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају кад позитивни закон у толико неподношљивој мери

⁶ Исто, 256.

⁷ В. др Светислав М. Јарић, *Систем духовне правне науке*. Уводна правна наука, Том III, Београд, Наука, 2000, с. 262-263.

⁸ В. Густав Радбрух, *Законско неправо и надзаконско право*, у књизи *Филозофија права*, превод Душица Гутеша, редактуре превода Данило Н. Баста, Београд, Правни факултет: Досије, 1998, с. 231.

противречи правди, да закон као 'неисправно право' мора одступити пред правдом".⁹ Радбрух максимално заоштрава однос према "неисправном праву" истицањем. "... чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само 'неисправно право' он штавише, нема правну природу", тј. уопште није право.¹⁰ Густав Радбрух је један од истакнутих представника и утемељивача аксиолошке филозофије права. Овај правац је произашао из новокантовске, "Баденске школе" чији су врхови Вилхелм Винделбанд и Хајнрих Рикерт. Ова школа је указала на значај филозофије вредности, за разлику од друге новокантовске "Марбуршке школе" која је нагласак стављала на априорне, формалне, чисто логичке елементе сазнања. Радбрух је пошао већ трасираним путевима Винделбанда и Рикерта, а посебно Емила Ласка чија му је *Филозофија права* "указала правац" за његова излагања у сопственој *Филозофији права*.¹¹ Своје главне филозофскоправне погледе Радбрух је изложио у својој главној књизи *Филозофији права*, објављеној 1932. год. Ова је књига преведена и на српски језик, а цитираћу је према издању из 1998. године. При том овде преузимам неке делове мога раније објављеног рада о Радбруху.¹²

Одељком "Стварност и вредност" Радбрух уводи читаоца у (своју) филозофију права. Иако почетни, то је један од главних одељака у његовој *Филозофији права*. За њега је филозофија права само "један део филозофије". С обзиром на то, природно је што прво разматра "опште филозофске претпоставке" филозофије права. Како су "у датости" како Радбрух каже, "измешане стварност и вредност", неопходно је да се "одвоји стварност од вредности", што сматра "првим делом духа".¹³ Природи се као датости, супротставља царство вредности. Начин мишљења у природним наукама је "слеп за вредност". Супротно је у филозофији вредности (логика, етика и естетика), која садржи систематски изложене ставове вредновања. Између ових двају полова, "става који је слеп за вредност" (природне науке) и "става који вреднује" (филозофија вредности), налазе се "став који се повезује са вредношћу" (култура) и религиозни став "који превладава вредност".¹⁴ Културу појмовно одређује као "датост која има значење, а смисао јој је да остварује вредност". На тај се начин науке о култури принципијелно разликују од природних наука, али и од филозофије вредности и религије.

⁹ Исто, с. 228.

¹⁰ Исто, с. 228 "То посебно важи за одредбе по којима је националсоцијалистичка партија, супротно парцијалном карактеру сваке партије, захтевала за себе тоталитет државе. Правни карактер уз то немају ни сви они закони који су људе третирали као бића ниже расе и порицали им људска права. Правни карактер немају ни све оне претње казном које су, без обзира на различиту тежину злочина, вођене само тренутним потребама застрашивања, предвиђале исту казну за кривична дела различите тежине, често и смртну казну. Све су то само примери законског неправда".

¹¹ Исто, с. 11 (Документарна напомена под 1.).

¹² В. мој рад *Филозофија вредности, аксиолошке филозофије права и Енциклопедија права Тарановског*, Зборник Матице српске за друштвене науке, 104-105/1998.

¹³ В. Густав Радбрух, *Филозофија права*, с. 11.

¹⁴ Исто, с. 12.

Поред других појава као што су, на пример, наука и морал, у културу спада и право. Право, као културна појава, може да се одреди само "као датост чији је смисао да оствари идеју права".¹⁵ Идеју права схвата као "конститутивни принцип" и као "мерило вредности за правну стварност".¹⁶ Правна наука се одликује "посматрањем права као културне чињенице", а филозофија права "посматрањем права као културне вредности" при чему она то право вреднује.

Како је наведено, између вредности и стварности постоји непремостив јаз. У том погледу Радбрух је прави кантовац. Немогуће је, каже он, "из онога што *јесте* докучити шта има *вредност*, шта је *исправно*, шта *треба* да буде".¹⁷ Вредност и стварност стоје "напореда један поред другог, као два самостална затворена круга". То је основа методолошког дуализма. Вредности се, дакле, не могу извучити из стварности. Између вредности и стварности постоји логички, а не каузалан однос.¹⁸ То, наравно, не значи да вредновање није под утицајем стварности. Радбрух каже "да су чиновни вредновања каузалан резултат". Вредновања, значи, могу бити проузрокована стварношћу. Вредности, међутим, не можемо да *образложимо* стварношћу. Вредносни ставови као ставови о ономе што треба да буде, нормативни ставови, могу се, каже Радбрух, "образложити и доказати" само помоћу других нормативних ставова".¹⁹ Поставља се питање: шта је са првим нормативним ставом? Може ли се он доказати? Из природе ствари проистиче да се он не може доказати. По својој карактеру први нормативан став је аксиоматски. Аксиоматски, пак, ставови нису погодни "за сазнање, него само за веровање". Они нам говоре "шта човек може и шта хоће, али и не и шта треба".²⁰ Поставља се још једно питање: које је место науке у сфери вредности, "у области онога што треба да буде"? Наука "може да пронађе средства нужна за остварење нормативног циља" каже Радбрух. Задатак, пак, филозофије права је да "правни вредносни суд" посматра двосмерно, "силазно" ("до најудаљенијих средстава за његово остварење") и "узлазно" ("да га разјасни до његових крајњих претпоставки заснованих на погледу на свет").²¹ Захваљујући оваквом задатку и њему примереном методу, филозофија права може да учини две ствари. Прво, она може да "систематски развије крајње претпоставке које се уопште могу мислити", а то значи "и све полазне тачке правног вредновања у њиховој супротности и у њиховој сродности", што је претпоставка за "потпуну систематику њених могућих система".²² Метод којим се утврђује "исправност сваког вредносног суда само у односу на један одређен врховни вредносни суд" без утврђивања "исправности самог тог вредносног суда, тог погледа на вредност и свет", Радбрух назива

¹⁵ Исто, с. 14.

¹⁶ Исто, с. 14.

¹⁷ Исто, с. 16.

¹⁸ Исто, с. 18.

¹⁹ Исто, с. 19.

²⁰ Исто, с. 19.

²¹ Исто, с. 19.

²² Исто, с. 20.

релативизмом.²³ Још једном подвлачим да је за Радбрухово филозофскоправно становиште карактеристично да он одустаје "од научног образлагања крајњих становишта", што не значи да одустаје и "од самог заузимања становишта".

Како Радбрух одређује појам права? До појма права се може доћи уопштавајућом индукцијом, што и чини правни позитивизам. Такав појам се, међутим, "не може образложити".²⁴ Да би се показало да је појам права нужан, а не случајан појам, мора се поћи од става да је он "појам једне стварности повезане с вредношћу" тј. да је културни појам.²⁵ Радбрух дефинише право као "*ону стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права*".²⁶ Под идејом права он подразумева правду. А правда је, као и добро, истинито и лепо, апсолутна вредност. Апсолутне, пак, вредности су оне вредности "које се не могу извести ни из какве друге вредности".²⁷ Почетну дефиницију права Радбрух конкретизује после разматрања идеје права (правде) и правног налога, као специфичне стварности, међучлана између емпиријског права и идеје права. Правду одређује у субјективном и објективном смислу. У субјективном смислу правда је "појавни облик морално доброга".²⁸ Тако схваћена, правда је "људска особина", "врлина". Она је "духовна настројеност која је усмерена на објективну правду". Како се, међутим, објективна правда тиче "односа међу људима" њен идеал се налази "у идеалном друштвеном поретку".²⁹ Објективна правда, схваћена као једнакост, је мерило по којем се цени позитивно право. Следом Аристотела, Радбрух разликује, по предмету, две врсте једнакости. Једна је везана за добра (комутативна правда), а друга за људе (дистрибутивна правда). По мерилу, пак, једнакост може бити апсолутна (опет, комутативна правда) и релативна, сразмерна (опет, дистрибутивна правда). Комутативна правда претпоставља дистрибутивну правду, која је "првобитни облик правде", у којој је Радбрух нашао "идеју правде на коју се мора оријентисати појам права".³⁰ Што се правичности тиче, она је за Радбруха "само једна врста правде" и то "правда појединачног случаја",³¹ како је иначе и Аристотел одређује. С обзиром на изнето, право се може одредити као "*она стварност чији је смисао да служи правди*".³² У овој дефиницији права остаје неодређено њено генеричко обележје, сама стварност. Кад одређује појам права, Радбрух под стварношћу не подразумева само емпиријско право, него посебну стварност, која има "психолошки карактер вредновања и захтева".³³ Као што је и савест посебна стварност у вези с моралном идејом, укус с естетском идејом, разум с логичком идејом, налог је посебна стварност у вези с идејом права (правдом). Налог је у исто

²³ Исто, с. 21.

²⁴ Исто, с. 38.

²⁵ Исто, с. 38.

²⁶ Исто, с. 38.

²⁷ Исто, с. 39.

²⁸ Исто, с. 39.

²⁹ Исто, с. 39.

³⁰ Исто, с. 40.

³¹ Исто, с. 41.

³² Исто, с. 41.

³³ Исто, с. 42.

време и "позитивност" и "нормативност". Као и правда, и налог има као свој предмет "међусобни однос људи". С обзиром на изнето, Радбрух прецизира дефиницију права: право је "скуп налога за заједнички живот људи".³⁴ Како је Радбрухов појам права изведен дедуктивно, из идеје права (правде), он има, како он каже, "претправни", "априорни карактер". Зато је појам права "нужан", а не "случајан" општи појам.³⁵ Међутим, и наведена, прецизирана, Радбрухова дефиниција права није коначна. У одељцима "Сврха права" и "Антиномије идеје права" Радбрух показује све богатство идеје право, које се не исцрпљује само правдом, ма колико правда била главни и водећи момент идеје права. Правда није довољна, пошто се њоме, како он каже, "одређује само форма права".³⁶ Уз правду иде идеја сврсисходности, неопходна за одређивање садржине права. Она је непосредно повезана са сврхом права. Радбруха, као правног филозофа, не занимају емпиријска постављања сврхе, него надемпиријска идеја сврхе "по којој треба мерити право". Могућа су, о томе, три схватања: индивидуалистичко, наиндивидуалистичко и трансперсонално. За индивидуалистичко схватање крајња сврха је слобода, за наиндивидуалистичко - нација, а за трансперсонално - култура.³⁷ Радбрух се приклања трансперсонализму, пошто он "на својеврстан начин међусобно повезује индивидуалне и наиндивидуалне елементе".³⁸ Уосталом, појединце, народе и државе оцењујемо "према њиховим делима". Најзад, уз правду и сврсисходност иде, као "трећи равноправан захтев који се поставља праву" правна сигурност.³⁹ Идеја права је тако састављена из трију момената: правде, сврсисходности и правне сигурности. Правна сигурност је, у ствари, ред и мир, а те вредности захтевају позитивност права. Колики значај Радбрух придаје идеји правне сигурности види се и по томе што он каже: "ако се не може *утврдити* шта је праведно, мора се *прописати* шта ће бити по праву, и то од стране органа који је у стању и да *спроведе* оно што је *прописано*".⁴⁰ Између трију наведених момената идеје права постоји, како каже Радбрух, "напетост". С једне стране, постоји напетост између правде и сврсисходности, пошто та два момента идеје права "долазе у међусобну противуречност". Са друге стране, постоји "напетост" између правде и сврсисходности са правном сигурношћу, пошто прва два момента "долазе у противуречност" с трећим моментом. Радбрух признаје да није у стању да превлада "напетост" која постоји међу моментима идеје права. Он каже: "Ми смо утврдили противуречности, а нисмо у стању да их разрешимо".⁴¹ Сматра да сва три момента идеје права "имају подједнаку вредност", а којем ће се моменту "у случајевима спора" дати превага зависи само од "појединачне

³⁴ Исто, с. 42.³⁵ Исто, с. 42.³⁶ Исто, с. 58.³⁷ Исто, с. 62.³⁸ Исто, с. 64.³⁹ Исто, с. 77.⁴⁰ Исто, с. 77-78.⁴¹ Исто, с. 81.

савести”.⁴² Право је, у сваком тренутку, сачињено из форме права и садржине права. Форма права је ”форма правде, тј. једнакости и општости”. Правда је, пак, празна категорија која се може испунити најразноврснијим садржајем.⁴³ Што се тиче садржине права, на њу утичу сва три момента идеје права, мада претежним делом садржине права ”влада принцип сврсисходности”. Хоће ли у праву имати превагу формални или садржински елемент зависи од конкретноисторијских прилика. Формални је момент, на пример, имао превагу у римском, а садржински у немачком праву. Закључак је Радбрухов да се право ”налази усред поларних супротности, да му је равнотежа лабилна, стално угрожена, и да је стално треба поново успостављати.

II - Висковићев модел

Др Никола Висковић, професор Правног факултета у Сплиту, свакако је најобразованији теоретичар права и правни филозоф код Хрвата данас. Развијао се нарочито под утицајем теорије и филозофије права које су стваране на шпанском и италијанском језику, као и под утицајем лукачевске варијанте марксизма. Од страних филозофа права особито му је близак Карло Косио, чије је радове преводио на српскохрватски језик. Докторат права стекао је у Београду након успешно одбрањене докторске дисертације ”Појам права. Прилог интегралној теорији права”, на Правном факултету, 1974. год. Скраћени и измењени текст докторске дисертације објавио је као монографију у Сплиту, 1976. год. У време кад се почео појављивати на научним скуповима у Србији, особито после одбрањене докторске дисертације, па све до распада Југославије, више од једне деценије и по, као и на састанцима Групе за теорију права, коју је у Српској академији наука и уметности водио проф. Радомир Д. Лукић, просто је саблажњавао свет својом ерудицијом и, за многе, новим погледима на право, теорију права и филозофију. Без зазора и предрасуда улазио је у дијалог и оштру полемику и са схватањима у то време водећег и такорећи неприкосновеног српског теоретичара права академика Радомира Лукића, указујући да редукционизам његовог (Лукићевог) нормативног схватања, уводњај речи за своје главно дело *Појам права*, Висковић каже: ”Ипак, свагдје у свјету се осјећа, неовисно о разликама у зрелости правних култура и идеолошких оквира, незадовољство правника са стањем властите знаности: незадовољство због разбијености властите спознаје на непрегледно мноштво догматских, хисторијских, нормативистичких, политичких, социолошких и других парцијалних приступа и поставки које никако не успјевају да прерасту у разумјевање цјелине”.⁴⁴ С обзиром на то, присутни су у правној мисли, каже Висковић, ”конвергирајући напори све већег броја сувремених правника да се

⁴² Исто, с. 90.

⁴³ Исто, с. 104.

⁴⁴ В. Никола Висковић, *Појам права. Прилог интегралној теорији права*, с. 11.

одлучније крене у интеграцију метода и садржаја тог расутог знања”⁴⁵. При том, одмах ближе одређује свој циљ, а и открива своју припадност једној особеној варијанти марксизма, лукачевској: ”Задатак окупљања и ревалоризације правне спознаје унутар једне ’јединствене повјесно-дијалектичке знаности о развоју друштва као тоталитета’ (Lukacs) чврсто је укорјењен у марксистичком схваћању свијета и у неким вишим дометима марксистичке теорије права, па као такав остаје и прва претпоставка за нужну промјену начина мишљења, образовања и праксе правника у социјалистичком друштву”⁴⁶.

Висковић је као озбиљан теоретичар права схватио да су основе теорије права, па и његове интегралне теорије права, филозофија и социологија, а за њега марксизам (лукачевски) и марксистичка социологија. Зашто су за теорију права тако значајне филозофија и социологија? Зато што дају теорији права ”темељна знања о човјеку и друштву”, која се показују као њене ”највише претпоставке”⁴⁷. Тако филозофија поставља ”антрополошке основе права”, ”методолошке основе правне знаности”, као и ”врједносне оријентације и критике правне спознаје и права”. Захваљујући, пак, социологији, истражују се ”повјесне структуре, динамике и типологије друштва”, као и ”мјесто права у њему”. У неке од тих поставки које Висковић сматра ”темељем” своје интегралне теорије права спадају, прво, пракса као основа марксистичке антропологије. За њега је и марксизам као филозофија ”прије свега (...) материјалистичка антропологија и нови хуманизам”⁴⁸. Каже да је питање: шта је човек? ”претходно и темељно питање”. Усвајајући поставке из Марксових раних радова, Висковић схвата човека као ”биће стварања, природно биће које, покренуто незадовољеним потребама у стању оскудице, осјетилном делатношћу присваја и прерађује природу стварајући нове предмете, материјалне и духовне творевине, прије свега средства рада и споразумјевања”⁴⁹. При том, човек се као биће стварања и сам ”преображава као дио природе и гради ново биће са свестраним потребама, способностима и међуљудским односима којима се те потребе и способности задовољавају”⁵⁰. Тако се човек исказује као ”повјесно биће које властитом дјелатношћу стјече, мијења, губи (...) и враћа своја специфична својства”⁵¹. У процесу рада човјек постаје ”свијесно и самосвјесно биће”. Поред тога, човек је ”биће слободе, вредновања и нормативног пројекта - биће које бира, антиципира и усмјерава егзистенцију постављајући циљеве и технику њихове реализације”⁵². Најзад, човек се показује и као ”временито биће”, пошто постоји у димензијама: прошлости, садашњости и будућности и као ”друштвено биће”⁵³. Све наведене одреднице човека сливају се у једну: човек је биће праксе. Висковић

⁴⁵ Исто, с. 11.

⁴⁶ Исто, с. 11.

⁴⁷ Исто, с. 59.

⁴⁸ Исто, с. 59.

⁴⁹ Исто, с. 59-60.

⁵⁰ Исто, с. 60.

⁵¹ Исто, с. 60.

⁵² Исто, с. 60.

⁵³ Исто, с. 60-61.

праксу појмовно одређује као "свјесну и слободну дјелатност којом човјек у границама ситуације и као друштвено биће преображава природу и сама себе ради задовољења својих природних и људских потреба".⁵⁴ При том, он под праксом не подразумева "искључиво материјалну дјелатност, него осјетилно-афективно-мисаони тоталитет егзистенције".⁵⁵ За Висковићеву интегралну теорију права најважнија је пракса "као највиши тоталитет" и то нарочито схватање праксе "као јединства осјетилног, афективног и рационално-мисаоног" пошто је тако схваћена пракса "антрополошка основа тројне структуре правне појаве".⁵⁶

У свом делу *Појам права*, Висковић је дао систематичан приказ постојећих теорија о праву. Класификовао их је према методолошким моделима, према природи дефиниције, према садржају појма право и према критеријуму правности. Досадашње расправе о праву су, према његовом мишљењу, "придавале највећу пажњу садржају појма право, мање пажње критерију правности и методолошким проблемима, а најмање пажње питању природе дефиниције".⁵⁷ Приказ теорија права према наведена четири мерила послужио је Висковићу као "најшири систематски оквир" за представљање властитог схватања о појму права.

Према методолошким моделима Висковић издваја седам теорија права. Тако "математичко-неискуствени модел знанствености" карактерише рационално учење о природном праву у XVII и XVIII веку (Гроцијус, Хобс, Спиноза, Пуфендорф, Лајбниц). Овај модел постао је "основа теоријских и практичних покушаја стварања модерних кодификација дедукцијом из неколико евидентних и рационално нужних начела".⁵⁸ Потом, правни позитивизам, који има више варијанти, "означава јасну тежњу новије правне знаности да властитим исказима даде објективност и прецизност природних и логичких знаности".⁵⁹ Његова су два темељна методолошка својства: "усмјереност на искуство и етичка неутралност". Истакнути представник правног позитивизма је Бергбом. Следи представљање "догматског и логицистичког модела знанствености". Заправо, то је "модел мисли најстаријег облика правног позитивизма", тзв. правног легализма "али такођер и савременог формалистичког позитивизма".⁶⁰ Варијанте овог модела налазе се у егзегетичкој школи, потом у пандектистичкој или тзв. концептуалној јуриспруденцији и Келзеновом формалистичком позитивизму који теорију права претвара у формалну логику права. Такође, и савремене аналитичке теорије права "проширују интересе на семантичко-синтактички аспект правне појаве".⁶¹ Што се тиче "природно-искуственог модела знанствености", он се потврђује у правној науци као значајна теорија права "тек (са) појавом социолошког позитивизма XIX и XX столећа". Усвајају се методе природних наука, како у друштвеним, тако и у

⁵⁴ Исто, с. 61.

⁵⁵ Исто, с. 61.

⁵⁶ Исто, с. 61.

⁵⁷ Исто, с. 19.

⁵⁸ Исто, с. 21.

⁵⁹ Исто, с. 21-22.

⁶⁰ Исто, с. 22.

⁶¹ Исто, с. 23.

правним наукама, као "савршене методе спознаје". Представници ових теорија су Гумпловиц, Пост, Јеринг, Диги, а такође и поједини писци који припадају идејном кругу америчког правног реализма. Апериорни модел теорије права јавља се као "синтеза природно-искуственог и рационалистичког приступа стварности".⁶² Овај правац заступали су новокантовци у Немачкој и Дел Векио у Италији. У центру његове пажње су "трансценденталне претпоставке правног искуства". Појам права се схвата као "нужна форма искуственог садржаја". До њега се не може доћи логичким методима "из повјесног искуства", већ само апериорним путем. Уз наведени апериоризам иде и Хусерлов феноменолошки или интуиционистички апериоризам "и на њему утемељени покушаји да се 'интелектуалном интуицијом' захвате апериорне есенције права и објасни правна свијест".⁶³ Затим, следи обрада "повјесног модела знанствености" за који је карактеристично трагање за истином "или у повјесном развоју народног духа или у осјетилно-духовној повјесној пракси или у повјесним нормативним актима".⁶⁴ Главне варијанте повјесног модела присутне су у историјскоправној школи ("према којој се објективни национални дух у свом органском расту изражава, међу осталим начинима (...) и као правна свијест") и у марксистичкој теорији права ("која право смјешта у тоталитет односа производње и класне расподеле у конкретним друштвеним формацијама, замјењујући тако ванвременске појмове Право и Држава појмом повјесних типова државно-правних поредака").⁶⁵ Најзад, културалистички модел "полази од диобе свјета природе и свјета културе или повјести, односно природних и културних или духовних знаности".⁶⁶ Главни представници културалистичких теорија права су: Ласк, Мајер, Радбрух, Зауер, Гурвич, Сичес, Реале и Косио. Ове теорије се посебно одликују обраћањем пажње на вредности ("као бит културних појава") и на вредносне оријентације: "усмјереност ка вриједности, посебно на идеју правде, деформализација правне знаности и примјени поједињавајуће - разумјевајуће методе особине су целокупне културалистичке и њој сродне егзистенцијалистичко-феноменолошке филозофије права",⁶⁷ каже Висковић, додајући да се то односи и на поједина дела социолошке мисли.

Што се тиче начина дефинисања права, Висковић разликује есенцијалистички и конвенционалистички начин дефинисања. У правним наукама доминира есенцијалистички начин дефинисања права. Влада "уверење", како каже Висковић, да дефиниција изражава преконституирану бит предмета и да због тога појам 'право' има једно своје властито и једино 'истинско' значење".⁶⁸ Додаје, да је "све донедавно такво (...) уверење било неприкосновено у свим методолошким правцима правне мисли и у погледу свих правних појмова".⁶⁹ Међутим, савремене

⁶² Исто, с. 25.

⁶³ Исто, с. 25.

⁶⁴ Исто, с. 26.

⁶⁵ Исто, с. 26.

⁶⁶ Исто, с. 27.

⁶⁷ Исто, с. 28.

⁶⁸ Исто, с. 28-29.

⁶⁹ Исто, с. 29.

науке све више напуштају "мисао о преконституираним есенцијама предмета", док се дефиниција "схваћа као одређивање значења х израза којим се унутар лингвистичког система означава у предмет".⁷⁰ При том, конвенционалистичке дефиниције могу бити лексикалне и стипулативне. Лексикалним дефиницијама се изразима даје уобичајено значење, а стипулативним се "предлаже или прописује" једно ново значење, јер се процењује, по принципу корисности, да је то боље са становишта ове или оне науке. То није само "терминолошко питање, већ је ствар знанствене сврсисходности".

Најзад, Висковић класификује теорије права према садржају и критеријуму правности. Он сматра да су правне норме, друштвени односи и друштвене вредности "нужан садржај правног искуства". У вези с тим, а према томе колико теорије права то уважавају, Висковић разликује: природноправне, легалистичке, нормативистичке, социолошке и интегралне теорије права. Кад се теорије права посматрају по садржају, а са нагласком на критеријум правности ("да ли оне својство правности неких појава заснивају у последњој анализи на нормативности, друштвеном односу или вриједности") добијају се "три најшире скупине концепција о критерију правности", а то су нормативне или формалистичке, релативистичке и предлоказних теорија права изведених према различитим основама класификације, Висковић је констатовао "тројни расцјеп теорија о појму права и правне знаности". Са становишта овога рада, битно је да се акцентује да је Висковић извео закључак да се "и опћа правна знаност" цепа "на три главне дисциплине које су међусобно више или мање равнодушне или антагонизирание"⁷² и то на филозофију права, нормативну или формалну теорију права и на теоријску социологију права. При том је наведени "расцеп" опште теорије права "методски свјестан и уз обиље рационалних оправдања", што је посебно видљиво код "правних нормативиста", нарочито Келзена. Висковић је против таквих, како из назива, редукционистичких теорија права. Полазећи од "фундаменталног јединства правног искуства", он указује "на нужност цјеловитог поимања његова предмета", па се сходно томе и опредељује за интегралну теорију права.⁷³

Висковићева интегрална теорија права претпоставља, наравно интегралну дефиницију права. Он се опредељује за стипулативну дефиницију права. Сматра да "искуство правника практичара треба да буде критериј за утврђивање предмета-право и опћенито за истинитост знанствених ставова".⁷⁴ Он под правом подразумева "једно повјесно јединство различитости или друштвено-повјесни процес састављен од: становитих друштвених односа којима је потребно присилно дисциплинирање, друштвених вриједности и циљева којима се такви односи оцјењују и пројектирају, и друштвених норми које полазећи од владајућих вриједности и циљева такве односе присилно уређују".⁷⁵ Интегралној теорији права

⁷⁰ Исто, с. 29.

⁷¹ Исто, с. 33.

⁷² Исто, с. 41.

⁷³ Исто, с. 41.

⁷⁴ Исто, с. 48.

⁷⁵ Исто, с. 53.

одговара и методологија у чијем је средишту дијалектички метод. При том, дијалектика треба да осмисли "јединство логичко-догматске, узрочно-функционално-разумјевајуће и филозофско-политичке методе у спознаји цјеловите правне појаве."⁷⁶

III - Тасићев модел

Др Ђорђе Тасић, професор Правног факултета у Београду (једно време био је наставник на Правном факултету у Суботици, а потом и на Правном факултету у Љубљани), спада у ред најистакнутијих српских правних писаца и социолога. У областима којима се бавио, с њим се могу мерити само Слободан Јовановић и Тома Живановић, а после Другог светског рата и Радомир Д. Лукић. Помно је пратио европску правну мисао, особито Дигијеву и Келзенову, међу којима је пронашао и додирне тачке иако су то, на први поглед, две потпуно опречне доктрине. Био је учесник бројних скупова у иностранству на којима је подносио реферате и саопштења. У белешкама објављиваним у "Архиву за правне и друштвене науке", чији је једно време био и главни уредник, преносио је идеје са тих скупова, као што је, уосталом, о готово свакој иоле озбиљнијој објављеној књизи писао приказе. За време свог релативно кратког живота објавио је више стотина радова различите вредности и неколико књига. Зла судбина му није омогућила да доврши и објави моћније синтезе у виду монографија и систематских дела. Па ипак његове књиге *Оправдање државе* и *Увод у правне науке (Енциклопедија права)*, свакако спадају у најдубље радове до сада објављене на српском језику (у тим областима). По искричавости идеја и оригиналности спада у наше најбоље правне писце.

Тасићева мисао о праву је разнолика. Он се бавио не само општом теоријом права, која му је била главна специјалност, већ и социологијом права, али и уставним и управним правом. Овде нас, наравно, занима пре свега његова општа теорија права која је на систематски начин изложена у његовом, већ поменутом, *Уводу у правне науке*, нарочито у првом издању из 1935. (остала издања из 1938. и 1941. су прилагођена за студенте прве године студија, па су са научног становишта знатно скромнија, мада и у њима има и нових питања и нових Тасићевих погледа). Овде преузимам неке делове мог раније објављеног рада о Тасићевој теорији права објављеном у "Архиву за правне и друштвене науке".⁷⁷

Своју општу мисао о праву Тасић подводи под правац општа теорија права. Он каже да су задаци његове теорије права "да утврди шта је то право (његов појам), његову вредност, циљ и смисао (*идеју* права), као и његову социјалну функцију и да утврди *основне правне појмове*".⁷⁸ Оваквим одређењем задатака

⁷⁶ Исто, с. 58.

⁷⁷ В. мој рад *Тасићева општа мисао о праву*, Архив за правне и друштвене науке, 4/1993, с. 589-602.

⁷⁸ В. Др Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке (Енциклопедија права)*, Београд, Штампарија Главног савеза српских земљорадничких задруга, 1933, с. 3.

опште теорије права Тасић се дистанцира у односу на традиционалну општу теорију права, схваћену као општа *правна* наука. Његова општа теорија права јесте претежно емпиријска, али није сасвим позитивистичка дисциплина. Да је она емпиријска, признаје сам Тасић: "Општа теорија *иначе* када утврђује своје појмове не излази из граница искуства".⁷⁹ Међутим, уношењем правних вредности, циља и смисла права у своју општу теорију права он се одлепио од позитивизма. Поред правног и социолошког, сматрао је да су филозофски приступ и филозофска култура неопходни за одређење појма права, као "средишњег појма" опште теорије права, "фундаменталног", "највишег" и "најсложенијег". Тасић сасвим схвата да је његова општа теорија права једна општа правна наука с елементима филозофским.⁸⁰

Постоје опште теорије права разних степена општости. Једна се може односити на једно одређено позитивно право, друга на тип установа у датим земљама, трећа на једну врсту правних појмова, четврта на више врста правних појава, пета је општа теорија о праву уопште као синтеза целокупног права. Она се налази на врху правних наука, као садржалац највиших појмова. Тасић разликује четири врсте основних појмова.⁸¹ То су појмови "везани за битне знаке права или за правно правило као такво"; затим, то су појмови "који чине претпоставку за све друге појмове или највиши слој појмова"; потом, то су појмови "који су општи код народа једног културног типа"; најзад, то су појмови "који су стални у историјском развоју код свих народа". Избегавајући круга мерила, Тасић на сходан начин уноси све четири врсте основних појмова у своју општу теорију права.

Још је једно питање претходно. Шта Тасић подразумева под филозофијом права? Он даје, прво, једно елементарно одређење. Филозофија права "ставља право у оквир универзалног и космичког". Потом, према "природи права", разликује формалистичку и методолошку оријентацију која прелази у чисти логицизам, филозофију природног права, филозофију културе и културних вредности, филозофију духа (хегелијанску), социолошки позитивизам и материјалистички позитивизам.⁸² Поједине оријентације, каже Тасић, воде у метафизику, друге "остају на пола пута", а треће признају "само позитивну науку". Он сматра да је основно филозофско питање "је ли право нека вредност, тј. нешто морално и колико је независно од социјалне средине". Тако Тасић филозофију права редукује, углавном, на правну аксиологију. У трећем издању свог уџбеника под главним филозофским питањем он подразумева питање "о вредности права, о његовом циљу и задатку, о његовом оправдању и смислу".⁸³

⁷⁹ Исто, с. 248.

⁸⁰ Исто, с. 3-4. "Избегавајући да дамо овој науци филозофски карактер, ми нећемо овде подробно улазити у проблеме смисла, циља и вредности права, и нећемо дубље улазити у позадину или тачније филозофску и методолошку основу питања тј. чисте филозофије...". "Ипак нећемо моћи да избегнемо да и у њих уђемо донекле, пошто су та питања тесно везана за појам права".

⁸¹ Исто, с. 255.

⁸² Исто, с. 250.

⁸³ В. Др Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке*, треће издање поправљено и допуњено, Београд, Штампарија "Привредник", 1941. с. 118. "С друге стране уздижући нас на висине највиших појмова

Тасићева општа теорија права почива на одређеним претпоставкама. Прва се тиче његове антропологије. Иако Тасић није шире засновао и развио своју антропологију, она је кључна за разумевање његове опште теорије права.

Човек је полазна тачка и циљ његових истраживања. Да би одредио место и улогу коју човек има у друштву и у свету културе, чији је део и право, Тасић разматра проблем суштине и природе човекове. Питање је да ли је човек *homo politicus* или *homo economicus* или *homo consumens* или све то и нешто још више?⁸⁴ Тасић човека и човеков свет схвата интегрално, као суштинско јединство супротности. У овом делу, Тасићева антропологија се приближава Марксовој антропологији, али је обдарено разумом и интелигенцијом. Супротно Спинози, Тасић је оптимиста. Рационално у човеку односи победу над телом које је природа.

Људско биће, међутим, није само контемплативно биће. Човек је и практично биће. Он ствара оруђа и ствара свој свет, "своје установе, своју цивилизацију и културу, као и своју историју".⁸⁵

Тасић је свестан да поред свести и воље човека на стварање човековог света делују и други спољашњи фактори, који су чак од "пресудне важности", као што су економски услови а пре свега начин производње, који "активност" човека условљавају и ограничавају. Али сматра, у духу свог хуманистичког активизма, да сви ти фактори "ништа не би значили", када не би ту био човек који ствара и проналази. Тасић превазилази редукционистичко схватање човека које овог своди на *zoon politicus*. Поред обичног разума, човек поседује и "један виши разум". Човек је и културно биће, *zoon metafisicus*. Он ствара науку, уметност, религију, филозофију и метафизику, ствара идеале. Тражи да открије "смисао живота и света". Тако Тасић долази до закључка да човек "сам себе, и својим сазнањем и својим размишљањима, као и својим идеалима ствара".⁸⁷

Сасвим у духу Марксове теорије отуђења Тасић примећује да човек "ствара дела и вредности" и да бива "заробљен њима јер она имају свој сопствени пут и своју сопствену законитост".⁸⁸

Тасић, такође, у духу Марксове антропологије, одбацује становиште о непроменљивој људској природи. Човек поседује одређена трајна својства, али стиче и нова, током еволуције и историје. Он се "развија изнутра по својим потребама све многобројнијим, по својим сазнањима и по својим идеалима".⁸⁹ Људско усавршавање је трајан процес.

правде и правичности, реда и сигурности, правне свести итд., теоретисање и то филозофско, даје нам поузданије критеријуме при решавању конкретних питања".

⁸⁴ В. Загорка Голубовић, *Човек и његов живот*, у књизи др Павле Бубања, *Стварање филозофије. Дијалог као свет духовности*, Крушевац, Багдала, 1992., с. 257.

⁸⁵ В. др Ђорђе Тасић, Увод управне науке (Енциклопедија права), с. 17.

⁸⁶ Исто, с. 18.

⁸⁷ Исто, с. 17.

⁸⁸ Исто, с. 18.

⁸⁹ Исто, с. 18.

Значајне претпоставке Тасићеве опште теорије права су и његова етичка, правна и социолошка схватања. Етичка и социолошка схватања Тасићева су повезана с његовим антрополошким погледима.

Етичка схватања Тасићева проистичу из његове антропологије, из човекове природе, али и из социологије, из друштва. У Тасићевим исказима преплићу се искази нормативне етике с исказима социологије морала. Етички искази тичу се објашњења моралних вредности, као садржине права уопште. Елементи морала су повезани и са Тасићевим правносоциолошким и општесоциолошким схватањима, а преплићу се и са психолошким.

Тасићев човек, проистекао из његове антропологије, не може се замислити ван друштва. Он је, како каже Тасић "органиски уткан у друштво". Заправо човек и друштво су "као две половине истог целог".⁹⁰

Човек ствара друштво, али и друштво ствара човека, у једном трајном динамичком процесу. Друштво на човека врши двострук утицај. Оно га, како каже Тасић, "подиже", али оно га "истовремено ограничава". Он примећује: "Од сунца се можемо склонити, али не можемо се ни једног тренутка склонити од друштва, које нас прати у стопу, јер у истини оно је у нама".⁹¹

Друштво ограничава човека на разне начине, па и тако што му намеће дисциплину. Дисциплина се осигурава преко момената спољашње и унутрашње принуде. Моменти спољашње принуде су различити, од разних ауторитета, преко јавног мњења, до државне принуде. Важнија је унутрашња принуда, која се испољава као морална свест. Морална свест је социјалног порекла. Моралну подлогу у социјалном и политичком животу чине истоветни погледи и солидарност. Солидарност је један од централних Тасићевих идеја.

Елементи солидарности су заједнички интереси у које улазе и моралне вредности, потом заједнички погледи, односно заједничка свест и једнообразност понашања, која је императив заједничког живота.

Приметна су Тасићева настојања да што више утемељи своја схватања на социјалном моралу. Морална начела заузимају "централно место" у социјалном моралу. Кроз морална начела се испољавају солидарност, правичност, мирољубивост, хуманост, племенитост, па и пристојност, учтивост, тактичност.⁹² Лични морал претпоставља социјални морал, односно сагласност у солидарности.

Тасић обавезност права налази у моралној идеји и тако прихвата идеалистичко, а одбацује позитивистичко-социолошко становиште које је засновано на равнотежи реалних односа.

Одавде пут води ка социјалном праву. Ако је право социјално и ако оно у себи садржи моралне елементе, поставља се питање има ли разлике између права и морала? То питање за Тасића није битно. Оно је, како он каже, секундарно - "у област права спада од онога што се осећа и мисли *заједнички* оно што држава треба

⁹⁰ Исто, с. 20.

⁹¹ Исто, с. 22.

⁹² Исто, с. 36.

и може да изврши”, а у област морала ”спада све друго, као и оно у чему се групе и појединци међусобно разликују”.⁹³

Веза између права и морала се успоставља и одржава преко социјалне идеје. Тасић, као човек који избегава крајности, тражи средња решења. Истина се не налази ни у индивидуализму, ни у универзализму, већ у солидаризму. Право служи социјалној идеји. Оно треба да буде истина индивидуалних и колективних циљева, односно интереса.

При том, морал стално делује на право. Морал ”продире” у право, па право постаје значајан морални чинилац. У дубинама човековим и друштва, у етичким идеалима и моралним вредностима, у заједничким интересима и заједничкој свести, у солидарности и социјалној идеји, Тасић је нашао основ и оправдање права. По својим основним погледима Тасић је био правни антиметафизичар. Његова мисао није била спекулативне природе. Метафизици је придавао значење филозофије апсолутног, тј. ванчулног сазнања о свету по себи. Њен циљ је да сазна оно што је вечно. Она је од Платона до Хегела, као и целокупна спекулативна филозофија, ”мишљење које мисли о самом себи”, тј. ”мишљење о мишљењу”.⁹⁴ Ако је Тасићева општа мисао о праву антиметафизичка, не значи да је (и није) антифилозофска, како је добро приметио проф. Баста.⁹⁵

Тасић је стварао, пре свега, и у млађем добу, под утицајем емпиријске и позитивистичке социолошке и правне мисли Емила Диркема и Леона Дигија. Међутим, он је попримио и утицаје и других праваца и писаца, као што су: Келзен, Жени, Орију, Бонказ, Гурвич, Дел Векио и Бергсон. То објашњава и његово кретање у правцу метафизике. У том погледу нарочито је карактеристична његова расправа *Позитивно право као вредност и природно право*. Она садржи Тасићеве помало мутне метафизичке и религијске погледе. Он каже: ”С метафизичког или религијског становишта само живот у Целини или Апсолуту може имати стварну вредност уколико нам није затворен пут ка вечности, што ће рећи да је наша душа бесмртна... Изгледа да човек мора на један или други начин признати Божанску Милост”.⁹⁶ Тасић, међутим, није засновао своју правну метафизику. Стао је на пола пута између емпиријске правне науке и правне метафизике. Поставио је један метафизички основ који није даље разрађивао. То се посебно види кроз његов однос према природном праву.

Тасић је критички расположен према апсолутном природном праву. Тешко је прихватити гледиште да се гледишта о праву не мењају. Није прихватљиво ни становиште које динамику подводи под вечно и непроменљиво природно право.

⁹³ Исто, с. 121.

⁹⁴ В. Георг Вилхелм Фидрих Хегел, *Историја филозофије*, II, треће издање, превео др Никола М. Поповић, предговор Вељко Кораћ, Београд, БИГЗ, 1975, с. 352.

⁹⁵ В. Данило Н. Баста, *Карактер јуриспруденције Ђорђа Тасића*, Анали Правног факултета у Београду, 4/1986.

⁹⁶ В. др Ђорђе Тасић, *Позитивно право као вредност и природно право*, у књизи Данило Н. Баста, *Преображаји идеје права*. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941). Хрестоматија. Избор, предговор и белешке о ауторима Данило Н. Баста, Београд, Правни факултет 1991, с. 229.

Човекова природа није непроменљива. У моралном погледу човек је биће које се стално усавршава. Упоредо с тим мењају се и његови идеали. Поред тога, како је могуће објаснити прошлост која је била у нескладу с природним правом? У тој чињеници он види "највећу тешкоћу" за признање природног права. Са становишта позитивне науке, природно право као апсолутно не постоји. С њом је у складу само идеја о стварању научног природног права.

Ипак Тасић не затвара сасвим врата за апсолутно природно право. Он природно право разматра са становишта еволуције и динамике. Полазећи од метафизичке природе човекове, природно право се "човеку открива у току еволуције".⁹⁷ Тасић се враћа метафизичкој или истинској природи човековој, која је у стању да интуицијом "зарони у појам апсолутног".

Ако се у погледу (апсолутног) природног права може прихватити да је Тасић делом био правни метафизичар, у погледу схватања идеје права поново се открива његова емпиријска, научна природа. Он под идејом права подразумева "појам који сам по себи показује да је право у суштини једна вредност, једна обавеза".⁹⁸ Идеја права подразумева различите ступњеве свога остваривања, али главни је "друштвени мир као одређено опште добро".

IV - Оцена модела интегралне теорије права

Модели интегралне теорије права нису се појавили случајно. Кад су се већ конституисале предметно различите теорије права: нормативна, социолошка и психолошка, и уз њих много старија филозофија права, могли су се очекивати покушаји њиховог садржинског интегрисања у новим, интегралним теоријама права. При том се у тим покушајима није много водило рачуна о различитој *природи* истраживачких објеката већ постојећих теорија права и саме филозофије права. Да се разликују општа теорија права и филозофија права у погледу истраживачких предмета, а тиме и њихових садржаја, не би требало да буде спорно. Општа теорија права пропитује оно што је опште у сваком позитивном праву, а филозофија права проблематизује надчулно, надискуствено право (схваћено као природно право или апсолутна идеја права, свеједно је). Наравно, ако се филозофија права схвати позитивистички, као филозофија позитивног права (а тако се често схватала у прошлости, али и данас), онда је и филозофија права наука и то општа наука о праву тј. општа теорија права. Кад је већ тако, изгледа неприродно уношење садржаја спекулативне филозофије права у интегралну теорију права, а то чине многи интегралисти.

Поставља се питање да ли се може створити интегрална теорија права повезивањем (интеграцијом) садржаја нормативне теорије права, социолошке теорије права и психолошке теорије права? Наведене теорије права, за разлику од филозофије права, су науке. Све три пропитују позитивно право. На први поглед, а

⁹⁷ В. др Ђорђе Тасић, *Позитивно право као вредност и природно право*, с. 228.

⁹⁸ Исто, с. 221.

без дубљег пропитивања, изгледа да је то могуће и чак пожељно. Зар нам и поједине природне науке не служе као пример успешних интеграција већ постојећих природних наука? Ето, створене су: биохемија, физичка хемија, биофизика и налазе се у бурном развоју. Шта смета интегралној теорији права? Зар она не превладава постојеће редукционизме у општој мисли о праву?

Међутим, ако се мало дубље размисли, уочава се да све наведене природне науке изучавају реалне појаве и то појаве које се додирују и које се могу схватити као моменти једне шире целине.

Што се тиче позитивног права као истраживачког објекта, ваља приметити да је позитивно право духовна творевина која је састављена из мисли, појмова, духовних бића и да ту страну позитивног права изучавају правне науке, у које, наравно, спада и општа теорија права. Поред ове идеалне (духовне), позитивно право поседује и реалну (друштвену и психичку) страну коју изучавају социологија (социологија права) и психологија (психологија права). Те две стране, духовна и реална, налазе се у различитим равнима и нису сводљиве једна на другу. Док између духовних бића објективисаних у позитивном праву владају логички односи, односи између друштвено правних чињеница, као реалних појава, су узрочно последични односи.

Овим, наравно, не желим да кажем да су интегралне теорије права некорисне, а поготову штетне. Може се показати корисним да се споје макар и механички знања из заиста различитих дисциплина и наука, као што су: филозофија права, нормативна теорија права, социологија права и психологија права. Као некадашње, старе, енциклопедије права из XVII века, а и потоњих векова, које су садржавале кратак преглед свих правних наука, механички поређаних, тако данас интегралне теорије права, по "методу" стварања, у многеме су сличне одавно напуштеном енциклопедизму. По свему судећи, боље је да свако ради свој посао: правници свој, социолози свој, психолози свој и филозофи свој посао. Зато и постоји подела рада и специјализација да би се продубила знања о истраживачким објектима који су сродни по својој природи (код правника то су духовна правна бића, код социолога друштвена правна бића, код психолога психичка правна бића, а код филозофа филозофска правна бића). Једни други треба да прате и кад је неопходно да позајмљују знања из других дисциплина да би продубили појмове о властитим истраживачким објектима. Све што је преко тога може да доведе до непријатних забуна и до нарушавања природе и интегритета појединих дисциплина, какав је управо случај са општом теоријом права кад се у њу уграде садржаји различитих дисциплина.

1. Оцена Радбруховог модела

Кад се пажљиво проучи Радбрухова *Филозофија права*, није јасно да ли је он стварно створио модел интегралне теорије права, како се, иначе често истиче.

Да је Радбрух сасвим добро уочио да се право може изучавати са различитих становишта, односно у оквиру различитих дисциплина, није спорно. Он каже: "По завршетку својих правнофилозофских разматрања у ужем смислу, ми смо право уврстили у склопове филозофије историје, филозофије религије, психологије духовних наука и естетике. У етику смо га били уврстили још у оквиру разматрања о сврси права. Преостаје нам још да говоримо о праву као предмету логике, о методологији правне науке".⁹⁹ Потом, Радбрух без околишења и сасвим прецизно каже: "Науке којима је предмет право означимо као науке о праву, а међу њима као правну науку у ужем смислу ону науку о праву која право обрађује специфично правним методом".¹⁰⁰ Ову, како је Радбрух назива, истинску правну науку појмовно одређује "као науку о објективном смислу позитивних правних поредака".¹⁰¹ Он је одваја (разграничава) како од филозофије права, тако и од правне политике ставом да је она "наука о важећем, а не о исправном праву, о праву које постоји, а не о праву које би требало да постоји".¹⁰² Такође је одваја и од историје права, упоредног права и социологије права. Он каже: "Правна наука у ужем смислу не бави се бићем права, идејама које су његови творци желели да унесу у њега, нити идејама које су они који га тумаче знања у њему пронашли, не бави се правом као проузрокованом чињеницом која узрочно делује и даље".¹⁰³ Да "истинска правна наука" има неке везе с интегрализмом види се по томе што Радбрух каже да "се њен (посао) (...) обавља у три фазе: а то су интерпретација, конструкција и систем".¹⁰⁴ Што се тиче "правничког тумачења", оно се своди на "логичку интерпретацију". Међутим, "разумети" објективни смисао позитивног права "значи усвојити једну културну појаву управо као културну појаву тј. у њеној повезаности са одговарајућом културном вредношћу".¹⁰⁵ А овде се већ "истинска правна наука" повезује са филозофијом права или, тачније, ову претпоставља, знања које она пружа о вредностима. Још ближа је повезаност "истинске правне науке" с филозофијом права код друга два њена задатка, код конструкције и система. Радбрух под конструкцијом подразумева категоријалну и телеолошку обраду "грађе" правних наука, а под системом ту исту, двоврсну обраду кад се она односи на правни поредак као целину. Категоријалном обрадом, право се "представља као остварење појма права и правних вредности садржаних у њему", а телеолошком кад се "право описује као покушано остварење идеје права".¹⁰⁶ Општу теорију права Радбрух убраја у "чисто категоријалне дисциплине".

⁹⁹ В. Густав Радбрух, *Филозофија права*, с. 115.

¹⁰⁰ Исто, с. 115.

¹⁰¹ Исто, с. 115.

¹⁰² Исто, с. 115.

¹⁰³ Исто, с. 116.

¹⁰⁴ Исто, с. 116.

¹⁰⁵ Исто, с. 122.

¹⁰⁶ Исто, с. 122.

2. Оцена Висковићевог модела

Теорија права Николе Висковића је типична интегрална теорија права. То се види из његове, већ цитиране, "стипулативно-прагматске" дефиниције права, а још више по томе што у три одвојена дела обрађује преднормативне односе, правне вредности и правне норме. Висковићеви преднормативни правни односи или материјални састојак права су истраживачки објект традиционалне социологије права, правне вредности или идејни састојак права, традиционалне аксиологије права (као филозофске дисциплине) и правне норме или технички састојак права, нормативне теорије права. Утисак је, без обзира на изванредну обавештеност и правну, социолошку и филозофску ерудицију Висковићеву, да су садржаји традиционалних теорија права и филозофије права механички спојени у његовој интегралној теорији права.

Велика је заслуга Висковићева што је и у нашу средину, први после Другог светског рата, пренео тековине западне правне, социолошке и филозофске мисли, како оне старије тако и модерне. Под његовим утицајем и неки други наши писци (Степанов и Вукадиновић) кренули су правцем интегрализма, доводећи тај правац до крајњих граница, увођењем садржаја и других дисциплина, показавши тако, са логичке тачке гледишта, сву апсурдност оваквог захвата.

Кад би се и специјалне правне науке правиле у хоризонту интегрализма, онда би настао прави хаос. Интегралисти би могли да кажу: шта ће нам грађанско материјално право и грађанско процесно право као две одвојене дисциплине? Зар те две гране права и научне дисциплине не чине јединство? Мора се превладати парцијалност истраживања, а грађанско право (материјално и процесно) показати у свом тоталитету. И тако редом: за кривично материјално право и кривично процесно право, итд. И, уопште, шта ће нам толико много правних наука које изучавају позитивно право? Зар није довољна само једна, која ће показати јединство позитивног права, без обзира на различитости појединих делова? Специјалистима за поједине гране позитивног права, наравно, не пада на памет тако нешто, јер се они чврсто држе појединих делова правне стварности и не лебде у мутним облацима интегрализма. Теоретичари права, превише удаљени од сирове правне стварности, често губе Архимедову тачку ослоња и конструишу вештачке предмете истраживања, састављене од разнородних објеката, наивно верујући да чине велику ствар тако што, практично, поништавају самосталност стотинама годинама већ устаљених научних дисциплина. При том, не примећују да је од њих спроведена интеграција знања потпуно механичка. Кад се проверава логичко расуђивање код деце у првом разреду основне школе, понекад, им се постави питање: "Колико је две јабуке и три крушке"? Дете које уме да расуђује ће одговорити: "Две јабуке и три крушке су две јабуке и три крушке". Разнородне ствари се не могу сабирати. То се односи и на интегралне теорије права. Не могу стајати једни поред других разнородни истраживачки објекти, као што су: духовна бића објективисана у правним нормама, правне вредности и друштвене чињенице. Није ни мало случајно да су за те различите истраживачке објекте давно већ формиране и три различите дисциплине.

3. Оцена Тасићевог модела

Тасићев модел интегралне теорије права, од свих представљених модела, изгледа најуспешнији, мада и он пати од сличних и истих слабости, које проистичу из природе интегрализма (кад се овај примени на разнородне ствари).

Код Тасића има покушаја да се једно питање посматра и изучава са различитих становишта, а пре свега са становишта социјалног и правног. Док се код других интегралиста (то је посебно видљиво код Висковића) излажу на целовит начин социолошкоправна знања, филозофскоправна знања и нормативноправна знања (једна за другим), Тасић је извео покушај да свако питање обради са разних становишта, на местима где се та питања обрађују. Тако, на пример, у одељку "Држава", Тасић одређује, прво, појам државе социолошки. Такође, показује у чему је државна власт социјално посматрана, да би, потом, одредио државу као правну организацију. Тиме, ипак, ни Тасић није превладао механичко спајање знања о држави. Држава је, наравно, пре свега политичка организација, институционализирана јавна власт. По својој природи она спада у истраживачки домен социологије државе (односно политичких наука, уколико се ове схвате као различите од социолошких). Једним делом, наравно, држава је и правна организација (али то није суштина државе), а то изучавају правне науке. Оно што припада реалном бивству изучава социологија државе, духовни (правни), пак, елементи су истраживачки објект правних наука. Каква је добит од спајања тих разнородних знања у једну целину (једну науку)? Са научног становишта никаква, мада се може енциклопедијски и то показати корисним, правдајући то педагошком чињеницом да се студентима покаже у једној школској дисциплини сложеност државе као социолошког, правног и политичког феномена. У одељку "Право као морални чинилац у ширем смислу", Тасић је показао блиску повезаност права и морала. Правне вредности, као што су правда, правичност, ред и мир, као и поједини правни појмови, као што су одговорност и злоупотреба права су са моралним садржајем. Форма права може у себе да прими различиту садржину (у наведеним примерима моралну). Али то није никакв интегрализам у смислу интегралних теорија права. Задатак је опште теорије права (један од њених бројних задатака) да одреди и форму и садржину својих истраживачких објеката. А у наведеном одељку то Тасић и ради и тиме превладава једностраности формалистичких теорија права које своје истраживачке задатке везују само за одређивање форме права.

Мада ни Тасићев покушај није успео, а са становишта логичког питање је да ли је то уопште и могуће, он је ипак сачувао, макар у претежном свом делу, карактер опште теорије права као *правне* науке. Да му је судбина била више наклоњена и да је поживео дуже можда би се ослободио својих младачких заблуда, а пре свега методолошког синкретизма. Ипак, из Тасићевих стваралачких покушаја, али и посртања и заблуда, можемо научити много више него из радова већине наших савремених теоретичара права.

Milijan Popović, Ph.D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

THE INTEGRAL THEORY OF LAW MODEL

Abstract

Integral theories of law are a product of the 20th century, even though certain 19th century authors pointed out this movement. Culturalism, the movement during 1930s inspired the creation of these theories. Representatives of the integral theories of law say that they strive to overcome reductionisms in the study of legal phenomena, i.e. to overcome the tripartite split in general legal thought (philosophy of law, sociology of law, normative theory of law).

Three integral theory of law models are presented in this work: the Radbruch, Visković and Tasić models.

Radbruch claimed to be the most eminent integralist, though this is clearly debatable. Radbruch maintained that it is undisputable that law can be studied from philosophical and other such standpoints. However, this is not integralism. Visković is the real integralist. However, his integralism was reduced to the mechanical summation of knowledge from traditional disciplines: philosophy of law, sociology of law and normative theory of law. The most successful integral theory of law model was created by Tasić. This remains so, even though the Tasić model did not manage to surmount the weaknesses of integralism.

The goal of the integral theories of law is to unite various research objects, that is, the knowledge of them, into a whole, which from a logical standpoint, is impossible. As a sociological factor, law by its very nature, is completely different from legal entities objectified within legal norms. One is a realistic, while the other is an idealistic (spiritual) phenomenon. It is even more difficult to link scientific knowledge on law with philosophical knowledge on law. The general theory of law as a *legal* science examines universal elements of empirical law in force, while philosophy of law addresses supra-experimental law.

Dr Milijan Popović, professeur titulaire
Faculté de droit de Novi Sad

LE MODÈLE DE LA THÉORIE INTÉGRALE DU DROIT

R é s u m é

Les théories intégrales du droit sont apparues au XX^{ème} siècle, bien que certains auteurs les aient ébauchées au XIX^{ème} siècle. La formation des théories modernes du droit s'est orientée vers le culturalisme des années trente du XX^{ème} siècle. Les représentants des théories intégrales du droit tendent à surpasser, comme ils le disent, le réductionnisme dans l'étude du phénomène juridique, c'est-à-dire à surpasser la triple division dans la pensée générale de droit (la philosophie du droit, la sociologie du droit, la théorie normative du droit).

Nous présentons ici trois modèles de théorie intégrale du droit : ceux de Radbruch, de Visković et de Tasić.

Radbruch est considéré comme l'intégraliste le plus éminent, bien que cela soit discutable. Il a avancé que le droit pouvait s'étudier de différents points de vue, philosophique ou autres, nous sommes bien d'accord, mais ce n'est pas cela l'intégralisme. Le véritable intégraliste c'est Visković. En fait, son intégralisme s'est réduit à la simple somme de connaissances des disciplines traditionnelles: la philosophie du droit, la sociologie du droit et la théorie normative du droit. Le modèle le plus réussi de la théorie intégrale du droit a été créé par Tasić, même si les faiblesses de l'intégralisme n'ont pas pu être surmontées dans son modèle.

Les théories intégrales du droit ont l'ambition de réunir dans un tout des sujets de recherches de genre différent, ou plutôt les connaissances sur ces sujets, ce qui paraît impossible du point de vue de la logique. Le droit en tant que phénomène sociologique diffère, de par sa nature, des phénomènes juridiques objectivisés dans les normes juridiques. D'un côté, il y a le phénomène réel et de l'autre le phénomène notionnel. Il est encore plus difficile de faire le parallèle entre les connaissances scientifiques du droit et les connaissances philosophiques. La théorie générale du droit étudie, comme science du *droit*, ce qui est général dans le droit positif empirique, alors que la philosophie du droit problématise le droit au-delà de l'expérience.

Др Маријана Пајванчић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОМБУДСМАН У УСТАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ – од идеје до реализације –

***Сажетак:** Предмет интересовања усмерен је на компаративну анализу институције омбудсмана у различитим пројектима Устава Србије који су били плод колективног или индивидуалног ангажмана стручњака. У уставној дебати о будућем Уставу Србије пажња је посебно усмерена на четири уставна пројекта (Београдског центра за људска права, Форума iuris, проф др П. Николића и ДСС), који су били предмет нарочите пажње стручне јавности. Поред ових пројеката ауторка узима у обзир и анализира и све остале пројекте устава. Компаративни приступ изабран је као оптимални методолошки поступак који омогућује да се идентификују она питања у којима аутори уставних пројеката деле исте погледе на институцију омбудсмана, као и да се укаже на разлике које постоје међу њима. Једно од најзначајнијих уставних питања је заштита људских права. У том контексту три питања привлаче посебну пажњу: прихватање и имплементација међународних стандарда људских права, непосредна уставно – правна заштита људских права (уставна жалба) и омбудсман као нова институција уставног система. Пажња је усмерена на уставну позицију и природу институције омбудсмана, обим и садржај уставног регулисања ове институције, услове за избор омбудсмана и поступак избора, гаранције независности омбудсмана, овлашћења којима омбудсман располаже и поступање омбудсмана.*

Кључне речи: Омбудсман. Устав. Управа. Људска права. Заштита људских права.

Део реформи правног система Србије и Заједнице Србија и Црна Гора које су у току односе се на људска права и њихову заштиту. У склопу ових реформи је и

предлог да се у систем заштите људских права укључи и институција омбудсмана. До сада институција омбудсмана није постојала ни на нивоу Савезне Републике Југославије нити у федералним јединицама - Србији и Црној Гори.

Систем заштите људских права обухвата судску заштиту као примарни и основни облик заштите људских права. Поред судске заштите, Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора¹ као и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама² и Устав Црне Горе гарантују и непосредну уставносудску заштиту људских права. Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама гарантује право на подношење жалбе Суду Србије и Црне Горе "свакоме ко сматра да му је неко људско или мањинско право зајемчено Повељом повређено или ускраћено појединачним актом или радњом институције државне заједнице, односно државног органа државе чланице или организације која врши јавна овлашћења"³. Овим правом овлашћени субјекти могу се користити под одређеним условима. Подношење жалбе је допуштено уколико није обезбеђена друга правна заштита у држави чланици. Жалба се подноси у складу са Уставном повељом. Устав Црне Горе познаје институт уставне жалбе. Услови под којима се може користити жалба пред Судом Србије и Црне Горе одређени су широко ("друга правна заштита") тако да примену овог института заштите људских права остаје изузетно мали простор⁴. Услови за примену уставне жалбе у Уставу Црне Горе су прецизније уређени и у овој држави чланици уставна жалба је постала један од важних инструмената заштите људских права⁵. У Уставу Србије нема гаранција за непосредну уставноправну заштиту људских права у поступку по уставној жалби, јер Устав Србије не познаје институт уставне жалбе. Заштита људских права пред међународним институцијама могућа је само према Уставу Црне Горе⁶, док Устав Србије не гарантује право грађана да се обрате међународним институцијама ради заштите слобода и права. Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама не садржи експлицитну гаранцију права на обраћање међународним телима за заштиту људских права, али је ова гаранција имплицитно садржана у одредби којом се тумачење људских и мањинских права остварује "у складу са важећим међународним јемствима људских и мањинских права и праксом међународних тела која надзиру њихово спровођење"⁷.

¹ Службени лист Србије и Црне Горе бр. 1 од 4. фебруара 2003 године.

² Службени лист Србије и Црне Горе бр. 6 од 28. фебруара 2003. године.

³ Члан 9 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

⁴ Идентичну одредбу о услову за примену уставне жалбе садржавао је и Устав СРЈ (члан 128). Појам "правна заштита" знатно је шири од појма "судска заштита". Уставна норма допуштала је интерпретацију према којој је уставна жалба искључена и у случају када нема судске заштите. Савезни уставни суд је, све до недавно, тумачио екстензивно ову норму. Уставне жалбе којима су се грађани обраћали овом Суду одбацивао је позивом на то да је обезбеђена "друга правна заштита".

⁵ Према Уставу Црне Горе уставна жалба користи се као инструмент заштите људских права уколико "таква заштита није у надлежности Савезног уставног суда и када није предвиђена друга судска заштита" (члан 113 став 1 тачка 4 Устава Црне Горе). У овој федералној јединици уставна жалба се може користити у свим случајевима у којима није обезбеђена судска заштита људских права.

⁶ Члан 44 став 2 Устава Црне Горе.

⁷ Члан 10 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

У уставном систему Заједнице Србија и Црна Гора, као ни у уставима држава чланица не постоји у систему заштите људских права институција омбудсмана.

1. Идеја о омбудсману и њен развитак у уставном систему Југославије и Србије

Идеја да омбудсман нађе своје место у систему заштите људских права била је актуелна у Србији још крајем осамдесетих година⁸. Ови предлози нису наишли на одјек у тадашњем политичком окружењу. Уз критике постојећег Устава, у Србији је у протеклој деценији написано више студија⁹ о уставном устројству Србије. У тим студијама заштити људских права поклоњена је посебна пажња. Међу ауторима ових студија општеприхваћен је став да систем заштите људских права обухвата, поред заштите у унутрашњем праву и међународно правну заштиту. Систем заштите људских права у унутрашњем праву, поред судске заштите као примарног вида заштите људских права и непосредне уставно судске заштите људских права у поступку по уставној жалби, укључује и увођење омбудсмана као нове институције у уставном систему.

У скици устава Србије (1995.)¹⁰ која представља први покушај да се изнесе поглед на будуће уставно устројство Србије, предвиђа се институција заштитника грађана – омбудсмана као део система заштите људских права. Према овом предлогу, поред општег омбудсмана постојали би и посебни омбудсмани чија надлежност би била специјализована¹¹, као и омбудсман на централном и регионалном нивоу¹². Избор би био поверен Скупштини, а бирао би се већином укупног броја посланика у свакоме од домова, на период 8 година¹³. У прилогу се не прецизирају услови за избор, поступак избора, и могућност поновног избора.

⁸ У Новом Саду одржан је 1989 године међународни скуп о омбудсману на коме су усвојене препоруке за увођење ове институције у уставни систем. Реферати са тога скупа публиковани су у "Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду" XXIV бр. 3 – 4/1990.

⁹ Ангажмани експерата, појединаца или група, који су изнели своје виђење будућег уређења демократске Србије. Настали су у невладиној сектору (Београдски центар за људска права, Форум за етничке односе, Центар за регионализам, Форум iuris), научно истраживачким институтима (Институт друштвених наука), или су били плод индивидуалног ангажмана конституционалиста (др М. Јовичић, др П. Николић). Само једна од политичких странака (ДСС) презентовала је своје виђење будућег устава Србије.

¹⁰ Др М. Пајванчић: "Скица за демократски устав Србије", објављено у Зборнику "Србија између прошлости и будућности", Институт друштвених наука и Форум за етничке односе, Београд, 1995, стр. 189 – 221. Превод на енглески објављен 1997: "A Democratic Constitution for Serbia – An Outline", "Serbia between the past and the future", Institute of Social Sciences & Forum for Ethnic Relations, Belgrade, 1997. pg. 193 – 223.

¹¹ Нпр. омбудсман за заштиту права мањина.

¹² Нпр. омбудсман за заштиту права мањина образовао би се у регионима мултиетничког састава.

¹³ Период одговара трајању мандата два парламентарна сазива, чиме се избегава да сваки текући сазив парламента бира омбудсмана. И на тај начин се, између осталог обезбеђује независност омбудсмана.

Омбудсмана и његову независну позицију штити материјални и процесни имунитет. Садржина имунитетских права није ближе одређена у скици устава. Надлежност омбудсмана одређена је оквирно и обухвата: заштиту људских права посебно пред органима државне власти и ванпарламентарну контролу управе. Инструменти који омбудсману стоје на располагању обухватају: право обраћања органима државне власти и у том склопу право да покреће поступак пред судом, уставним судом и другим органима државне власти; мониторинг стања људских права и подношење извештаја Скупштини о стању људских права.

Према предлогу аутора "Устава регионалне државе уједињених српских земаља" (1996.)¹⁴ постојали би омбудсмани на два нивоа. Мрежу омбудсмана би чинили врховни омбудсман и омбудсмани на нивоу регија. Односи међу њима почивали би на сарадњи. Упркос прокламованом начелу сарадње између врховног и регионалних омбудсмана, однос међу њима заснивао би се на хијерархији. На овакав закључак упућује нарочито овлашћење врховног омбудсмана да регионалним омбудсменима издаје обавезна упутства за рад. Омбудсмана би бирале одговарајуће скупштине. Врховног омбудсмана бирала би Народна скупштина, док би регионалне омбудсмане бирале регионалне скупштине. У предлогу није прецизирано ко предлаже избор омбудсмана, нити поступак избора. Услови за избор нису предвиђени у основним решењима. У образложењу предлога, међутим, аутор наводи да би се омбудсмани бирали међу истакнутим правницима са джим искуством и угледом у друштву. Мандат би трајао четири године уз могућност поновног избора. Овлашћења омбудсмана би обухватала посебно: надзор над радом државних органа, оцену законитости рада државних органа; оцену целисходности рада државних органа; испитивање случајева повреда људских права, упућивање захтева државним органима да исправе незаконитости или целисходности које је омбудсман уочио на основу спроведеног испитивања; подношење кривичних пријава државном тужиоцу против одговорног службеног лица; подношење извештаја одговарајућој скупштини, најмање једном у току године. У образложењу предлога прецизира се природа овлашћења омбудсмана. Омбудсман "не располаже било каквим овлашћењима власти, не може сам наређивати органима власти да уклоне неправилности у своме раду, односно укину незаконите и нецелисходне акте које су донели, а којима се, по мишљењу омбудсмана вређају законитост или слободе и права грађана, као и њихови на закону засновани интереси". Постављени су критеријуми за разликовање овлашћења омбудсмана од овлашћења других органа власти, нарочито она везана за оцену законитости и целисходности као и природа надзора над радом државних органа. Омбудсман покреће поступак на основу пријаве или жалбе грађана или на сопствену иницијативу¹⁵. Државни органи имају обавезе према омбудсману: обавезу да омбудсману омогуће увид у свој рад, обавезу да омбудсману ставе на располагање све документе које он затражи, обавезу да се одазову позиву

¹⁴ Др Миодраг Јовичић: "Устав регионалне државе уједињених српских земаља", Вајат, Београд, 1996. године

¹⁵ Овлашћења врховног и регионалних омбудсмана су истоветна, али се остварују на различитим нивоима организације власти.

омбудсмана да сведоче. Предвиђено је објављивање омбудсманових налаза у медијима.

Аутори пројекта "Уставне претпоставке за демократску Србију" (1997.)¹⁶ сматрају да је потребно образовати омбудсмана за права грађана као инокосни орган и омбудсмана за права етничких мањина као колегијални или инокосни орган¹⁷. У предлогу није прецизирано да ли би се омбудсман бирао само на централном нивоу или и покрајинском, регионалном, локалном нивоу. Омбудсмана би бирала Народна скупштина на предлог председника Републике, а омбудсман за права етничких мањина бирао би се на основу предлога који потекне од етничких мањина. Није прецизирано који субјекти у оквиру етничких мањина располажу правом номиновања кандидата за омбудсмана. У погледу састава колективног омбудсмана за права етничких мањина, аутори одређују извесне минималне критеријуме¹⁸ који морају бити испуњени, а везани су за репрезентовање етничких мањина у саставу овог тела. Етничке мањине које испуне овај услов обавезно имају представника у саставу овог тела. Отуда следе два закључка: први, да у саставу овог тела неће бити репрезентоване све етничке мањине и други, да ће неке етничке мањине обавезно бити репрезентоване. Оваква решења отварају више питања. Наше је мишљење да није пожељно правити статусне разлике, нарочито у домену људских права, између различитих етничких мањина, зависно од њихове бројности. Омбудсман треба да заштити права етничких мањина, дакле, да делује у осетљивом моменту - тада када су права повређена. Неке етничке мањине (оне које имају право на обавезно репрезентовање) биће у повољнијем положају, а неке у неповољнијем (оне етничке мањине које немају право на обавезно репрезентовање). Аутори пројекта дајемо на овај начин информацију о томе како се бира омбудсман. Према овом решењу квалитети и природа овлашћења председника Републике при номиновању кандидата за омбудсмана разликује се зависно од тога да ли се бира омбудсман за права грађана или омбудсман за права етничких мањина. У првом случају председник Републике би Народној скупштини самостално предлагао кандидата за омбудсмана. Номинацију за омбудсмана за етничких мањина подносили би заједно председник Републике и посебно колективно тело чији би састав предлагале етничке мањине. Нису ближе дефинисани односи "сапредлагача" и процедуре у случају несагласности о номинацији¹⁹. Овлашћења омбудсмана су

¹⁶ Др Лидија Баста, др Драгољуб Поповић, др Весна Ракић – Водинелић, мр Горан Свилановић, др Зоран Томић "Уставне претпоставке за демократску Србију", Београдски центар за људска права, 1997. Превод на енглески, Belgrade Centre for human rights, 1997.

¹⁷ У алтернативи предвиђена је могућност да и овај омбудсман буде инокосни.

¹⁸ Критеријум који аутори узимају у обзир као мерило за обавезно репрезентовање етничке мањине је "статистички утврђен проценат учешћа етничке мањине у саставу становништва на територији Србије као целине". Законом би се утврдило које етничке мањине имају право на обавезно репрезентовање. Основну замисао аутори настоје ближе да одреде.

¹⁹ Предложено решење захтева да се прецизирају овлашћења и процедуре номинације, рокови у којима се она мора поднети и последица у случају изостанка консензуса о номинацији. То је важно јер у процесу номинације суделују два субјекта (тело које репрезентује етничке мањине и председник Републике). Уколико сагласност о номинацији изостане могло би се догодити да не буде изабран омбудсман за етничке мањине.

фокусирана су на истраживање случајева повреда људских права и иницирање општих и посебних мера за отклањање повреда људских права. У предлогу се не прецизира квалитет и природа иницијативе коју омбудсман покреће нити какве опште и посебне мере може иницирати. У алтернативи ближе се одређује садржај и природа овлашћења омбудсмана при иницирању мера за отклањање повреда људских права. Омбудсман има активну легитимацију да захтева покретање поступка пред органима власти са циљем предузимања мера за отклањање повреде људских права. Омбудсман би имао активну легитимацију за покретање поступка управног и судског поступка као и поступка по уставној жалби пред уставним судом. Активна легитимација омбудсмана за етничке мањине кретала би се у оквирима заштите мањинских права. Он би имао право да покрене управни или судски поступак, као и поступак по уставној жалби пред уставним судом само у случају повреде права етничких мањина. Право обраћања омбудсману имали би органи власти, организације, удружења и грађани, дакле сваки појединац.

Аутори студије "Принципи уставне декларације" (2000. године)²⁰ се залажу за избор општег омбудсмана и омбудсмана за права мањина, али не прецизирају да ли би се омбудсман постојао само на нивоу централне власти или и на регионалном нивоу. Статусна и организациона питања као и рад омбудсмана уређују се органским законом, који се доноси по строжијој процедури. Надлежности омбудсмана назначене су оквирно и обухватају: надзор над радом свих државних органа, надзор над остваривањем људских права, истраживање случајева повреда људских права, подношење предлога надлежним органима за отклањање повреда људских права. Омбудсман делује по представкама грађана и по сопственој иницијативи. Право активне легитимације простире се како на субјекте чија права су повређена тако и на све друге грађане (*actio popularis*). Формулисане су и дужности органа државне власти и других органа да омогуће рад омбудсмана, међу којима су: дужност да омбудсману омогуће увид у рад органа, дужност да му ставе на располагање документе које омбудсман тражи и дужност да се одазову позиву омбудсмана. Истог групе аутора окупљених око пројекта "Уставноправни оквир децентрализације Србије и аутономије Војводине"²¹ садржи иницијативу за увођење институције омбудсмана у уставни систем Србије. Правобранилац грађана²² је, према овом предлогу, независна парламентарна институција заштите људских права. Основне надлежности омбудсмана су везане за заштиту људских права од незаконитог поступања и неправилног рада органа управе а нарочито полиција, затворски органи, војне власти и јавне службе. Међу надлежностима омбудсмана су: јавно упозоравање управних органа и јавних служби о незаконитостима и неправилностима које уочи, обавештавање скупштине о

²⁰ Др Маријана Пајванчић, др Зорица Радовић, др Драгољуб Поповић, Слободан Вучетић и др Слободан Бељански "Принципи уставне декларације", Форум за етничке односе, Београд, 2000.

²¹ Група аутора др Дејан Јанча, Десимир Тошић, др Станко Пихлер, Слободан Вучетић, др Снежана Ђорђевић, др Зоран Ивошевић, др Маријана Пајванчић, др Момчило Грубач, др Тихомир Чуваков, др Алпар Лошонц, др Надија Скендеровић – Ћук: "Уставно – правни оквир децентрализације Србије и аутономије Војводине", Центар за регионализам, Нови Сад, мај 2001.

²² Омбудсман се, према предлогу ове групе аутора, назива правобранилац грађана.

незаконитостима и неправилностима које уочи у раду управних органа и јавних служби, упућивање препорука управним органима и јавним службама, обавештавање јавности о незаконитостима и неправилностима које уочи у раду управних органа и јавних служби, покретање одговарајућих поступака пред судом.

Бранилац права грађана²³ је према пројекту "Устава Краљевине Србије" (2001.)²⁴, високи повереник скупштине. Образује се на нивоу Републике Србије и на нивоу регија. Постојао би само општи омбудсман, не и специјализовани. Омбудсмана би бирала одговарајућа скупштина²⁵. Поступак номиновања омбудсмана није ближе уређен. При избору омбудсмана скупштина је везана критеријумима за избор који су прецизирани – бира се из реда врхунских правних стручњака. Посебна пажња поклања се уставним гаранцијама независности омбудсмана. Самосталност и независност омбудсмана осигуравају: дужина мандата (осам година), имунитет идентичан имунитету судија Врховног суда²⁶, инкомпатибилност функција која искључује сукоб интереса, објективизира рад институције и учвршћује њену самосталност и независност. Нespoјивост функција укључује забрану истовременог обављања политичких и јавних функција као и професионалних делатности. Омбудсман не би могао бити члан политичке странке. Овлашћења²⁷ омбудсмана обухватају: надзор над применом закона од стране органа управе, судова и других државних органа и организација које врше јавна овлашћења; оцену законитости и целисходност њихових аката; подношење захтева органима управе, судовима и другим државним органима и организацијама да отклоне уочене повреде закона; покретање поступака (управни, судски, уставносудски), може захтевати покретање дисциплинског и кривичног поступка против оних који су незаконитим и нецелисходним радом повредили људска права, обавештавање јавности о свом раду и једном годишње подношење годишњих извештаја одговарајућој скупштини. Омбудсман делује по сопственој иницијативи или на захтев грађана.

²³ Омбудсман се назива бранилац права грађана.

²⁴ Др Павле Николић: "Устав Краљевине Србије – нацрт", Београд, 2001, издање аутора.

²⁵ Нејасно је на чији предлог ће надлежна скупштина именовати омбудсмана. Ово питање може бити важно за статус, а нарочито самосталност и независност овог органа.

²⁶ Пажљивија анализа ових показује да имунитетска права односе се само на материјални имунитет, али не и на процесни имунитет. Иако гаранција материјалног имунитета штити трајно, за разлику од процесног, који под одређеним условима допушта поступање, изостављањем процесног имунитета не пружа се довољно јемство самосталности и независности омбудсмана. Осим тога позивање на правила о имунитетској заштити судија Врховног суда није адекватно, јер се материјални имунитет штити судије од позвања на одговорност "због мишљења израженог у току поступка доношења судске одлуке". То не одговара природи овлашћења омбудсмана, јер га не штити у потпуности, већ само тада када своје мишљење износи у судском поступку. Омбудсман има низ овлашћења у другим поступцима пред државним органима (нпр. у управном поступку и поступку пред уставним судом), као и да делује и у другим подручјима. Он тада не би уживао имунитетску заштиту.

²⁷ Овлашћења су широко конципирана и задиру у надлежности других органа који су такође, у оквирима својих надлежности дужни да штите права грађана. Тешко би се могло аргументовано бранити овлашћење омбудсмана да врши надзор над применом закона од стране судова као и да цени целисходност и законитост аката (пресуда) које доносе судови.

Аутори пројекта "Уставна решења за Србију" (2001.)²⁸ се опредељују за општег омбудсмана и посебног омбудсмана за права националних мањина. Није прецизирано да ли би се омбудсман бирао само на централном или и на покрајинском, регионалном и локалном нивоу. Бирала би га Народна скупштина на предлог владе. Од кандидата за омбудсмана захтева се да ужива углед или стручност у области заштите или унапређења људских права. У предлогу није прецизирана дужина мандата, могућност (или забрана) поновног избора, инкомпатибилитети и имунитетска заштита. Организација и рад омбудсмана уређују се органким законом који се усваја строжијој већином. Надлежности омбудсмана су да: прати поштовање људских права и права националних мањина и стара се о њиховом унапређењу; прима представке лица која сматрају да су им повређена људска права и обраћа се државним органима поводом представки; припрема предлоге прописа ради спровођења и унапређења људских права и као овлашћени предлагач подноси их Народној скупштини на усвајање; покреће поступак оцене уставности пред Уставним судом ако сматра да неки општи акт повређује људска права и није сагласан са Уставом; улаже уставну жалбу због повреде људских права; покреће поступак пред Уставним судом о утврђивању појава систематског кршења или ускраћивања људских права или права националних мањина; подноси Народној скупштини годишњи извештај о стању људских права; по потреби или на захтев Народне скупштине подноси посебне извештаје о питањима из своје надлежности. Омбудсман би имао свој буџет који би одобрила Народна скупштина, а не министарство, као самосталан и независан орган за контролу управе и заштиту људских права. Организован је на територијалном принципу (централни, покрајински, градски, општински). Избор омбудсмана поверен је скупштини одговарајуће територијалне заједнице. Омбудсмана на нивоу Републике Србије бирала би Скупштина на сагласни предлог председника Републике и председника оба дома Скупштине, на период од 8 година. Омбудсман би имао помоћнике задужене за поједина подручја. Подручја на којима би се простирала надлежност помоћника омбудсмана су ближе одређена и обухватају: права националних мањина, равноправност полова, права детета, права хендикепираних лица, права избеглих и расељених лица, полицију и војску. О омбудсману би био донет посебан – уставни закон који би се доносио по строжијој процедури, а уређивао би ближе надлежности и поступак рада омбудсмана. Омбудсман је надлежан да прати поштовање људских права, прима жалбе и представке физичких и правних лица која сматрају да су им повређена права или слободе, може покренути поступке пред Уставним судом, надзира рад управе и јавних служби, може захтевати од надлежних органа отклањање

²⁸ Др Лидија Баста Флајнер, мр Владимир Ђерић, др Маријана Пајванчић, др Драгољуб Поповић, др Зорица Радовић и др Слободан Самарцић "Уставна решења за демократску Србију и Југославију", Београдски центар за људска права, Београд, 2001. Преведено на енглески: "Constitutional reform in Serbia and Yugoslavia", Belgrade Centre for human rights, 2001.

²⁹ Пројекат је реализован 2002. године у оквиру Форума iuris, а аутори пројекта су: др Маријана Пајванчић, др Ненад Димитријевић, др Слободан Бељански, др Станко Пихлер, др Радивој Степанов и Димитрије Боаров.

незаконитости или исправљање нецелисходности, покреће поступак за утврђивање одговорности за кршење људских права, најмање једном годишње подноси Скупштини извештај о стању људских права који се јавно објављују и сарађује са Омбудсманом Европске Уније³⁰. Право обраћања омбудсману гарантовано је свакоме, а поступак обраћања није формализован. Сви органи власти дужни су да сарађују са омбудсманом.

У "Основним начелима за нови Устав Србије" (2002.) које је презентовала Демократска Странка Србије предвиђена је институција Браниоца људских права и права припадника националних мањина као саставни део система заштите људских права, али није ближе дефинисан положај ове институције у уставном систему (организација, услови за избор, поступак избора, надлежност, поступак рада и др.).

2. Општи поглед на улогу омбудсмана у систему заштите људских права – сличности и разлике међу ауторима уставних пројеката

Из анализе уставних пројеката се може извести неколико закључака:

Сви аутори различитих пројеката устава Србије сагласни су да је у систем заштите људских права неопходно укључити институцију омбудсмана, без које је овај систем непотпун. Предлози се разликују с обзиром на врсте омбудсмана и питања: да ли бирати општег омбудсмана за људска права или и општег и посебне омбудсмане (за права националних мањина, равноправност полова, права детета ...); да ли постоји омбудсман само на централном нивоу или и на централном и на регионалном нивоу и локалном нивоу као и какви су међусобни односи омбудсмана уколико се образује више омбудсмана (хијерархијски или сваки од омбудсмана ужива самосталност у оквиру свог делокруга рада).

Аутори се слажу да омбудсмана бира Народна скупштина. Разликују се у следећим питањима: ко предлаже омбудсмана (влада, председник Републике, посебна тела у којима су репрезентоване националне мањине, заједнички предлог председника Републике и посебног тела у коме су репрезентоване националне мањине, краљ, заједнички предлог председника Републике и председника скупштинских домова); услови за избор омбудсмана (врхунски правни стручњаци или лица која уживају углед или стручност у области заштите и унапређења људских права); дужине трајања мандата (четири или осам година); могућност поновног избора (ограничење поновног избора или без ограничења у погледу могућности поновног избора); имунитет омбудсмана (материјални или и материјално-процесни); обухвата у основи два подручја деловања, заштиту људских права и надзор над лошим радом управе. Приметно је да аутори већине уставних пројеката акценат стављају на надлежности омбудсмана везане за заштиту људских права и у том контексту посебно мањинских права, док мање

³⁰ О омбудсману Европске Уније шире код: др Д. Милков: "Омбудсман Европске Уније", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1 - 3/2002, стр. 51.

пажње посвећују надлежностима омбудсмана које се односе на надзор над лошим радом управе. Надлежности омбудсмана везане за рад управе доминирају само у два уставна пројекта у којима је тежиште стављено на надлежности омбудсмана у овом домену, а надлежности су постављене широко (надзор над применом закона од стране органа управе, судова и других државних органа и организација које врше јавна овлашћења; оцену законитости и целисходност њихових аката; подношење захтева органима управе, судовима и другим државним органима и организацијама да отклоне уочене повреде закона; покретање управног, судског и уставносудског поступка; надзор над радом државних органа, оцену законитости рада државних органа; оцену целисходности рада државних органа; и др.).

Међу ауторима нема разлика када одређују начин деловања омбудсмана. Он делује по сопственој иницијативи и на иницијативу грађана. Иако је у највећем броју пројеката уређивање поступка рада омбудсмана препуштено законодавцу, аутори су сагласни да поступак у коме се грађани и други субјекти обраћају омбудсману треба да буде лишен строге формалности и ослобођен од такси. Разлике међу ауторима се уочавају у односу на: установљивање права активне легитимације грађана (само оно лице чија су права повређена или свако лице независно од тога да ли су повређена његова права или права неког другог – *actio popularis*); круг субјеката који имају право активне легитимације (активна легитимација припада само грађанима или активну легитимацију имају и физичка и правна лица).

Највећи број аутора сматра да је потребно донети посебан закон о омбудсману којим би се ближе уредила организација и начин његовог рада. Једина разлика међу њима односи се на правну природу закона о омбудсману (обичан закон или уставни – органски закон који се усваја строжијом већином).

Када су у питању надлежности омбудсмана, међу ауторима постоји начелна сагласност да се делатност омбудсмана везује за људска права, да омбудсман прати стање у области људских права као и да има право да покреће поступке пред органима државне власти у циљу заштите људских права. У овом питању уочавају се и највеће разлике међу ауторима посебно у односу на: природу и квалитет права омбудсмана (прати стање људских права или обавља надзор над применом закона у домену људских права, или има право оцене законитости и целисходности рада органа који одлучују о људским правима); обим и садржај права омбудсмана (надгледање рада управе или надгледање рада свих органа државне власти, или надзор над радом свих органа државне власти и организација које врше јавна овлашћења); овлашћења везана за покретање поступка за заштиту људских права (пред органима управе, пред судовима, пред уставним судом или пред свим органима); права омбудсмана да захтева отклањање повреда слобода и права (право да захтева покретање дисциплинског и кривичног поступка против оних који су незаконитим и нецелисходним радом повредили људска права или само право да захтева предузимање мера за отклањање повреда); обавештавање о стању људских права (извештава само Скупштину или и јавност).

3. Од идеје о омбудсману ка практичној реализацији

Идеја о увођењу омбудсмана у правни и уставни систем приближава се практичној реализацији. У протекле две године одржано је више стручних расправа и саветовања у заједничкој организацији домаћих и међународних чинилаца на којима је, у склопу промена у правном систему, било разматрано и увођење омбудсмана у правни систем.

На федералном нивоу, приликом дебате вођене у поступку доношења Закона о заштити права националних мањина³¹ вођена је исцрпна дебата о потреби увођења омбудсмана за заштиту права националних мањина. Закључак те дебате био је да најпре треба променити Устав или барем донети општи закон о омбудсману, а тек потом образовати посебне омбудсмане.

Од овог става одступило се већ након годину дана када је на нивоу републике Србије донет Закон о локалној самоуправи³². Овим Законом³³ отворена је могућност да се у локалним заједницама (општине) може установити грађански бранилац³⁴ који штити индивидуална и колективна права и интересе грађана контролишући рад управе и јавних служби. Прецизирано је да се омбудсман бира из реда угледних и политички непристрасних личности, а да услове и начин избора својим актима ближе уређују локалне заједнице³⁵. Омбудсман је, према овом Закону овлашћен да упозорава управу и јавне службе³⁶ на појаве незаконитог и неправилног рада. Он може да им упућује препоруке и да критикује рад локалне управе и јавних служби. Напослетку омбудсман обавештава скупштину локалне заједнице и јавност о случајевима повреде људских права до којих долази због незаконитог и нецелисходног рада локалне управе и јавних служби.

У Скупштини Аутономне Покрајине Војводине донета је Одлука о покрајинском омбудсману, којом је ова институција установљена у Војводини. Овом Одлуком омбудсман се дефинише као "независтан и самосталан орган који се стара о заштити и унапређењу људских права и слобода свакога лица", који посебно штити људска права и слободе "од повреда учињених од стране органа покрајинске или општинске управе, установа, органа и организација, које обављају одређена управна или јавна овлашћења, а чији је оснивач Покрајина или општина".³⁷ Избор омбудсмана је поверен Скупштини АПВ. За избор је потребна 2/3 већина укупног броја посланика. Мандат омбудсмана је шест година, а на исту функцију може бити изабран највише два пута узастопно. Дужина мандата и ограничење више узастопних избора треба да осигура независност омбудсмана. Прописани су и посебни услови за избор омбудсмана (југословенско

³¹ Закон је донет 27 II 2001 године

³² Службени гласник републике Србије бр. 9/2002.

³³ Члан 126 Закона о локалној самоуправи.

³⁴ Закон користи назив грађански бранилац за омбудсмана.

³⁵ По доношењу Закона локалне заједнице су донеле нове статуте и у њима уредиле институцију омбудсмана на локалном нивоу..

³⁶ Одлука о покрајинском омбудсману објављена је у Службеном листу Аутономне Покрајине Војводине бр. 23/2002. године од 31. XII 2002.

³⁷ Члан 1 Одлуке о покрајинском омбудсману.

држављанство, правничко образовање, истакнуте стручне способности и висок морални интегритет, најмање 7 година радног искуства у правној струци или у домену заштите људских права, као и да лице није осуђивано нити да се против њега не води кривични поступак). За омбудсмана не би могло бити бирано лице које је, у периоду од године дана пре избора обављало неку од функција у органима чији рад надзире омбудсман. Нespoјивост функције³⁸ омбудсмана и гаранције материјалног и процесног имунитета представљају, такође гаранције за независност ове институције. Одлуком су прецизно прописани разлози³⁹ због којих омбудсман може бити разрешен као и поступак⁴⁰ одлучивања о разрешењу.

Омбудсман има пет заменика од којих се за три унапред одређује подручје деловања (заштита права детета, равноправност полова и заштита права националних мањина).

Поступак обраћања омбудсману је лишен непотребних формалности и ослобођен је трошкова. Омбудсману се може обратити свако ко сматра да му је актом или радњом управе повређено неко право, али омбудсман може поступати и по сопственој иницијативи. Поступак се може покренути уколико су испуњени одређени услови. Предвиђена су два, алтернативно постављена, услова за покретање поступка: уколико су исцрпљена сва друга правна средства или уколико не постоје правна средства заштите. Услови за покретање поступка пред омбудсманом и за поступање омбудсмана говоре да омбудсман не замењује друге институције у чијој је надлежности одлучивање о заштити људских права. При остваривању својих надлежности омбудсман има право да затражи податке, информације или оствари увид у рад одређеног органа. Сви органи државне власти и јавне службе дужни су да пруже потребна обавештења и помоћ омбудсману.

Надлежности омбудсмана су концентрисане на заштиту људских права, особито у случају када су повређена актом или радњом органа управе или установа, органа и организација које обављају управна и јавна овлашћења. Али омбудсман има и низ надлежности којима делује превентивно на подручју заштите људских права. Он прати примену међународних стандарда у области људских права, прикупља информације о примени и поштовању прописа који уређују људска права, саставља годишње извештаје о остваривању (кршењу) људских права и доставља их Скупштини АП Војводине на разматрање и усвајање, делује на пољу

³⁸ Омбудсман не може обављати било коју другу јавну функцију или професионалну делатност, не може бити члан политичких партија, синдиката, управних и надзорних одбора предузећа и установа нити се може бавити неком другом делатношћу или послом који би могао утицати на његову самосталност и независност. Изузетак не учињен у односу на лица која се баве научним или уметничким радом.

³⁹ Омбудсман се разрешава дужностиуколико буде осуђен за кривично дело на казну затвора, када своју надлежност обавља нестручно, несавесно или пристрасно, као и ако наступе неки од услова неспојивости функција.

⁴⁰ Поступак разрешења покреће одбор Скупштине АП Војводине надлежан за питања организације и рада управе. О разрешењу одлучује Скупштина АП Војводине. За разрешење се захтева 2/3 већина укупног броја посланика.

едукације о људским правима⁴¹, сарађује и размењује искуства са другим омбудсменима у земљи и иностранству, посредује у мирном решавању спорова и др.

Надлежности заменика омбудсмана за поједине области такође су ближе прецизиране Одлуком о покрајинском омбудсману.

У Републици Србији припремљен је предлог за доношење закона о народном адвокату⁴² који као самосталан и независан орган промовише и штити људска права када су повређена поступањем органа државне управе и јавних служби. Оквир његовог деловања одређују устав, закони, потврђени и објављени међународни уговори као и општеприхваћена правила међународног права.

Омбудсмана би бирала Народна скупштина квалификованом већином на предлог радног тела Скупштине (Одбор за правосуђе и општу управу), на период од пет година уз могућност највише два узастопна избора. За омбудсмана би могао бити биран југословенски држављанин, уз услов да буде дипломирани правник, да познаје рад управе, да има радно искуство од најмање пет година рада на правним пословима, као и да није осуђиван. Са функцијом омбудсмана није спојиво истовремено обављање друге јавне функције или професионалне делатности нити чланство у политичкој странци или синдикату, као и обављање других послова чије обављање може утицати на његову независност. Омбудсман је заштићен имунитетом као и посланици. Као разлози за престанак мандата утврђени су: лични захтев, испуњеност услова за старосну пензију, смрт и разрешење. Омбудсман може бити разрешен у случају да је осуђен за кривично дело затвора, уколико трајно изгуби способност за обављање своје функције, ако изгуби југословенско држављанство или ако наступи неки од разлога за неспојивост функција. Разлоге за престанак мандата утврђује Народна скупштина. Омбудсман има пет заменика и стручну службу, а његова делатност финансира се из буџета. Обим и структуру потребних средстава предлаже омбудсман.

Надлежности омбудсмана, односе се најопштије речено на промовисање и заштиту људских права од повреда које им могу нанети органи управе и јавне службе приликом поступања. Предлог закона конкретизује ову начелну одредбу прецизирајући надлежности омбудсмана у домену контроле примене закона и других прописа која укључује надзор над законитошћу, целисходношћу и ефикасношћу рада ових органа.

Омбудсман је овлашћен да покреће поступак испитивања повреде права. Он може иницирати покретање прекршајног, кривичног или другог поступка против функционера и запослених у органима управе, укључив и право да иницира покретање поступка за разрешење функционера који стоји на челу органа управе.

У једном осетљивом домену када су у питању људска права лица која издржавају казну затвора као и људска права лица која се налазе у притвору предлог закона предвиђа право омбудсмана да, без најаве, изврши контролу у овим установама.

⁴¹ Нпр. Омбудсман може организовати или суделовати у организовању и припремама саветовања, семинара и других видова стручних и едукативних програма или информативних кампања везаних за промоцију, поштовање и унапређење људских права.

⁴² Законодавац користи термин народни адвокат за омбудсмана.

Пратећи рад управе омбудсман има увид у рад ових органа и износи своје мишљење о том раду, укључив и његово право да органима управе упућује препоруке за рад.

Према предлогу закона омбудсман има право да покреће поступак пред Уставним судом Републике.

Напоследку, омбудсман располаже и извесним правима везаним за законодавни поступак. Он може иницирати покретање поступка за доношење или измену закона и других прописа, а када су у питању закони и други прописи који се тичу заштите људских права, предлагач је дужан да прибави мишљење омбудсмана о овим прописима.

Предлогом закона установљена је обавеза органа државне власти и јавних служби као и функционера који руководе овим органима да сарађују са омбудсманом, да га на његов захтев приме, да му омогуће увид у податке којима располажу укључив и државну, професионалну, службену и пословну тајну. Омбудсман је дужан да сачува тајност информација до којих је дошао у вршењу својих надлежности.

Предлогом закона уређена су и процесна правила како она која се односе на покретање поступка пред омбудсманом и уопште комуникацију између грађана и омбудсмана, тако и онај који се односи на поступање омбудсмана и његову комуникацију са органима државне власти и јавним службама.

Општа одлика покретања поступка пред омбудсманом је његова једноставност. Грађанин се може обратити омбудсману писмено, али се не захтева било каква посебна форма, или чак и усмено (нпр. неписмена лица). Поступак је ослобођен сувишних формалности.

Када је се ради о поступку који покреће омбудсман пред органима државне власти и јавним службама предвиђено је као основно решење да омбудсман покреће поступак када су исцрпљена сва друга правна средства за отклањање повреде права на коју подносилац указује. Од овог основног правила постоји и изузетак. Омбудсман изузетно може покренути поступак и у случају ако нису исцрпена сва друга правна средства, уколико према његовој оцени за подносиоца представке могла наступити велика и непоправљива штета.

Рецимо на крају да је, током протеклих десет година постепено сазревала свест о потреби увођења омбудсмана у правни систем у коме је ова институција значајан комплементарни чинилац укупног система заштите људских права. Омбудсман је од идеје постао део стварности, у овом тренутку само на нивоу локалних заједница, уз очекивање да ће ова институција заузети место које јој припада у систему заштите људских права не само у локалним заједницама, већ и у Аутономној покрајини Војводини у којој се након доношења Одлуке о омбудсману очекује избор омбудсмана, као и у Републици Србији када Народна скупштина размотри и усвоји предлог Закона о народном адвокату.

*Marijana Pajvančić, Ph.D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad*

OMBUDSMAN IN THE SERBIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM -From Idea to Realization-

Abstract

The subject of interest is aimed at a comparative analysis of ombudsman institutions in various Serbian Constitution projects that are products of either collective or individual expert involvement. Within the constitutional debate on the future Serbian Constitution, four such constitutional projects are singled out (The Belgrade Center for Human Rights, Forum Juris, Prof. Dr. P. Nikolić and the DSS projects), which have been of particular interest to the expert public. Along with these projects, the author takes into account and analyzes all constitutional projects as well. The comparative approach was chosen as the optimal methodology, enabling the pinpointing of issues of agreement and disagreement between the authors of these constitutional projects. One of the most important issues is human rights protection. Within that context, there are three issues which are of particular importance: the acceptance and implementation of international standards on human rights, direct constitutional protection of human rights (constitutional appeal) and ombudsman as a new institution within the constitutional system. Reference is made to the constitutional position and nature of ombudsman institutions, the scope and content of this institution's constitutional regulation, the conditions for the selection of ombudsmen and the selection process, guarantees of ombudsman independence, ombudsman authority and operating.

*Marijana Pajvančić, professeur titulaire
À la Faculté de droit de Novi Sad*

L'OMBUDSMAN DANS LE SYSTEME CONSTITUTIONNEL DE SERBIE - de l'idée à sa réalisation –

R e s u m e

Nous concentrerons ici nos efforts vers une analyse comparée de l'institution de l'ombudsman à partir de différents projets de la Constitution de la Serbie, fruits d'un engagement individuel ou collectif de divers auteurs. Notre intérêt, lors du débat sur la future Constitution de la Serbie, s'est porté sur quatre projets constitutionnels (celui du

re Constitution de la Serbie, s'est porté sur quatre projets constitutionnels (celui du Centre pour les droits de l'homme de Belgrade, de Forum iuris, du professeur P. Nikolić et du "DSS" - *en serbe*- ou Parti des Démocrates de Serbie- *en français*), ces projets ont retenu l'attention des experts de façon particulière. Mais nous analysons aussi tous les autres projets de Constitution. L'approche comparée a été choisie comme procédé méthodologique optimal qui permet d'identifier les points communs entre les auteurs de projets constitutionnels, quant à l'institution de l'ombudsman, et de souligner les différences existant entre eux. Le point le plus important étant la manière dont est traitée la défense des droits de l'homme. Dans ce contexte trois points attirent particulièrement notre attention : l'acceptation et l'introduction de standards internationaux des droits de l'homme, la défense directe constitutio-juridique des droits de l'homme (plainte constitutionnelle) et enfin l'ombudsman en tant que nouvelle institution du système constitutionnel. Nous portons notre attention sur la position constitutionnelle et la nature de l'institution de l'ombudsman, sur l'ampleur et le contenu du règlement constitutionnel de cette institution, sur les conditions et le procédé de l'élection de l'ombudsman, sur les garanties de son indépendance, sur les pouvoirs et le champs d'action qui lui sont conférés.

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Правни факултет у Новом Саду

СТЕФАН УРОШ МИЛУТИН - "СВЕТИ КРАЉ" ИЛИ СТАНОВНИК ДАНТЕОВОГ"ПАКЛА"

Сажетак: Дантеови стихови *e quel di Rascia che male a visto il conio di Vinegia* односе се на краља Милутина, коме велики песник пребацује, према уобичајеном схватању, да се бавио фалсификовањем новца и да стога "заслужује" пакао. С друге стране, Српска православна црква слави Милутина као свеца, због његовог заштитничког односа према црквама и манастирима. Историјска анализа извора показује, међутим, да Милутин није фалсификовао новац у савременом значењу тога појма, већ да је само смањивао количину сребра приликом ковања српског новца, што је довело до монетарног спора са Венецијом. С друге стране, мада Милутину припадају знатне заслуге за развој средњовековне Србије, у његовој биографији има елемената који не иду у прилог светачком животу. А то су следеће чињенице: српски краљ се женио сигурно четири пута, а вероватно и пет, што је у супротности са канонима православне цркве, који дозвољавају три узастопна брака, док је четврти забрањен; више од десет година ратовао је са братом Драгутином, борећи се за власт; био је наредио да се ослепи његов син Стефан Дечански, који се био побунио против оца, и на крају, према сведочењима византијских писаца волео је сјај и раскошно одевање.

Кључне речи: Данте, "Пакао", Милутин, "Свети краљ", Метохит, Пахимер, Григора, фалсификат, новац, архиепископ Данило.

Познаваоцима Дантеовог дела добро је позната чињеница, да велики песник, међу многобројним историјским личностима, својим савременицима, помиње и српског краља Стефана Уроша, у нас познатијег под народним именом Милутина (1282-1321). Према уобичајеном тумачењу Данте пребацује Милутину да се бавио

фалсификовањем новца, те да је због тога заслужио да се нађе у паклу. С друге стране Српска православна црква је Милутина, као свог великог заштитника и ктитора многобројних цркава и манастира, прогласила за свеца. У документима из времена Милутинових наследника он се назива једноставно "Свети краљ", без помињања личног или династичког имена. То се, на пример, јасно види у члану 152 Душановог законика, који регулише установу пороте, а почиње речима: **Како јест бил закон у деда царства ми, у светаго краља...**¹ Милутинов биограф, архиепископ Данило, насловљава житије српског краља овако: **Житије и жини благодастиваго и светороднаго, крепкаго и самодржавнаго с богом господина краља Стефана Уроша (нареченаго Милутина), правнука светаго Симеона Немање, новаго мироточца српскога, и внука првовенчанаго краља Стефана, и сина великаго краља Стефана Уроша.**² Ако се узму у разматрање ове две супротне чињенице, може се поставити питање шта је заправо Милутин заслужио: Дантеов "Пакао" или ореол православног свеца? У том смислу покушаћемо да расветлимо неке чињенице из Милутинове биографије.

I

У XIX певању "Раја", трећег дела "Божанствене комедије", Данте наводи читав низ "покварених хришћанских краљева", који тврде да верују у Христа а не потврђују то својим делима, те им је место у паклу. Спомињу се чешки краљ Вјенчеслав, Карло II Анжујски, краљ Јерусалима, Јаков, краљ Мајорке и Минорке, Римско немачки цар Фридрих II, мађарски краљ Андрија III, кипарски краљ Хенри II Лузитански, Роберт од Шкотске, француски краљ Филип IV Лепи и енглески краљ Едвард I, а у непосредном "суседству" краља Милутина налазе се норвешки краљ Хакон VII (1299-1319) и португалски краљ Диониз Агрикола (1279-1325). Ти стихови у оригиналу гласе:

E quel di Portogallo e di Norvegia li si conosceranno, e quel di Rascia che male a visto il conio di Vinigia.³

Ови стихови у нас су препевавани у три наврата и то различито. У последњем препеву Д. Мраовића они гласе:

Ту ће бити краљ Норвешке и краљ Португалије, а са њима онај из Рашке, који је лоше употрејебио калуп из Венеције.⁴

¹ С. Новаковић, *Законик Стефана Душана, цара српског 1349 и 1354*, Београд 1898, стр. 119 и 238. Пошто Душан у свом Законику вели да је "Свети краљ" његов деда, јасно је да се то односи на Милутина. Стетог краља спомињу и чланови 79, 123 и 153 (*Законик*, стр. 63 и 193; 94 и 220; 120 и 238).

² Архиепископ Данило и други, *Животи краљева и архиепископа српских*, на свијет издао Ђ. Даничић, Загреб 1866, стр. 102. У данашњој језичкој верзији (Л. Мирковић, Д. Богдановић, Д. Петровић) ове речи гласе: **Житија и дела благодастиваго и христољубиваго и светороднаго, моћнаго и самодржавнаго са богом господина краља Стефана Уроша, праунука светог Симеона Немање, новаго мироточца српскога, и унука првовенчанаго краља Стефана, и сина великаго краља Стефана Уроша.** Данило Други, *Животи краљева и архиепископа српских, Службе, приредили Гордон Мак Данијел и Дамњан Петровић, Стара српска књижевност, књига 6*, Београд 1988, стр. 109.

³ *Paradiso*, XIX, 139-141.

У нешто ранијем препеву Делорка и Комбола ти стихови гласе:

I Norveške kralj i Portugalije tu biti će, pa i onaj iz Raše što slabo vidje novac Venecije.⁵

И најзад, у најстаријем од ова три препева (И. Кршњави), поменути стихови гласе:

Tamo će se prepoznati onaj iz Portugala i Norvežanin i onaj iz Raše, koji slabo primjenjuje kalup mletački.⁶

Наведени стихови, ма колико кратки били, постављају два основна питања: прво, која је то особа на коју Данте циља, и друго, о каквој врсти кривотворења је реч?

Велики песник није споменуо име српског краља већ само вели **quel di Rascia** (онај из Рашке). Рашка је стари назив за Србију (према граду Расу, првој престоници) који се у западним изворима задржао доста дуго у разним варијантама (*Rassa, Rascia, Raxia*). Млетачка република је чак и цара Душана ословљавала са *imperator Raxie et Romanie*.⁷ Дакле, нема сумње да је "онај из Рашке" српски краљ, али који? Јер у време када је Данте писао "Божанствену комедију", Србијом су владала два краља, браћа Драгутин и Милутин.⁸ Остало је до данас нејасно на кога се односе Дантеови стихови: на Драгутина или на Милутина. Мишљења историчара и дантеолога су по том питању и даље подељена, мада након исцрпних истраживања руског научника Е. П. Наумова, изгледа да је Данте у својим стиховима овековечио српског краља Милутина.⁹

Није једноставнији ни проблем шта заправо значе стихови **che male ha visto il conio di Vinegia**. Дословно преведени они значе "који је лоше видео калуп из Венеције", а могу се тумачити на три начина: 1) српски краљ, највероватније Милутин, је фалсификовао млетачки новац; 2) српски краљ је ковао новац који је јако личио на млетачки, и 3) количина племенитих метала (сребра) коју је српски новац садржао, временом је смањивана, те је он губио вредност у односу на млетачки.¹⁰

⁴ Данте Алигијери, *Божанствена комедија*, Подгорица 1996, стр. 462, поновљено издање Београд 2001, стр. 545.

⁵ Dante Alighieri, *Božanstvena komedija, Raj*, Zagreb 1961, str. 118.

⁶ Dante Alighieri, *Božanstvena komedija*, dio III, *Raj*, Zagreb 1939, str. 97.

⁷ S. Ljubić, *Listine o odnošajih između južnog slavenstva i Mletačke Republike*, vol. III, Zagreb 1872, str. 174.

⁸ Сматра се да је Данте започео писање "Божанствене комедије" 1307. године (мада има мишљења да се то догодило 1313), и писао ју је све до своје смрти 1321. Од 1282. до 1316. Србијом владају два краља: браћа Драгутин и Милутин. Детаљније о подели власти међу браћом видети у другом делу рада.

⁹ Е. П. Наумов, *Завистник венецијског чекана, Дантовские чтения*, Москва 1973, стр. 245-262; Исти, *Политическая карта Европы 1300 года в оценке Данте, Дантовские чтения*, Москва 1976, стр. 14-15, 20-21, 33, 40. Ипак, Д. Мраовић у коментару свог препева наводи да се поменути стихови односе на краља Драгутина (стр. 462, нап. 18)

¹⁰ Видети расправу Љ. Недељковић, *Млетачка интервенција против рашког динара у XIII и XIV веку*, *Зборник Народног музеја VI*, 1970, стр. 287-308, где су наведена мишљења већег броја наших и страних дантеолога.

Мада је прво тумачење присутно у многим коментарима Дантеовог дела,¹¹ оно је данас потпуно неприхватљиво: о фалсификовању или кривотворењу новца у савременом значењу нема ни говора. Али, када је почело редовно ковање српског новца, он је по изгледу, тежини и унутрашњој вредности одговарао млетачком новцу (матапану или грошу). Представе на аверсу и на реверсу биле су врло сличне, само су натписи били различити. На аверсу матапана налазио се дужд са светим Марком, заставом и натписом DUX, а на реверсу Исус Христ на престолу са великим наслоном. На српском новцу је уместо имена дужда, стајало име српског владара, уместо натписа DUX стајало је REX, а уместо светог Марка, свети Стефан.¹² Дакле, подражавање млетачког новца је неоспорно, али то је у средњем веку била врло раширена појава. Срби су подражавали млетачки новац, али су и Млечани опонашали византијски. За углед је увек узимана најпознатија и најраспрострањенија монета,¹³ тако да је мало вероватно да је предмет Дантеових прекора било једноставно имитирање новца. Највероватније ће бити да је Данте циљао на смањивање финоће српског новца, због чега је дошло до правог "монетарног рата" између Србије и Венеције.

Од времена краља Уроша, а посебно његових синова Драгутина и Милутина, појавиле су се веће количине српског новца у оптицају. Пошто је српски динар и изгледом и вредношћу био врло сличан млетачком матапану, био је прихваћен као платежно средство у Дубровнику, Венецији, Апулији, Анкони, Задру и Драчу, а налазио се у оптицају у Византији, Бугарској, Влашкој, Угарској, Босни и Албанији. Према једној одлуци Млетачког Великог већа од 24. априла 1280. надзорници државне ковнице морали су да се закону да ће давати млетачке гроше за брсковске динаре *pondus per pondus*, што значи према курсу 1:1.¹⁴ Изгледа међутим, да је од доласка на престо краља Милутина (1282) српски динар почео да квари своју вредност, јер је Велико веће донело 3. маја 1282. године одлуку о забрани *denarios regis Rasiae, contrafactos nostris grossis*. Српски новац, наводи се у овој одлуци, морао је да се пресече, те су на тај начин брсковски динари поништени као платежно средство и претворени у метал. У наредним годинама млетачка влада је донела још неколико забрана употребе српског новца, а крајем јула 1287 упућен је посланик краљу Милутину (*ad regem Raxie*), ради преговора о монетарном спору. Судећи по даљем току догађаја преговори, ако је до њих и дошло, нису успели. Уследиле су даље забране све до 1302. године, а изгледа да је 1309. године утврђен нови курс: за четири млетачка гроша добијало се пет динара.¹⁵ Ови новчани спорови били су добро познати савременицима, те се сасвим сигурно Дантеови стихови односе на њих. Према најновијим истраживањима В.

¹¹ У коментару Миховила Комбола, наведено издање, стр. 231, стоји: *Onaj iz Raše* је Uroš Milutin II kralj srpski, који је uglavljen kao krivotvoritelj mletačkog novca.

¹² Видети одредницу **Новац** (Р. Ћук), у *Лексикон српског средњег века*, Београд 1999, стр. 441-444, где се може наћи и детаљан списак литературе.

¹³ М. Благојевић, *Основе привредног развитка, у Историја српског народа, прва књига*, Београд 1981, стр. 357-371, посебно стр. 370-371, нап. 15

¹⁴ N. Papadopoli, *Le monete di Venezia I*, Venezia 1893, str. 90-91.

¹⁵ Детаљније о свему овоме видети код Р. Ћук, *Србија и Венеција у XIII и XIV веку*, Београд 1986, стр. 23 - 35.

Иванишевића, као непосредно надахнуће великом песнику могла је послужити "ванредна монетарна ситуација" до које је дошло 1305. године у Болоњи. Те године су се на градском тржишту у Болоњи појавиле огромне количине српских динара, у локалним изворима познате као *veneziani di Rassi*, потиснувши из оптицаја градски новац. Да би спречила даљу употребу српског новца, градска власт је наредила да се искују велике количине болоњских гроша, док су српски динари вероватно претопљени.¹⁶

II

Владавина краља Милутина представља несумњиво значајан период у развоју средњовековне Србије. То је епоха великих освајања која је утрла пут политици његовог унука, краља а потом цара, Стефана Душана. Поред тога, Милутиново време је обележено снажним утицајем византијске цивилизације, који ће се наставити и још више интензивирати за владе цара Душана, што је допринело државноправном и културном успону Србије. У том смислу краљу Милутину припадају несумњиве заслуге. Али, у његовој биографији има доста елемената који баш не говоре о "светачком" животу српског краља, па се може поставити основано питање у којој мери је Милутин заслужио епитет "Свети краљ". Детаљи из Милутинове биографије који доводе у питање ореол православног свеца били би следећи: прво, српски краљ се женио четири или можда чак и пет пута, што је у супротности са канонима православне цркве, по којима су могућа три узастопна брака, док је четврти забрањен; друго, више од десет година ратовао је са рођеним братом, борећи се за власт; треће, наредио је да се ослепи рођени син, који се био побунио против њега, и пето, волео је много сјај и раскош, како на двору тако и приликом одевања, што баш није у складу с хришћанским начином живота. И мада је о свим овим питањима у нас доста писано, покушаћемо да их изложимо у светлу проблема постављеног на почетку текста.

Питање Милутинових бракова и редоследа његових супруга можда још није дефинитивно решено. Податке о томе дају нам тројица византијских аутора, Георгије Пахимер, Теодор Метохит и Нићифор Григора, причајући о склапању последњег Милутиновог брака (четвртог или можда петог) са малолетном византијском принцезом Симонидом, ћерком цара Андроника II Палеолога. Говорећи о претходним Милутиновим браковима Георгије Пахимер каже: **А он [Милутин] имао је кћер Тертерову, од сестре Асанове, узимајући је под сигурном вером за супругу. Имао је пре и другу, кћер западног севастократора Јована, а пре ње другу, коју је замрзео без икаквог разумног разлога, па оставивши ову закониту сплео се са Јовановом кћери.**¹⁷ Нићифор Григора приказује догађаје нешто друкчије: **...то би био [брак са Симонидом] већ четврти**

¹⁶ В. Иванишевић, *Новчарство средњовековне Србије*, Београд 2001, стр. 39-41.

¹⁷ *Византијски извори за историју народа Југославије, том VI*, превод и коментар Љ. Максимовића, Београд 1986. стр. 37-41.

брак. Јер, прву жену, што је била кћи архонта Влахије послао је родбини после неког времена проведеног у браку. Узео је затим свастику свога рођеног брата којој је збацио монашку ризу коју је била предходно обукла. Како се српска црква томе незаконитом браку много супротстављала, отерао је и њу после неког времена. Као трећу супругу узео је сестру бугарског владара Светослава. Ни са једном од те три жене није имао деце. Када се и ове последње заситио потражио је племенитију брачну везу.¹⁸ Евидентно је да византијски писци различито наводе редослед Милутинових жена и да, осим Симониде, ни једну не спомињу по имену. Након исцрпних анализа, савремена историографија је прихватила Григорин редослед, мада се и ту јављају одређени, за сада несавладиви проблеми. Прву Милутинову жену Пахимер назива *кћери западног севастократора Јована*, док Григора вели да је њен отац био *архонт Влахије*. У сваком случају реч је о кћери севастократора Јована I Анђела (1268-1289), господара Тесалије.¹⁹ Уобичајено схватање је било да је она представљена уз Милутина на његовом првом краљевском портрету у манастиру Ђурђевим Ступовима, па је према тамо пронађеном натпису носила име Јелена. То би било врло логично и прихватљиво да се није указала непремостива препрека. Јован Анђео је заиста имао ћерку Јелену, али она је од 1275. године била удата за Виљема де ла Роша, а од 1291. за Хуга од Бријене, двојицу моћних латинских кнежева у Грчкој. Пошто је тешко прихватити чињеницу да је севастократор Јован Анђео има две кћери са истим именом (Јелена), онда као једино решење остаје да је Јелена Анђео пре удаје за Виљема де ла Роша била кратко време Милутинова жена. Али ни таква солуција не задовољава јер је Јелена Анђео била у браку са Виљемом де ла Рошом од 1275. до 1287, дакле и у време осликавања капеле у Ђурђевим Ступовима (1282/1283, према уобичајеној хронологији). Из свега произилази да је у Ђурђевим Ступовима приказана нека друга Милутинова жена, а не Тесалка која се сасвим сигурно није звала Јелена. Пошто иначе добро обавештени Георгије Пахимер у свом извештају инсистира на томе да је пре кћери Јована Анђела постојала и прва Милутинова жена, сасвим је могуће да је Милутин пре брака са Тесалком био у браку са неком српском властелинком по имену Јелена, која је осликана у Ђурђевим Ступовима, а да се потом оженио једном од кћери Јована Анђела (али која се није звала Јелена) из политичких разлога.²⁰

О следећем Милутиновом браку Пахимер вели: **Србин [Милутин] је зграбио свастику свог брата Стефана, односно и самог цара, кћерку краља Угарске, која је по нужди боравила у српским крајевима и коју је блудно упознао у**

¹⁸ Исто, превод и коментар С. Ћирковића. стр. 169.

¹⁹ Пахимер у свом делу под изразима *западни* (αὐτοκρατορ) и *запад* (αὐτοκρατορία) подразумева епирску државу династије Анђела. Видети о томе А. Failler, *Signification du terme "doutikoi" dans l'histoire de Pachymere, Actes du XV Congrès International d'Etudes Byzantines, IV (Histoire)*, Athenes 1980, pp. 114-120. Влахија (Влашка) је чест средњовековни назив за Тесалију. Видети о томе Б. Ферјанчић, *Тесалија у XIII и XIV веку*, Београд 1974, стр. 8-10.

²⁰ О Милутиновим браковима и редоследу његових жена видети детаљан коментар Љ. Максимовића уз вести Георгија Пахимера и И. Ђурића уз вести Теодора Метохита. *Византијски извори, том VI*, стр. 38, нап. 80, стр. 39, нап. 81, стр. 40, нап. 82, стр. 42, нап. 83 (Пахимер) и стр. 137, нап. 109 (Метохит).

монашкој одећи.²¹ Ради се о угарској принцези Јелисавети, ћерки мађарског краља Стефана V (1270-1272) и сестри Стефановог наследника Ладислава IV Куманца (1272-1290). Јелисаветина старија сестра Каталин била је већ удата за Милутиновог старијег брата Стефана Драгутина,²² те стога Пахимер и Григора говоре о братовој свастиси. Но, како је и византијски цар Андроник у свом првом браку био такође ожењен ћерком мађарског краља Стефана V која се звала Ана и била рођена сестра Каталине и Јелисавете, Јелисавета је онда била и царева свастика. Јелисавета је већи део свога живота провела у манастиру, углавном као приориса монашке заједнице на Маргаритином острву крај Будима, а до њеног сусрета са Милутином дошло је приликом њене посете сестри Каталин, тада већ српској краљици. Милутин јој је пришао, како вели Пахимер, прерушен у монаха. Овај брак није дуго трајао мада је из њега рођена кћи коју латински извори називају **Zariza** (Царица или можда Зорица) и помињу је везано за преговоре о њеној удаји за сина Карла од Валоа 1308. године (...**dictum regem unicam filiam suam nomine Zarizam, quam ex Elisabet, uxore sua legitima procreavit**).²³ Након разлаза са Милутином (после 1285) Јелисавета је кратко време била у браку са чешким властелином Завишом Розенбергом од Крумаве, да би се обудовевши поново вратила монашком животу.²⁴

Иако Пахимер и Григора различитим редоследом наводе Милутинове жене сагласни су да је трећа по реду (заправо четврта) била бугарска принцеза, ћер цара Георгија Тертера (1280-1292), али ни за њу не веле како се звала. Њено име - Ана, познато нам је из такозваног Пљеваљског требника, где је споменута уз Милутина, Драгутина и остале чланове краљевске куће.²⁵

О околностима склапања последњег Милутиновог брака са малолетном византијском принцезом Симонидом, Нићифор Григора прича следеће: Следећег лета дође из Трапезунта у Цариград Јевдокија, царева сестра, пошто је тамо умро њен муж Јован Лаз²⁶... Ову Јевдокију затражи путем посланства српски краљ себи за жену да би овековечио мировни уговор са Ромејима. Био је наиме моћан и није остављао на миру Ромеје заузимајући им и пленићи земље и градове. Краљево тражење довело је цара у вишеструке неприлике. Прво, што је до краљевог пријатељства много држао; друго, што се царева сестра грозила везе са краљем и није хтела да чује да се пред њом спомиње; треће, што би то био [краљу] већ четврти брак.... Пошто је Јевдокија брак с њим одбијала из дна душе, а краљ је озбиљно настојао на своме захтеву и поткрепљивао га не малим претњама, цар је био принуђен да краљу скрене пажњу на своју ћер

²¹ Византијски извори, том VI, стр. 51, превод Лј. Максимовића.

²² До Драгутиновог брака са угарском принцезом Каталин дошло је после пораза и заробљавања краља Уроша I (Драгутиновог и Милутиновог оца) у рату са Мађарима 1268. године. Након склапања мира и Урошевог пуштања из заробљеништва, склопљен је наведени брак.

²³ Ed. L. Mavromatis, La fondation de l'Empire serbe. Le kralj Milutin, Thessalonique 1978, p. 130.

²⁴ Детаљно о овим догађајима видети коментар Лј. Максимовића уз вести Георгија Пахимера (стр. 51-52, нап. 103-106) и С. Ђирковића уз вести Нићифора Григоре (стр. 169, нап. 38). Упореди и К. Јиречек, *Историја Срба (превод и допуне Ј. Радонић), том I*, Београд 1978, стр. 190, и нап. 19.

²⁵ Видети о томе у већ наведеним коментарима уз вести Пахимера, Метохита и Григоре.

²⁶ Јевдокија је била трећа кћи цара Михајла VIII и сестра цара Андроника II Палеолога, а њен муж био је Јован (II) Комнин (1280-1297), господар Трапезунта.

Симониду, која је била у узрасту од пет година. Краљ би је узео себи да је одгаја док не дође у законито доба за брак и постане супруга... И, да скратим, пошто је краљ склопио уговор који је био осигуран чврстим гаранцијама како је цар желео, вратио се узевши Симониду, која је била мало дете, док је он био четрдесетогодишњак и скоро пет година старији од свога таста.²⁷ Према даљој Григориној причи, Милутин се није држао договора; не сачекавши Симонидину полну зрелост он ју је телесно повредио, због чега је она остала нероткиња до краја живота.

Краљ Драгутин, Милутинов старији брат, владао је самостално Србијом од 1276. до 1282. године. Почетком 1282. Драгутин је несрећно пао с коња и сломио ногу. Тај догађај тешко је погодио српског краља и физички и психички, те се он (можда под притиском властеле) одлучио да сазове сабор у Дежеву на коме је предао власт свом млађем брату. Милутин је требало да доживотно влада Србијом, а после смрти наследио би га један од Драгутинових синова, вероватно Владислав. Драгутин је добио на управу сопствену област на северу земље, уз границу према Угарској, што је за Драгутина, као мађарског зета значило додатну сигурност. У почетку односи међу браћом су били добри. Крајем 1283. и почетком 1284. Милутин и Драгутин воде заједнички поход против Византије. Током 1291. протерали су Дрмана и Куделина, два властелина, који су као татарски вазали самостално управљали Браничевом и узнемиравали Драгутинове области. Али односи међу браћом затегли су се крајем тринаестог века. Милутинов брак са Симонидом (1299) и његово приближавање Византији изазвали су Драгутиново незадовољство и отварали поново питање наслеђивања српског престола. Поред тога Драгутин је 1284, као мађарски зет, знатно проширио своју област, а 1301. године умешао се у династичке борбе у Мађарској, настале после смрти краља Андрије III Млечића. Драгутин је наступао у тим сукобима и као претендент на угарски престо у име једног од својих синова. Најкасније 1301. године избио је отворени сукоб међу браћом, који је трајао до 1311. или 1312. године. О појединостима сукоба слабо смо обавештени. Знамо да је у једном тренутку Милутин био остао потпуно напуштен од властеле, али уз снажну подршку цркве и ангажовање најамника из редова Татара, Турака и Јаха (Осета), **одби насилје оних који су борбу водили с њиме, све добро свршивши Божјом помоћи.**²⁸ Каснији односи међу браћом били су углавном добри, али након Драгутинове смрти (1316) Милутин је затворио свог синовца Владислава, који се избавио из затвора тек после стриचेвог смрти 1321. године.²⁹

²⁷ *Византијски извори, том VI*, стр. 168-171, превод С. Ћирковића. Преводилац је дао и детаљан коментар свих података које наводи Григора. О преговорима око склапања брака, српско-византијским односима и приликама на српском двору, детаљно смо обавештени из пера главног византијског преговарача Теодора Метохита. Његово *Посланичко слово* превео је и детаљно прокоментарисао И. Ђурић у наведеној збирци, стр. 63-143.

²⁸ Архиепископ Данило, издање Даничића, стр. 357.

²⁹ Најисцрпнију анализу ових догађаја дао је М. Динић, *Однос између краља Милутина и Драгутина*, *Зборник радова византолошког института* 3 (1955), стр. 49-82. Видети и К. Јиречек, *нав. дело*, стр. 198, као и *Историја српског народа, том I*, Београд 1981, стр. 437-475, поглавља *Почеци освајачке политике* (Лј. Максимовић) и *Унутрашња политика краља Милутина* (С. Ћирковић).

Неуспешна побуна Стефана Дечанског против Милутина, која се завршила Стефановим ослепљивањем и протеривањем у Цариград догодила се око 1314. године. Разлог Стефанове побуне били су вероватно планови Симонидине мајке, царице Ирине, да на српски престо доведе своје синове. Царица Ирина, која се заправо звала Јоланта и била принцеза од Монферата у Италији, била се сукобила са својим супругом царем Андроником II око једног значајног политичког питања. Према западноевропским феудалним обичајима царица је захтевала од свог супруга да подели византијску територију како би сви њени синови добили по један део на управу. Пошто се такав захтев косио са државноправним традиција Источног царства, цар Андроник га је, сасвим разумљиво одбио, због чега је царица напустила Цариград и живела одвојено од супруга у Солуну. Своје амбиције пренела је на кћер Симониду верујући да ће њено потомство владати Србијом и стално је обасипала зета и кћер богатим поклонима. Нићифор Григора вели да се богатством које је отишло Милутину **могло опремити стотину тријера³⁰ да трајно бране Ромеје.**³¹ Али, како је Симонида била навршила већ деветнаест година и како је постајало све извесније да ће остати нероткиња, царица Ирина је смислила да једног од својих синова наметне као наследника Милутину. Иако је и таква идеја била за прилике у Србији нереална, Милутин је ипак дозволио византијским принчевима да дођу у Србију и упознају земљу у којој би требало да владају. Те околности навеле су Стефана Дечанског да се окрене против оца. Архиепископ Данило, савременик тих догађаја и једини извор који нас обавештава о сукобу оца и сина, сву кривицу баца на Дечанског. Он вели да је син пао под утицај моћне властеле која га је не само подстицала на побуну против оца већ га је и ученила речима: **Ако ли нас не послушаш, то се ми више нећемо звати твоји.**³² Много касније (око 1330), у аренги повеље коју је издао манастиру Дечанима, краљ Стефан се присећа тих догађаја и у византијском маниру писања, сву кривицу баца на ђавола и злу властелу.³³ Изгледа ипак, да је Стефан Дечански успео да привуче знатан део властеле на своју страну, мада нам имена и титуле тих великаше нису

³⁰ Тријери су бродови са три реда весала.

³¹ *Византијски извори*, том VI, стр. 176, превод С. Ђирковића.

³² Стара српска књижевност, књига 6, стр. 124.

³³ Тако, дакле, док сам живео у љубави родитељској и док сам се увек веселио у земаљској слави, зли и бедни ђаво који од искона мрзи род људски, који је залудио браћу да продаду свога брата прекрасног Јосифа и који је ставио у срце издајнику Јуди да преда Господа свога на распеће, заборавивши сва добра учења и насладе којих се наживао од свога учитеља са светим апостолима, овај исти и овде се уселио у злонравне и зломислене људе, које одгајише моји родитељи и сам ја са љубављу срца као браћу и чеда, који оставивши Бога и заборавивши нашу велику љубав, почеше постепено сејати зли коров између мене и мога родитеља. Они који су се претварали да су нам на различите начине били верни, показаше се гори и беднији од неверних. Они који позавидеше моме добром животу, наведоше га злим и недоличним саветима на тако страшно и неподобно дело да је неугодно да се чује и тешко да ум људски схвати. Учинише са мном оно што учинише. Послушавши их ускоро лиши ме светлости мојих очију, не сачекавши, ни испитавши истину, нити расудивши пажљиво о пресуди, јер суд је божји. А још поред тога предаде ме у заточење, предаде ме са мојом децом цару Андронику да ме држи у Константињу граду, то јест да се после овога не спомене име моје, ни име деце моје и да не видим земљу моје отаџбине. Издање П. Ивић и М. Грковић, *Дечанске хрисовуље*, Нови Сад 1976, стр. 303-304.

познати. Милутин је реаговао врло брзо и пред његовим трупaма Дечански је био принуђен да се повуче у зетску област, којом је пре побуне управљао. Преговори су поведени негде у околини Скадра, где је Дечански имао свој двор. Милутину је пошло за руком да наведе сина да му се потчини и затражи опроштај. По причању Даниловом Милутин је прихватио и загрлио сина, али му није великодушно опростио. Наредио је да га свежу, и потом одведу у Скопље где су га неки Милутинови дворани ослепели. Тиме је Стефан, према средњовековним схватањима био онеспособљен за владање и онемогућен да се појави као претендент на престо. **Никада се није чуло да слепу човеку приличи царство**, ставља у уста Стефановом брату Константину Григорије Цамблaк.³⁴ Ипак, у борбама за власт, до којих је дошло након Милутинове смрти (1321), Стефан Дечански је савладао свог полубрата Константина и брата од стрица Владислава и владао Србијом до 1331. године.³⁵

Описујући своју посланичку мисију везану за удају Симониде, византијски писац Теодор Метохит свој сусрет са Милутином овако представља: **Чим је свануло будем позван и пођем архонту.**³⁶ **Водили су ме не малобројни млади племићи, свечано опремљени, отуда послати да ми укажу почаст - како је обичај. Читава церемонија и пролазак беху врло елегантни, са пуно уважавања и кићености, показујући и обзнањујући становништву долазак племенитог посланства највећег господара.... И сам краљ се веома био накитио и читаво тело празнично оденуо, претрпавши се драгим камењем, бисерјем и нарочито златом - колико је год могао. Цео двор бљештао је од свилених и златом везених тканина. Изабраници који су били око њега били су опремљени и дотерани врло необично и гиздавије него што је то било раније и читав овај, што би се рекло, приказ бехе по угледу на царску и, колико је могуће било, ромејску племенитост.**”Ипак се, у ствари, на такав начин пешак надметао са лидијском двоколицом” - како каже изрека.³⁷ Јасно је да Метохит, горди византијски достојанственик, жели да прикаже српског краља као скоројевића који сјајем и раскоши жели да се надмеће са цариградским двором, али је то безуспешно, као што ни пешак не може да се трка са у антици чувеним лидијским коњима упрегнутим у двоколице.

Метохитово сведочанство несумњиво открива још једну Милутинову карактерну особину, али оно се у нашој историографији пореди са податком кога је изнео Георгије Пахимер у вези са још једним византијским посланством које је између 1267. и 1269. дошло на двор краља Уроша ради преговора о склапању брака

³⁴ Издање Ј. Шафарик, *Гласник ДСС 11* (1859), стр. 65.

³⁵ О побуну Стефановој против оца видети у *Историја српског народа, том I*, стр. 462-465 (С. Ћирковић). О почетку владавине Стефана Дечанског и сукобу са браћом видети наведено дело, стр. 496-498 (С. Ћирковић). Изгледа да ослепљивање Дечанског није било потпуно и да је краљ све време ипак могао да види. У већ цитираној аренги Дечанске хрисовуље између осталог стоји: **Благи Бог... свестан љубави и правде мога срца према моме родитељу, показа према мени велико своје милосрђе вративши ми светлост мојих очију** (издање Ивић - Ћрковић, стр. 304).

³⁶ Византијски писци користе често израз **архонт**, који води порекло још из старе Атине, да би означили стране владаре.

³⁷ *Византијски извори, том VI*, стр. 112-114, превод И. Ђурића.

између византијске принцезе Ане, кћери цара Михајла VIII Палеолога, и тада још неочењеног принца Милутина.³⁸ Долазак сјајног византијског посланства и приказ на двору, Пахимер овако описује: Дошавши, они тамо не само да не видеше ништа достојно свите и одговарајуће [краљевске] власти, него се Урош, гледајући њихову пратњу и послугу, а нарочито евнухе, питао шта би они требало да буду. А кад је чуо од њих да је такав царски ред и да принцези следи таква пратња, он негодујући рече: "Е, е, шта је то? Нама није уобичајено такво понашање." И то рекавши, одмах показа једну младу жену, сиромашно одевену и предењу посвећену. Тако се ми, рече показујући руком, односимо према младима."³⁹ И све је код њих било припросто и сиромашно, као да животаре о зверињу [од лова] и крадући.⁴⁰ Упоредимо ли описе ова два посланства, које дели период од око три деценије, можемо закључити да се српски двор за релативно кратко време јако променио и обогатио.

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

STEFAN UROŠ MILUTIN - THE "SAINTED KING" OR DWELLER OF DANTE'S "HELL"

Abstract

It is very well known that Dante, among numerous historical personalities, his contemporaries, mentioned Serbian King Milutin as well, reproaching him for money forgery and therefore considered him as a merit to be in the Hell. On the other hand Serbian Orthodox Church proclaimed King Milutin, its great protector and donor, to be the saint. The author of this paper is trying to clear up some facts of King Milutin's biography, proceeding from these two opposite standpoints.

As Dante did not mention King Milutin by name, but by the following wording *quel di Rascia*, it might be possible that the great poet meant to reflect on King Dragutin, who ruled over Serbia together with his brother Milutin in the period 1282-1316. But nowadays, the majority of historians do not accept this opinion. It is determined, by comprehensive analyses, that the verses *che male a visto il conia di Vinegia*, do not refer to money forgery in the modern meaning, but to the reduction of the quantity of silver in serbian coins, which caused the monetary dispute between Serbia and Venice.

³⁸ У то време Ана је имала око 12 година, док је Милутину могло бити између 14 и 16 година.

³⁹ Млада жена која је сиромашно одевена седела и плела је ван сваке сумње мађарска принцеза Каталин, снаја краља Уроша и супруга будућег краља Драгутина, о којој је већ било речи.

⁴⁰ *Византијски извори, том VI*, стр. 26-27, превод Лј. Максимовића.

Although King Milutin undoubtedly contributed a lot to the development of mediaeval Serbia, there are certain elements in his biography that are not attributes of saintly way of life: 1) He got married four times surely, and possibly five times, which was against the canons of the Orthodox Church that permit three consecutive marriages; 2) He was at war with his brother for more than 10 years, struggling for the power; 3) He ordered his son Stefan Dečanski, who rebelled against him, to be blinded; 4) He liked very much splendour, jewels and to dress himself luxuriously.

*Dr Srđan Šarkić, professeur titulaire
Faculté de droit de Novi Sad*

STEFAN UROŠ MILUTIN- " LE ROI SAINT " OU BIEN L'HABITANT DE L' " ENFER " DE DANTE

R é s u m é

Ceux qui connaissent l'œuvre de Dante savent sûrement que, parmi les nombreux personnages historiques, le grand poète a aussi mentionné, à ses contemporains, le roi serbe, Milutin. L'interprétation habituelle veut que Dante ait reproché à Milutin d'avoir falsifié de l'argent, ce dernier aurait donc mérité de se trouver en enfer. Or l'Église orthodoxe serbe a consacré le roi Milutin, grand protecteur, patron de nombreux monastères. L'auteur de ces lignes se propose d'éclaircir quelques faits dans la biographie du roi Milutin, en rapport avec ces contradictions.

Étant donné le fait que Dante n'a pas mentionné le nom du roi Milutin, il a seulement dit *quel di Rascia* (celui de Raška), et il est probable qu'il ait eu en pensée de critiquer le roi Dragutin, qui a aussi régné sur la Serbie, avec son frère, de 1282 à 1316. Aujourd'hui encore, la majorité des historiens n'accepte pas cette opinion. Une analyse minutieuse montre que les vers *che male a visto il conio di Venigia*, ne se rapportent pas à la falsification de monnaie dans le sens actuel du mot, mais seulement à une diminution de la quantité d'argent dans la manufacture de la monnaie serbe, ce qui a provoqué un litige monétaire entre la Serbie et Venise.

D'autre part, même si on reconnaît u roi Milutin de grands mérites quant au développement de la Serie du Moyen-Âge, il faut avouer que des éléments de sa biographie ne correspondent pas à une vie de saint. Les faits suivants par exemple : le roi serbe s'est marié, quatre fois, peut-être même cinq, ce qui est contraire aux canons de l'Église orthodoxe, d'après ces canons trois mariages sont permis alors que le quatrième est défendu; il a fait guerre plus de dix ans à son frère Dragutin pour gagner le trône, il a donné l'ordre d'aveugler son fils Stefan Dečanski, qui s'était révolté contre son père; enfin, d'après les témoignages des écrivains byzantins il aimait le luxe et l'habit somptueux.

Момчило Ђ. Вукићевић, редовни професор
Правни факултет у Новом Саду

ЕКОЛОГИЗАЦИЈА ДРУШТВЕНЕ НАДГРАДЊЕ (Добровољне мере еколошке политике и синтеза њиховог оживотворења - право на здраву животну средину)

Сажетак: *Завршни део ауторове објективизације савременог економско – политичког механизма у функцији уређења, заштите и унапређења екоса, као једног од кључних последица” еколошког освешћавања ”модерног друштва на прелазу из II у III миленијум, фокусира сплет интервенција које су интересно обојене, речју добровољне, исто као и њихов заједнички именитељ – право на здраву животну средину које се почиње постепено уграђивати у ”класични” хексагон природних права Homo sapiensa.*

Кључне речи: еколошко ”освешћавања” људског друштва; добровољне мере еко – политичког ангажмана; право на здраву животну средину;

Уводне напомене

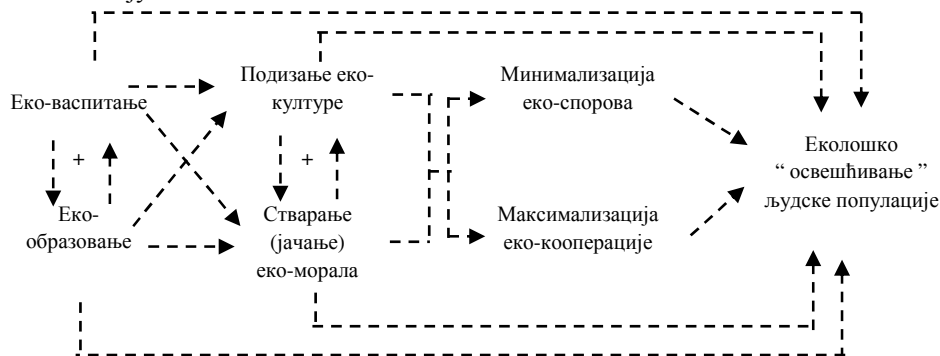
Завршни део ауторове објективизације савременог економско – политичког механизма у функцији уређења, заштите и унапређења екоса¹, као једног од кључних последица ” еколошког освешћавања ” модерног друштва на прелазу из II

¹ У претходним З б о р н и ц и м а П р а в н о г ф а к у л т е т а, на име, објављени су прилози (I) ”Регулаторне мере – сегмент еколошко политичког инструментаријума” (Савремене теоријске проимисли о еко – легислативи) и (II) ”Комплементарни елементи легислативних оквира еколошке политике” (Систем еколошких стандарда vis - a - vis административних и мера друштвеног усмеравања животне средине) који садрже резултате анализе у оквирима п о т п р о ј е к т а 9 (”Заштита живоитне средине”) научно – истраживачког пројекта ”Међународни оквири права Србије и Југославије”;

у III миленијум, фокусира сплет интервенција које су интересно обојене, речју добровољне, исто као и њихов заједнички именитељ – право на здраву животну средину које се почиње постепено уграђивати у ” класични ” хексагон природних права Homo sapiensa.

Добровољне мере еколошке политике

Акционо-ефективни фокус *групе добровољних мера*, које нису легислативно, административно-, алт. планско-регулаторне, (Прилог I) нити имају снагу економскополитичке принуде (Прилог II) - већ почивају на интересно подстакнутој добровољности еколошких субјеката за њихово уважавање, јесте подршка текућем процесу еколошког ”освешћивање” људске популацијама почетку III миленијума:



У (само на изглед ”компликованој”) **мрежи необавезних мера еколошке политике** уочљива је, са једне стране, њихова међусобна узрочно-последична повезаност :

- ❖ интензивнији и ефикаснији процеси еколошко васпитавања и образовања укупне хумане популације
- независно од њене генерацијске припадности – који представљају полазни основ и трајни фундамент
- ❖ вишег нивоа еколошке културе људи, као и
- ❖ снажења њиховог еколошког морала
- ❖ при чему, најважнија резултанта (оваквих) њихових , комплементарно повезаних, преображаја јесте
- ❖ замена логике еко-спорења међу људима њиховом еколошком кооперацијом;
- као коначни ефект, већ је речено, одвија се
- ❖ коренито ” еколошко освешћивање ” човечанства

(кроз тзв. процес његове екологизација, тј. еколошке транзиције чији ће крајњи циљ, тачније ефект, везан за будуће информатичко-еколошко друштво слободног времена III миленијума бити трансформација *Homo sapiens* у *Homo ecologicus*).

Право на здраву животну средину - ПЗЖС

Битна компонента слободе човека, као *Homo sapiens*, у свету природе јесте конституисање његовог новог природног **права на здраву животну средину** (ПЗЖС).

Ради се о његовом одлучујућем кораку у изразито сложену процесу повратка матичном супстрату, тј. хармоничном укључивању људи у природно окружење које је карактеристично у савременој етапи развоја човечанства. На први поглед и само формално, овај је искорак на преласку из XX у XXI век супротстављен вековној људској тежњи да се уздигну у статус” господара природе у односу на коју се, кроз мукотрпну и дугу борбу, осамосталио. Напротив, суштина ове и овакве трансформације је у **новој животној филозофији битисања (рада и живота) човека** као интегралног дела, иначе изразито комплексног бича, природе у којој има одређено место, поливалентни сплет функција и одговарајући значај – све компатабилно са статусом, улогом и важношћу њених преосталих живих и неживих делова. Ови и овакви атрибути су дозирани реалним чињеницама: са једне стране, људски род је ”дело природе и део природе”, а са друге”...човек је само нејака трска у природи, али трска која мисли...”

Овакав **процес, духовне и практичне, реafirмације човека као свесног конститутивног дела природе**, који се темељи на (аутоматском) деловању објективних природних законитости, претпоставља доследно оживотворење природног права људског рода на здраву животну средину - ПЗЖС.

Три су **кључне фазе** овог, ценимо ”револуционарног”, **трансформационог захвата** који је пред нама, а који у суштини треба да *уведе човечанство у ”информатичко-еколошко друштво слободног времена ”*:

- ❖ *фундирање ПЗЖС као својеврсног једра хексагоналног молекула природних права* (иницијални корак преображаја);
- ❖ *формално и суштинско уздизање ПЗЖС на ниво стожера еколошке легислативе модерне државе* иначе оквира уставно- и законодавно - управног дејства организоване друштвене заједнице у функцији уређења, заштите и унапређења екоса (квантитативно-квалитативна хомогенизација преображаја);
- ❖ *активирање еко-легислативе у статусу једног од кључних сегмената еколошке политике* (оптимализација преображаја).

Оквир, унутар кога мора и једино може тећи овакав **преображај**, (релативно равноправно) одликују три атрибута:

- ❖ *максимална доступност еко-информација*
(“заинтересованој јавности” – становништву);
- ❖ *висок ниво* (обим, начин, облици и, нарочито, ефикасност)
укључивања заинтересоване јавности у процес одлучивања
о фундаменталним питањима уређења, заштите и унапређивања
животне средине;
- ❖ *значајан степен транспарентности еко-легислативног система у*
смислу оптимизације коришћења ПЗЖС
(његовог потпуног, правовременог и реалног сазнавања, тј.
активирања) *од стране заинтересованом јавном мњењу.*

Претходно конципирање ПЗЖС као својеврсног “једра (‘класичног’) хексагоналног молекула природних права” покреће питање реалних друштвених могућности и сврсисходности његовог уздизања на ниво новог у савременим условима развоја људског друштва зачетог, конституисаног и прихваћеног природног права. У основи позитивног одговора на ову актуелну дилему развоја човечанства, на почетку XXI века, стоји практично посебан аналитичко-синтетички поступак инкорпорисања ПЗЖС у модерно право:

- ❖ *невдвосмислена је припадност ПЗЖС систему друштвених норми* које “покривају” комплексну, животну важну и очигледно већ критично угрожену сферу људске егзистенције, а које представљају вољу владајуће класе као репрезента интереса тј. потреба савремених људи (за здраву животну средину) санкционисану од државе; речју, ПЗЖС је објективно део модерног права чији су елементи (својеврсни правни атоми) еколошке правне норме, односно правила понашања људи према” природном окружењу ” која се штите државним апаратом
- ❖ *ПЗЖС постоји од момента стасања човека као Homo sapiens* (тј. мисаоног дела природе) – оно је било, остало и биће у перспективи универзално и вечно право које као праведно, само по себи, *стоји изнад позитивног права*; оно му је супстракт и узор, супсидијарни и непосредни извор и корективни фактор његове примене; скраћено говорећи, ПЗЖС је као природно право, узорно, супсидијарно и корективно у односу на позитивно право;
- ❖ *спознавање (оваквог) места, улоге и значаја ПЗЖС*
резултат је текућег процеса еколошког освећивања човечанства; наиме, један од његових кључних ефеката је објективно сагледавање ПЗЖС као једра молекула ” класичног ” хексагона природних права, а извесно је и да ће у блиској будућности (као весник консолидације

информатичко-еколошког друштва слободног времена” ХХI века)
ПЗЖС практично бити укључено у круг природних права.

Полазни аргумент у прилог ове квалитативне трансформације **ПЗЖС** везан је за његове уочљиве, веома живе, **повратне спреге са основним природним правима**, односно **њиховим хексагоном** (као хомогеном целином):

- ❖ *ПЗЖС ⇔ право на живот*
здрава животна средина уопште је (и) основна - дакле битна - претпоставка живота и опстанка човека; речју, живот је дело природе, а ова чини кључни сегмент животне средине;
- ❖ *ПЗЖС ⇔ право на слободу*
у корпусу правних норми (правила понашања која омогућавају и гарантују слободу човека) укључена је и слобода *Homo sapiens* у свету природе;
- ❖ *ПЗЖС ⇔ право на имовину*
здрава животна средина је највеће и најважније богатство људског рода које је укључено у његово опште и универзално благо (резултат рада и битисање више генерација) које је, осим статуса посебне правне заштићености, објект природног права на имовину; наиме, право је сваког човека да користи делове природе као општи услов привређивања и да, радећи њима, ствара и у својину имовину стиче различита материјална добра;
- ❖ *ПЗЖС ⇔ право на интелектуалну творевину*
напоре са материјалним, људи имају природно право и на друштвена добра - тачније на све научне, уметничке, техничко-технолошке, културне и друге цивилизацијске тековине; ПЗЖС је, очигледно, једна од битних претпоставки права на интелектуалне творевине;
- ❖ *ПЗЖС ⇔ право на правду*
здрава животна средина може бити једино оживотворена у условима доминације правде у једној земљи; истовремено, законитости природног круга производње (тј. које важе у”природном окружењу” савременог друштва) реално могу и морају послужити као парадигма оптималне праведности у сфери
односа људи према животној средини у смислу осигуравања – гарантовања једнакости прошлих, садашњих и будућих генерација као конзумента природних богатстава

” ... која се не наслеђују од предака,
већ (само) позајмљују од потомака...!”;

институционална претпоставка за ово је одговарајућа државна архитектура која је (такође) у повратној спрези са анализираним институтом, тј.

❖ *ПЗЖС ⇔ правно на правну (праведну) државу.*

Са друге стране, у истом смислу (тј. у прилог оправданости квалитативно преображаја ПЗЖС у ново природно право) делује и објективна чињеница да је у савременом тренутку до максимума **заоштрена еколошка криза**. Стога је животну средину, као опште (исцрпљиво) добро, нужно детаљно уредити, строго (*за*)штитити и стално унапређивати - између осталог и институтом друштвеног одређивања оптималног односа људи према природним ресурсима. С обзиром да је у питању практично регулисање слободе човековог поступања, у условима раширене појаве да је она од неких људи злоупотребљена, иницира се перманентни сукоб са таквим слободама других људи. У непосредној и уској вези са овим иначе унутрашњим елементом ПЗЖС је конкретна државна принуда у функцији заштите – спољни елемент ПЗЖС. Ово је законитост савремене фазе развоја човечанства. Међутим, у будућем информатичко-еколошком друштву слободног времена када се очекује стварање услова да људи постану део природе, а она део њих ПЗЖС ће се готово аутоматски уздићи на ниво новог природног права *Homo sapiensa*.

У функцији припреме овог и оваквог трансформационог процеса, као његов иницијални корак, потребно је искристалисати опште прихватити све битне аспекте – **елементе ПЗЖС**:

❖ *ПЗЖС има карактер система општих генералних, универзалних, безусловних и вечних правних норми;*

❖ *субјекти ПЗЖС су људи in general*
(иначе мисаони елементи природе);

❖ *сплет диспозиција ПЗЖС,*

као примарних правила понашања људи према природном окружењу, има као заједнички именитељ максиму савремене еко-филозофије по којој

”.. човек није исплео мрежу живота,

већ је он у њој само пука нит...”;

отуда диспозиција ПЗЖС садржи поливалентан и складан сплет различитих облика условних, тј. релативних заповести – од наређења за одређено понашање људи према животној средини, преко забрана (чињења штетних радњи према природним ресурсима), до овлашћења (у смислу реалног успостављања ПЗЖС);

❖ *“активну правну надлежност” субјеката ПЗЖС,*
фундирану сплетом наведених диспозитивних одређења, гради релативно уравнотежена комбинација (њихових) права, дужности и одговорности у сфери” експлоатације животне средине”;

- ❖ злоупотреба права, тј. не вршење дужности у односу на животну средину има за последицу *одговорност субјеката ПЗЖС*:
 - *полисадржински профилирану* (тј. морално-друштвену, материјалну и кривичну);
 - “разуђену” на два основна нивоа (тачније, најпре међу субјектима ПЗЖС, али и у односу на друштвену заједницу којој припадају);

зависно од природе, ширине и врсте (облика) “сукоба” понашања субјеката са диспозицијама активира се *систем санкција ПЗЖС* оне, у суштини, представљају императивне принудне мере које ће позвани државни орган применити у односу на субјекте који су изашли изван диспозитивних оквира и стога су правно одговорни, тј. подложни кривичним, грађанским, дисциплинским и другим санкцијама.

Природа ПЗЖС (као и система општих, вечних и универзалних правних норми у целини), односно садржина његових диспозиција и санкција, као и правне надлежности његових субјеката, непосредно су *одређени поступком доношења правних аката* у сфери уређења, заштите и унапређења животне средине - уопште, а посебно његовом *отвореношћу према јавности* која је стожер активног и пасивног еколошког легитимитета.

Укључивање *јавности* у механизам легислативног, економскополитичког, финансијског, административног и (просторно-, односно привредно-) планског одлучивања, речју у механизам еколошке политике, *је предуслов и гарант оптималног нивоа демократизације сфере друштвеног третмана животне средине*. Ова је, иначе, на линији генералног става модерног друштва које инсистира на “активном”, али смиреном стању духа уз интензивнији и промишљенији рад – све у функцији одбране и побољшања услова природне околине (иначе императивног циља човечанства за садашње и будуће генерације који је, истовремено, усклађен са успостављеним циљевима мира, али је и у оквирима зацртаног - циљног привредног и друштвеног развоја). Очигледна глобалност друштвене бриге претпоставља успостављање система гаранција “учешћа јавности” у свим фазама и врстама екоодлучивања који, релативно равноправно, чини комплексна формално - (уставно- и законско-) правна основа, посебан модел организације друштвене акције уређења, заштите и унапређења животне средине, као и специфичан менаџмент (управљање) еко-активностима.

“Јавност” (којој систем ПЗЖС треба да буде отворен, која мора да буде укључена у процес екоодлучивања и којој је “адресирана” транспарентност еко-легислативе) представља, у начелу, целокупно становништво једне земље које је потенцијални носилац активног и пасивног еколошког легитимитета. У пракси је, међутим, уочљива тенденција мањег искоришћавања активног еколегитимитета као последица недовољног нивоа ековаспитања, односно екообразовања људи. Такође, сведоци смо стања доминације пасивног еколегитимитета пошто сви одреда, без обзира на индивидуални степен еколошке освешћености, трпимо неповољне утицаје савремене еко-кризе и имамо законске обавезе поштовања правила игре

која дефинише еколошка легислатива. Ове реалне чињенице, не само да доводе у питање изречене атрибуте у вези са односом јавности према екопроблематици, него потенцирају нужност максималне демократизације систематске друштвене активности уређења, заштите и унапређења животне средине.

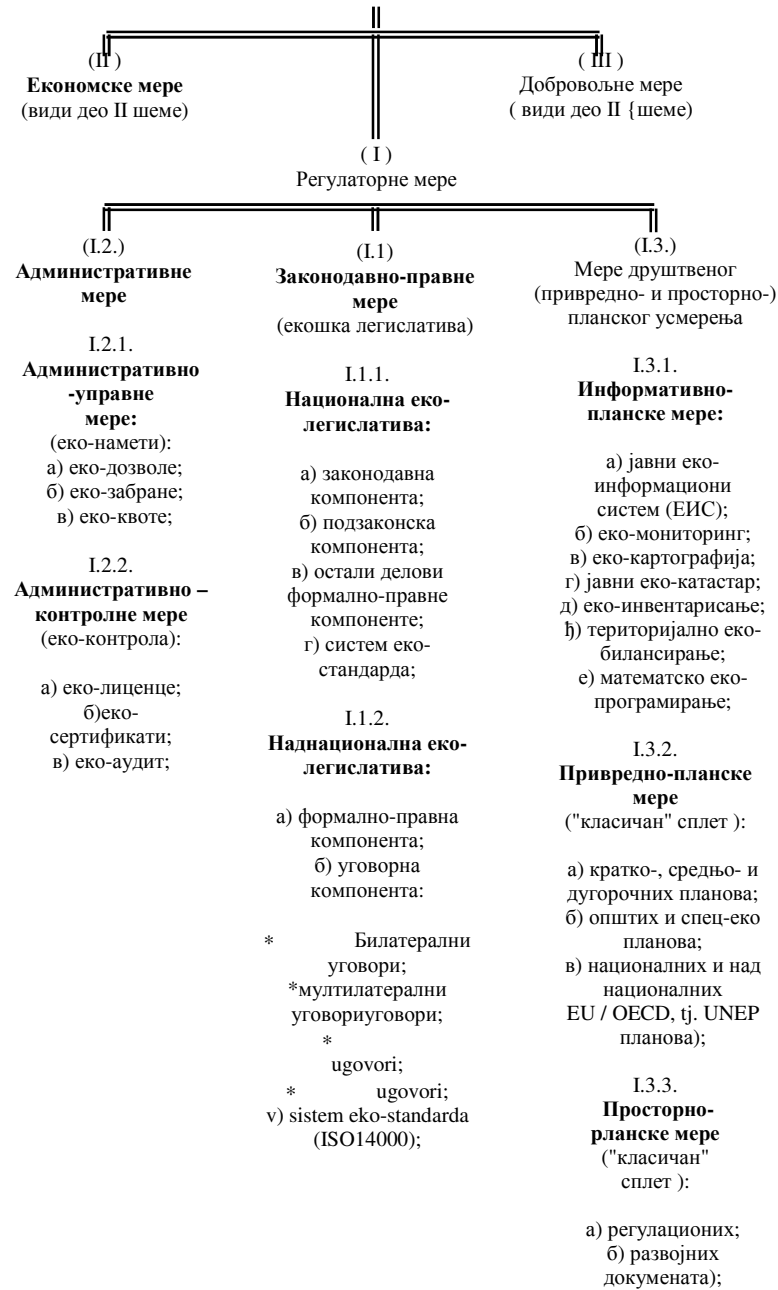
Поступак креирања правних норми ПЗЖС, крајње упрошћено, представља складну комбинацију (међусобно узрочнопоследично повезаних) радњи:

- ❖ од иницирања еколегислативних решења;
- ❖ преко комплексног садејства јавности са стручним, односно надлежним ресорним државним органима
у функцији операционализације (по правилу, формалноправно, а у елементима и суштински детерминисаних – већ донетих) виших правних аката и
- ❖ доношења нових конкретних – ”нижих” еколегислативних правних аката;
- ❖ до примене – оживотворења ПЗЖС.

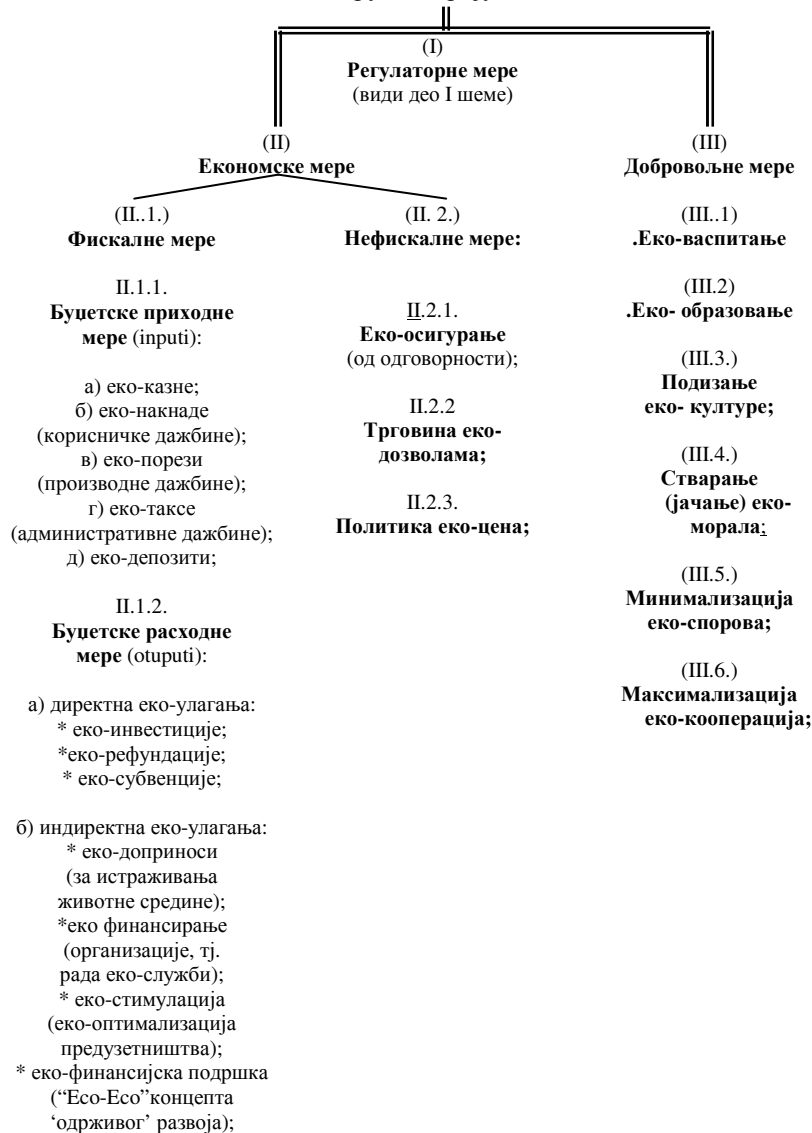
Отвореност ПЗЖС се у животу испољава, пре свега, као максимална информисаност јавности о духу и садржају, тј. диспозицијама праву и обавезама и одговорностима (санкцијама) људи у сфери животне средине. Својеврсну надградњу чини њихово активирање у процесу креирања ПЗЖС и његова транспарентност. Ове се три карактеристике јављају као критеријуми за оцену степена демократизованости екосфере чији је виши ниво услов зачињања (информатичко-) еколошког друштва (слободна времена) у коме ће се ПЗЖС афирмисати, тј. прихватити као ново природно право људског рода.

На крају ове теоријске идентификације ПЗЖС, указујемо на објективну нужност конституисања система ПЗЖС. Ради се о сређеној, повратним спрегама повезаној и хомогеној целини многобројних и разноврсних екоправних норми које су *sui generes*, груписане и инкорпорисане у посебној еколегислативи, а у елементима (и) у Уставу, општим системским законима и - њима пратећим - подзаконским актима. У том смислу, комплексна проблематика животне средине (речју, матична материја ПЗЖС) представља објект интересовања различитих грана унутрашњег и међународног (у већој мери управног, привредног, грађанског и кривичног, а у мањој мери осталих” класичних ” грана) права.

Прилог I
САВРЕМЕНИ СПЛЕТ МЕРА ЕКОЛОШКЕ ПОЛИТИКЕ
(I део: Регулаторне мере – сегмент еколошко - акционог инструментаријума)



Прилог II
САВРЕМЕНИ СПЛЕТ МЕРА ЕКОЛОШКЕ ПОЛИТИКЕ
(II део Економске и добровољне мере – сегменти еко-акционог
инструментаријума)



*Momčilo Đ. Vukićević, Ph.D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad*

**ECOLOGIZATION OF THE SOCIAL SUPERSTRUCTURE
(Voluntary Measures in Ecological Policy and the Synthesis of their
Realization – The Right to a Healthy Living Environment)**

Abstract

The final segment of the author's objectification of the contemporary economic-political mechanism serving to organize, protect and to develop the *ecos*, as one of the key effects of the "ecological awareness" of contemporary society during the transition from the second to the third millennium, focuses on the plexus of interventions that are characterized by interest, in a word, voluntary, just as their common denominator – the right to a healthy living environment which is gradually being built into the "classic" hexagon of natural rights of *Homo Sapiens*.

*Momčilo Đ. Vukićević, professeur titulaire
Faculté de droit de Novi Sad*

**DE L'ÉCOLOGIE DANS LA SUPERSTRUCTURE DE LA SOCIÉTÉ
(mesures volontaires de la politique écologique et la synthèse de leur
applications- le droit à un environnement sain)**

Résumé

C'est la phase finale de l'objectivisation, de l'auteur de ces lignes, du mécanisme contemporain politico-économique en fonction de l'aménagement, la protection et l'amélioration de l'écos, comme une des conséquences majeures de la "prise de conscience écologique" de la société moderne au passage du II^{ème} au III^{ème} millénaire, dans cette phase on met en focus un ensemble d'interventions qui sont intéressées, c'est à dire volontaires, tout comme leur facteur commun- le droit à un environnement sain qui s'infiltré petit à petit dans l'hexagone "classique" des droits naturels de l'*Homo sapiens*.

Др. Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду,

О ХАРМОНИЗАЦИЈИ И РЕКОДИФИКАЦИЈИ МАЂАРСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА

- са освртом на научну сарадњу Правног факултета у
Новом Саду са Правним факултетом у Будимпешти и
Правним факултетом у Мишколцу у области грађанског
права -

***Сажетак:** Мађарско грађанско законодавство се као засебно законодавство, одвојено од других области права, интензивније развијало почев од прве половине XIX века. Предграђанска кодификација, Werbőczy-jev Tripartit из 1517. године са елементима јавног и приватног права, је имао дуготрајан утицај. Иако званично није ступио на снагу (осим у Erdély-у – Трансилванији), овај кодекс се дуго примењивао у судској пракси. Почев од грађанског периода, идеја о кодификацији грађанског права није превагла, јер је систем формалних извора био традиционално заснован на прецедентном (судском) праву. Упркос томе постојале су парламентарне иницијативе за доношење грађанског законика, почев од 3. деценије XIX века. У другој половини XIX века, почев од седнице Јудексурејалне конференције (1861), а особито након Нагодбе са Аустријом (1867) су настали значајни предлози за кодекс, и то по појединим деловима грађанског права. Почев од 1896. године израђено је неколико сукцесивних варијанти Нацрта (I нацрт из 1900., II Нацрт из 1913, III Нацрт из 1914. г. IV Нацрт из 1916. г., V Предлог из 1928. г.) за Мађарски грађански законик који су обухватили целокупан систем грађанског права. Од више кодификационих предлога најзначајнији је Предлог МГЗ из 1928. године. Ови кодекси су по оцени и домаће и иностране литературе били на високом, европском стручном и научном нивоу. Разлози зашто у том периоду није*

дошло до доношења Законика нису научне природе. Први Грађански кодекс који је ипак ступио на снагу, донет је тек у једном другом нетржишном, тзв. планском или диригованом систему привреде, систему који није био повољан за грађанско право, 1959. године и он је поред свог настојања кодификатора да се одржи континуитет са европским концептом и традицијом мађарског приватног права, садржавао од тога одступајуће октројисане (неевропске) елементе. После темељне реформе правног система из 1989. године и преласка на правно организовано друштво, кодекс из 1969.г. више није био прихватљив, те је од почетка хармонизационог процеса, претрпео значајне измене. Због одржавања кодификационе конзистентности, показало се, да је неопходан потпуно нови кодекс, са потребним генералним право-филозофским основама, са враћањем на сопствене и европске правне традиције, уз инкорпорацију свих области грађанског права, укључив и породичне, радне односе и право привредних друштава. На основу одлуке Владе из 1998. и 1999. г. започет је поступак за израду новог законика. Главна комисија за кодификацију је објавила 2001. и 2002. године нову концепцију за израду МГЗ. Концепција тежи да се уз уважавање партикуларних измена, донесе нови, модеран, јединствени цивилни кодекс, усаглашен са захтевима модерног тржишног друштва и европског права.

Кључне речи: Уставне промене као подлога за реформу правног система у Мађарској, улога уставног суда, партикуларне измене грађанског законика и одлука о рекодификацији, хармонизација грађанског законодавства са европским правом и институционална имплементација

I

О хармонизацији и рекодификацији МГЗ

(А) Уставноправни основ за реформе Грађанског законодавства, допринос уставног суда у хармонизацији МГЗ

У периоду од 1988/99. до 1995. године у Мађарској је готово целокупан правни систем измењен, реформисан. Темељне измене Устава су започете још у једнопартијском парламенту, засноване на споразуму постигнутим за округлим

столом између државне партије и политичке опозиције из 1988/1989.године.¹ Измене су прокламовале слободне изборе, вишепартијско друштво, засновано на владавини права и демократије, гаранције приватне својине, права на предузетништво. Уставне гаранције су дате на плану слободе уверења и савести, слободе јавног окупљања, слободе штампе и јавног информисања, и других традиционалних грађанских права и слобода. Посебним уставним законом је уведен, крајем осамдесетих година, уставни суд. О људским правима, између осталих институција заштите брине четири омбудсмана, укључив и онај надлежан за мањинска права. Донет је (1994.године) посебан Закон о земаљској и локалној самоуправи националних и етничких мањина. Иако је било иницијатива које и данас постоје, за доношење новог Устава, за сада није донет нови Устав, али је стари текст темељно измењен. Већ почетком деведесетих година, до средине деведесетих је донет већи број закона од конституционалног значаја, који су постали ” продужетци ” Устава. Између осталог, Закон о слободи удруживања, Закон о локалној самоуправи, Закон о финансирању партија, Закон о штампи и јавном информисању, и др. Значајни су и конституционални закони који прихватају међународне споразуме, као обавезујуће за унутрашњи правни поредак, на основу њиховог потписивања и прихватања.

Уставни суд је одиграо значајну улогу и у области усклађивања грађанског законодавства са захтевима тржишне привреде. (Потребно је напоменути да је уставни суд у извесном облику постојао у Мађарској крајем XIX и у првој половини XX века, али је он укинут после увођења тзв. ”социјалистичког система”).² Неке одредбе Мађарског грађанског законика (IV Закон из 1959. године о Грађанском законнику), који је донет још у ранијем систему, а које нису биле спојиве са тржишним и демократским принципима, биле су стављене ван снаге одлуком уставног суда. Закон о уставном суду³, који је више пута мењан је задржао двоструку улогу уставног суда: прва је такозвана претходна контрола уставности закона, а друга је тзв. накнадна контрола. Прва је официозна, тј. остварује се без посебне иницијативе, од стране уставног суда. Обухвата контролу усклађености сваког новог закона пре него што се дефинитивно усвоји у парламенту. Предмет те контроле је усаглашеност закона са међународним прописима. Накнадна контрола је заснована на иницијативи која је широко постављена, попут *actio popularis*, сваки

¹ XX. Закон о Уставу Мађарске од 20. августа 1949. године, након одлуке о промени друштвеног уређења, измењен је са 18 Амандмана, и то, након 1. јануара 1989, са уставним Законом бр. I: 1989, XXXI:1989, XVI:1989, XL:1990, XLIV:1990, LIV: 1990, и др.

² В. проф. др. Zlinszky János, *Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn, Jahrbuch für Ostrecht*, München, Bd. 43, br. 1/2002, 1. Halbband, стр. 137-143.

³ Закон бр. XXXI/1989, о новелирању Устава Републике Мађарске, Magyar Közlöny – Службени лист ДР Мађарске, бр.74/1989, од 23. X 1989, стр. 121, од тада више пута ревидиран. Превод овог закона на немачки језик: G. Brunner, VSO Verfassungs- und Verwaltungsrecht Osteuropas, Berlin, Verlag Arno Spitz GmbH, Loseblatt, 1996, Teil I 2 Ungarn 1.1., као и Закон бр. XXXII/1989 о уставном суду, објављен у МК – Службени лист Мађарске, бр. 77/1989, стр. 1283, превод на немачки језик: L. Rupp i G. Brunner, in: VSO Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas, Verl. Arno Spitz, GmbH, Loseblatt, 1996, Teil I 2 Ungarn, 2.1.3.

грађанин се може позивати на неуставност закона.⁴ Према првом закону било је 15, а по важећем 11 судија уставног суда.⁵ Судије уставног суда именује парламент, двотрећинском већином. Њихов мандат је осам година. Најчешће су изабрани истакнути професори права.

(Б) Закључење уговора о придруженом чланству ЕУ, хармонизација грађанског законодавства и институционалне реформе

Од почетка је приступљено са великом пажњом поступку *хармонизације* права са захтевима тржишног друштва, а уједно и поступку *институционализације*, тј реализације законских промена, све са циљем да се држава организује као правна. У 1995. години, Мађарска је заједно са бројним реформским земљама (нпр. Чешка, Словачка, Румунија и др.) примљена као придружена чланица Европске Уније, на основу уговора између Уније и Мађарске који је те године закључен. (О садржају овог уговора, у ауторовом преводу, опсежан чланак је објављен од Проф. Др. Имрета Вереша, тада судије Уставног суда Мађарске, у часопису Правни живот⁶, сматрајући и тада, и овим гестом, да је и за Србију најисправнији пут - пут ка Европи, и да су модели тог пута често управо у споразумима о придружењу). Као резултат правне хармонизације и институционалних реформи, Мађарска ће бити у првој половини 2004. године, заједно са десетак земаља (нпр. од средњеевропских - Чешка, Словачка, Словенија и др.) примљена као пуноправна чланица Европске Уније. (Шансе за придружење постоје и за југоисточне земље, па и за Србију. Потребне реформе нису једноставне, неопходно је учинити напоре на плану правне хармонизације и институционализације, али не постоји неки други, од тога бољи пут. Осим тога, иако хармонизација права јесте услов придружења и пуноправног чланства, али је погрешно схватање да је она "наметнута". Наиме, показало се, да је усаглашавање закона са захтевима тржишног друштва, и имплементација, примена институција тржишног и правно организованог друштва, са владавином права, заснована на демократским принципима, пре свега економски и друштвени интерес реформских земаља).

У складу са уставним променама и конситуционалним законима, у Мађарској су започете темељне реформе, које су се односиле на све области, посебно на промене у области својинских односа (приватизација), дошло је до увођења привредних друштава заснованих на акцијском капиталу, до реформе банкарског система. Речју, дошло је до тога, да је држава "изашла" из привредне сфере, престало је њено туторство над привредом, напуштен је анахрони централистички плански систем, привреда је препуштена слободној иницијативи. Уведена су нова правила о стечају предузећа. Настојало се да лоше пословање неког предузећа више

⁴ V. Prof. Dr. János Zlinszky, *Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*, Jahrbuch für Ostrecht, Bd. 43, Nr. 1/2002 (1. Halbband), стр. 137-143.

⁵ На основу Закона бр. LXXVIII од 1994. године, Magyar Közlöny (Службени лист Мађарске), бр. 117/1994, стр. 3978.

⁶ Проф. Др. Имре Вереш (prof. dr. Vörös Imre), *Европски Споразум – Правни основи за односе између ЕУ и средње и источне Европе*, (превод са немачког језика на српски језик: проф. др. Јожеф Салма), Правни живот, том IV, бр. 12/1997, стр. 657-679.

не оптерећује целу националну привреду, по анахроним правилима о обавезној санацији из "цепи" порезника и државног буџета.

Донети су закони о денационализацији и о обештећењу, као и Закони о приватизацији односно, о продаји друштвених предузећа. *Приватизација* је остварена у периоду од 1989. до 1996. године. Иако је делом, нарочито на почетку, приватизација предузећа остваривана путем воучерског система, дакле давањем бесплатних купона, већина предузећа је нашла нове власнике путем продаје друштвеног капитала, пре свега, иностраним интересентима. Продаја је вршена путем јавног надметања, посредовањем државне агенције за продају друштвеног капитала. Примарни ефекти су били значајни и за државни буџет, приближно око десет милијарди долара. Али, циљ није био само у "попуњавању" буџета, пошто су аутори продајне методе приватизације били свесни, да је то једнократни приход, - већ у очекивању да ће свежи капитал модернизовати привреду, довести до запошљавања. Уведена су и бенефицирана пореска правила за стране улагаче. Либерализован је извоз прихода, профита. Очекивало се да ће уз јефтину и квалификовану радну снагу, као и бенефицираних пореских правила, доћи до тога да ће улагачи реинвестирати свој профит. Очекивања су се значајним делом остварила. Било је међутим, и случајева куповине тржишта. Неке стране фирме су куповале домаћа предузећа и убрзо су их као "нерентабилна" затварали, при чему је купац-предузеће почело да увози своје производе произведене у иностранству.

Код приватизације се комбиновала поред продаје и метода *делимичне денационализације*. Два су основна облика денационализације прихваћена: Први је *обештећење*, а други је *натурални повраћај*. Оба облика су само делимично и сразмерно спроведена. Такође је дато обештећење лицима или правним следбеницима која су трпела неосноване осуде, без гарантованог правног поступка. Земљиште је враћено наравно натурално, у ограниченом обиму. Станови у друштвеној својини (који нису били резултат национализације) у тзв. панел изградњи, одн. у блоковским зградама, су продавани дотадашњим закупцима (корисницима станова) под повољним условима. Настојало се да се приватизација одвија на правно организовани начин. Већим делом је тај циљ остварен, али је било и случајева тзв. "фактичке приватизације", тј. злоупотреба. Социјалних последица је било а и данас има. Друштво се додуше није дефинитивно поделило на "добитнике" и "губитнике" реформе, али је једно време било доста незапослених, нарочито су остали без посла радници фирми које нису откупљене, посебно код великих губитака - тешке индустрије која није била економски оправдана, и која је затварана. Алтернатива је била тзв. принудно предузетништво. Створили су се веома повољни услови за стварање самосталних, сопствених, односно породичних фирми, тако да се један део незапослених почео бавити предузетништвом. Други део становништва из индустријских градова, након повраћаја земље се окренуо пољопривреди. ~~Мађарској је предриформом~~ била једна од веома *задужених држава иностраним кредитима*. Она је 1956. године желела да пређе на тржишни систем привређивања, на демократски и европски пут, али је то настојање спречено страном (тзв. совјетском) војном интервенцијом, када је уједно наметнут нетржишни, дириговани систем привреде. Ауторитативни систем уведен после

стране интервенције је био свестан да се тај систем не може дуже, без последица одржати. Приступило се постепеној либерализацији која је започета почетком седамдесетих година. Она међутим, није била довољна ради ефикаснијег економског развоја. Ради социјалног мира држава је узимала иностране кредите и на њима је заснован привидан развој. Али, инострани дугови, крајем осамдесетих година, према неким подацима, достигли тридесет милијарди долара. Од прилике онолико, колике је дугове имала бивша Југославија. Мађарска је почев од реформи система почела са отплаћивањем дугова. Није тражила репрограмирање. Једна је од ретких земаља која је савесно отплаћивала своје иностране дугове, паралелно са реформама. Истина, једним делом на терет споријег раста стандарда становништва. Мање пореске стопе које су примењене на страни капитал, су резултирале ипак порастом буџета, из којег се могао сервисирати страни дуг. Оценило се, да ће примена мање пореске стопе на дивиденду, довести до већег резултата у корист државног буџета. То се показало неупоредиво бољим приступом од задржавања застарелог и презадуженог домаћег бившег државног капитала. Тај није доносио приходе, велика стопа опорезивања државног предузећа, осим тога што је, *contradictio in adiecto* (супротност по себи) није резултирао дугорочно позитивно на раст државног буџета: Велика пореска стопа на мали привредни раст доносила је “мршаве резултате” за буџет. (Иначе, познато је да је већина спољних дугова опроштена Пољској, а у новије време, уз значајну наменску помоћ, позамашан део припадајућег дуга је опроштен и Србији и Црној Гори.).

Закон о привредним друштвима је донет 1988. године.⁷ Темелјне реформе тог закона су уследиле 1997. године.⁸ Основни правац измена из 1997. године је био усмерен на потврди веће самосталности привредних предузећа. Извесни облици предузећа која по ранијем Закону нису имали својство правних лица, по новом закону су добила то својство. Иначе, већ су у првом закону уведене све класичне врсте предузећа, деоничка друштва, командитна друштва на акције, друштва са ограниченом и неограниченом одговорношћу и др. Развијана су и правила о антимонополистичком законодавству, односно законодавству у области права конкуренције. Посвећена је велика пажња законодавству о заштити потрошача. Иновирано је законодавство у области права интелектуалне својине, са тежњом да се стимулишу иновације, да се аутор или проналазач појави као носилац не само личних већ и имовинских права. У ранијем систему проналазач који је био запослен у неком државном предузећу или истраживачком институту, није имао право слободног располагања својим проналаском, власник имовинских права је била институција. То је дестимулисало иноваторство. Сада је то обрнуто, власник

⁷ 1988. évi IV. törvény a gazdasági társaságokról / – IV. Закон из 1988. године о привредним друштвима/, V. prof. dr. Sárközy Tamás (редакција и предговор), *A társaság törvénye*, Láng Kiadó, Pécs, 1988.

⁸ 1997. évi CXLIV törvény a gazdasági társaságokról – CXLIV Закон о изменама Закона о привредним друштвима из 1997. године/. В. нпр., prof. dr. Fazekas Judit, dr. Harsányi Gyöngyi, prof. dr. Miskolci Bodnár Péter, Magyar társasági jog, Az 1997. évi törvény alapján, /- Мађарско право привредних друштава према Закону о привредним друштвима из 1997. г./, Miskolci Egyetem ÁJK (Правни факултет у Мишколцу), Novotni Kiadó (издавач Новотни), 1998.

иновације је аутор, проналазач. Посвећена је пажња и законодавству о заштитним знаковима, знаковима географског порекла.⁹Потоњи се не појављују само као искључиво право само једног произвођача (нпр. вина) већ њиховим организацијама са одређеног географског подручја.

II

Одлука о рекодификацији МГЗ из 1959. и нове концепције о рекодификацији

(А) *О кодификационом развоју, Вербецијев кодекс, развој током XIX века и у првој половини XX века*

У расправама правних историчара, као и цивилиста који су се бавили историјом кодификација мађарског цивилног права се често испитују разлози, *зашто није дошло до кодификације* мађарског грађанског законика у грађанском периоду (почев од 1848. године). Утолико пре, што су за кодификацију постојале озбиљне иницијативе, као и потребна стручност. Разлози за изостанак успеха у смислу доношења или ступања на снагу грађанског кодекса, су двојаки. Једни се тичу прецедентног карактера мађарског права како у предграђанском, тако и у грађанском периоду, које по својој суштини, вокацији, није наклоњено парламентарном, већ судском изворишту права. Други разлози се налазе у уским конституционалним оквирима, насталим после угушења грађанских реформи, и тежње за еманципацијом, односно, у ситуацији после стране интервенције, 1849. године, када је октројисано аустријско право. Наиме, до 1861. године, до тзв. опште седнице Курије (Врховног суда) која је поново успоставила мађарско самостално законодавство, - у Мађарској су важила, на основу Царског патента (уредбе), правила Општег аустријског грађанског законика из 1811. године. До веће самосталности у домену законодавне делатности долази тек Нагодбом из 1867. године. *предграђанском периоду*, у времену репрезентативног (сталешког) парламента, у Мађарској је неколико столећа важио познати *Вербецијев* (Werbőczy István) *Трипартит* (Tripartitum) (Tripartitum corpus nostram Hungaricam) из 1517. године. Трипартит је објављен најпре у Бечу, на латинском језику, а затим убрзо и у Kolozsvár-у (данас и Клуж, Румунија, центар Erdély-а, тзв. Трансилваније) на мађарском језику. Кодекс је својевремено преведен на велики број језика (нпр. немачки, италијански), између осталог и на српски језик (Београд, 1906. г.), са мноштвом издања током векова важења. Истина, никад није ступио на снагу, али су га у пракси судови примењивали. Садржавао је како јавноправне, тако и приватноправне одредбе, као и све својевремене предграђанске кодификације. По

⁹ В. нпр. Doc. dr. Csécsy György (Ђеђ Чечи), Заштита потрошача путем заштитних знакова – Еволуција мађарског законодавства – *Fogyasztóvédelem és védjegyjog – A magyar törvényhozás fejlődésének tükrében*, - превод са мађарског на српски језик: проф. др. Јожеф Салма -Правни живот, Београд, бр. 11/2002, том III, стр. 655-659.

пороку норми које су инкорпорисане у овај законик, први тип је био тзв. декретално право, које је формално доносио суверен, али је по садржају био окренут европским правилима, тј. институцијама римског права. Други тип правила је био домаћег порока, тикао се обичајног права.

У *либералном парламенту*, у тзв. Széchenyi-jevom законодавству, у сесијама између 1830-1834. године, било је *иницијатива* за доношење Грађанског законика, *са тежњом да се одступи од прецедентног система* права и да се са судског изворишта права постепено пређе на континентални, парламентарно-законодавни систем права. У том периоду предлози су за доношење грађанског кодекса подносили, познати књижевник и члан горњег дома Парламента, Kölcsey Ferencz (Келчеји), као и истакнути правник (касније, са мађарске стране творац конституционалне Нагодбе са Аустријом из 1867. године), Deák Ferenc. У 1848. години је формирана *комисија за кодификацију* Грађанског законика на челу са Szalay-em /Салаји/. Али, због неповољних, немирних прилика, са кодификацијом се није могло одмаћи. Објављене су само расправе о концепту. Код успоставе мађарског права 1861. године, обзиром на афирмацију тржишних прилика, Вербецијев кодекс више није задовољавао.

Judex-куријална конференција (састанак судија Врховног суда Мађарске уз учешће истакнутих правника и професора права) је одржана 1861. године у Будимпешти. Тада је донет *привремен и оквирни грађански кодекс* (Ideiglenes törvényhozási intézkedések) са око 250 параграфа. Истовремено је конференција одлучила да се у областима грађанског права која тим генералним кодексом нису уређена, привремено примењују правила АГЗ, нарочито у областима стицања својине и земљишних књига, до доношења мађарског грађанског законика, односно одговарајућих законских прописа Мађарске.¹⁰

Кодификациони радови су се интензивирали тек после 1867. године. Донети су запажени пројекти, нпр. 1871.г., али су они у почетку обухватили само *поједине области* грађанског права. Други предлог је написан од стране Pál-a Hoffman-a и Györi Elek-a, 1880 и 1855. године. У овом периоду су запажени пројекти из области стварног права (под редакцијом Halmassy Endre), ка и за област облигационог права (припремљен од стране познатог професора Apáthy István-a). Teleszky István је пак припремио нацрт грађанског законика у делу о наследном праву. Из тих пројеката су крајем XIX века изникли неки партикуларни закони који су и ступили на снагу, као што је веома запажени и модеран *Закон о трговачким друштвима* (1875)¹¹, или *Закон о браку и породици* из 1894.г.¹², и др.¹³ Нацрти, одн. предлози настали из

¹⁰ V. нпр. Dr. Malfér, Stefan, *Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn zur Zeit des "Provisoriums" 1861-1867, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, Wien, Nr. 1-2/1992, стр. 32.

¹¹ 1875: XXXVII törvény a kereskedelmi társaságokról – Закон бр. XXXVII о трговачким друштвима из 1875. године.

¹² 1894: XXXI. törvény a házasságról és családról, Закон о браку и породици бр. XXXI из 1896. године.

¹³ В. ближе, József Szalma, *Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn, in: Von den Ständeversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn, Studien zur Parlamentarismusgeschichte*, Herausgeber: prof. dr. Gábor Máthé, prof. dr. Barna Mezey, Eötvös Loránd

1896.г., све до петог пројекта из 1928.г., сваки понаособ, су садржавали *све области* грађанског права, по уобичајеној пандектној систематизацији. Парадоксално је, да је Грађански законик, после дуге кодификације, донет у за то неповољном привредном амбијенту, у времену нетржишног друштва, 1959. године. Оно није било отворено за слободну иницијативу, гарантовање приватне својине и за привредна друштва. „Амбијент” у коме је тај законик донет, са своје стране је наравно, оставио трага на кодификацији, са ограничењима слободе уговарања, редукцијом својине, са непризнавањем неимовинске штете. У области појединих облигационих уговора је пренаглашавао неке уговоре (продаја пољопривредних производа), а занемаривао је друге, нарочито класичне уговоре, редукцијом правила. Резултати претходних, и данас пажње вредних кодификационих пројеката, насталих у другој половини XIX и у првој половини XX века, су само у неким сегментима препознатљиви у неревидраном тексту МГЗ из 1959. године.

(Б) Измене МГЗ из 1959. г. после 1977, и темељне реформе и измене после 1989. године, до 1998. године

Иако су правила грађанског права у свим кодификацијама обично најконвергентнија, у односу на друге гране права, прелаз на тржишни систем привређивања у реформским земљама захтева значајне интервенције, мере хармонизације са захтевима тржишне привреде, у кодекс који су донети још у ранијем диригованом привредном систему.¹⁴

Реформе у области грађанског законодавства у Мађарској су текле у два правца: путем партикуларних *измена Грађанског законика* (донетог још у ранијем систему, 1959. године)¹⁵, и путем *доношења нових партикуларних закона* везаних за ближе уређење грађанскоправних односа.¹⁶ *Закон о браку и породици*¹⁷ је такође

Universität, Juristische Fakultät, International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions, Budapest-Graz, 2001, стр. 129-144.

¹⁴ В. наш рад: *Közösségi, közös és eltérő elemek a polgári jogi kodifikációkban – különös tekintettel a többször módosított magyar Ptk rekodifikációjára*, /- Унијски, заједнички и дивергентни елементи у кодификацијама грађанског права, - са посебним освртом на рекодификацију више пута измењеног мађарског Грађанског законика/, Jogtudományi Közlöny (часопис Правног одбора Мађарске академије наука), Budapest, бр. 2/2001, стр. 57-69.

¹⁵ 1959. évi IV törvény a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről, - IV Закон о Грађанском законнику Републике Мађарске, са уводним Законом из 1960. године. Законик је проглашен 11. аугуста 1959. године, ступио на снагу 1960. године. Значајније измене у претходном систему су извршене IV. законом из 1977. године, са новим уводним законом – уведеним Уредбом са законском снагом бр. 2 из 1978, 8. Уредбом са законском снагом из 1978, везаном за међународне привредне односе. После реформе система, измене су веома бројне, наводимо неке: XV Закон од 1. марта 1990, XII Закон од 15. марта 1990 (измене одредаба о уговору о наслеђу), CXL: из 1997. године, ст. на снагу 1. марта 1998 са изменама прелазних и завршних одредаба, итд.

¹⁶ В. ближе: prof. dr. József Szalma, *Rekodifikation des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1959 (beginnend im Jahre 1998)*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös nominatae (Анали Правног факултета Универзитета Eötvös Lóránd), Sectio iuridica, tomus XLI-XLII 2000-2001, стр. 55-80. Prof. Dr. József Szalma, *Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn*, у књизи: Von den Ständerversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn, Studien zur Parlamentarismusgeschichte, Budapest, Wien, Graz, 2001, Eötvös Lóránd- Universität, Budapest, 2001, стр. 121-145.

више пута мењан, између осталог увођењем брачно-имовинског уговора.¹⁸ Овом изменом се омогућава да се законски режим заједничке имовине искључи и да странке уговоре режим посебне имовине. Дакле, одредбе о заједничкој имовини, као основној имовинскоправној последици закључења брака, више нису императивне, већ диспозитивне: брачни партнери могу својим уговором да предвиде другачији режим имовинских односа. Уз, наравно, одређене императивне обавезе на плану издржавања, чувања и васпитања заједничке деце.¹⁹ Иначе у рекодификационој дискусији, као и у концепцијама предвиђа се инкорпорација Закона о браку и породици у будући кодекс.

Најмање измена су претрпеле одредбе МГЗ о *наслеђивању*, које су иначе инкорпорисане у тексту Грађанског законика из 1959. године и данас оцењене као веома добре.

Донет је нови Закон о раду²⁰, који регулише радни однос као уговорни однос²¹ између послодавца и пријемника посла, а такође и колективни уговор о раду. Инкорпорисане су и европске одредбе о обавезама послодавца према раднику и према влади у случају колективног отпуштања радника (нарочито приликом престанка предузећа услед стечајног поступка). За сада је задржан институт генералног (транског) колективног уговора, крај специјалног, који се закључује између послодаваца и синдиката предузећа у самом предузећу. Колективни уговор је обавезан за предузеће ако предузеће има већи број радника од законског лимита (преко шездесет), или је уложени капитал предузећа значајнијег обима. У литератури о новој кодификацији МГЗ наглашава се веза између радног права и

¹⁷ 1952. évi IV. törvény a házasságról, a családról és gyámságról (IV Закон о браку, породици и старатељству из 1952. године) Закон је проглашен 6. јуна 1952. године, ступио на снагу 1. јануара 1953. године, измене и јединствена редакција су извршене I. Законом из 1974. године, стипиле су на снагу 4. јула 1974. Даље измене извршене у ранијем систему: IV Закон из 1986. године, ступиле на снагу 1. јула 1987.

¹⁸ Измене Закона о браку и породици, после реформе система, су уследиле доношењем XV. Закона из 1990. године, ступиле на снагу 1. марта 1990. године, као и доношењем XXI. Закона из 1995. године, ступиле на снагу 4. јула 1995. године. V. следећу литературу о реформи и рекодификацији у области породичног права у Мађарској: Prof. Dr. Weiss Emilia, *Az új Polgári Törvénykönyv és a családi jogi viszonyok szabályozása, /- Нови Грађански законик и регулисање породичних односа/*, in: Polgári jogi kodifikáció, II. година, бр. 2., 2000. g. Budapest, 2000. HVG Orac, str. 4.; dr. Körös András, *A Ptk és a családi jog kapcsolata – a gyakorló jogász szemével, /- Веза између Грађанског законика и породичног права – са аспекта практичара права/*, in: Polgári jogi kodifikáció, I. година, бр. 2, Budapest, HVG Orac, 1999, стр. 4.

¹⁹ В. ближе у нашем раду: *Брачно имовински уговор, упоредно правни студиј*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, Нови Сад, бр. 11/2002, стр. 339-350, са резимеом на енглеском језику, на стр. 350.

²⁰ 1992. évi XII. törvény a munka törvénykönyvéről – Законик о раду бр. XII из 1992. године. V. in: A munka törvénykönyve, Budapest, Árboc Kft, 2000.

²¹ B. dr. Kiss György, *Az új Ptk és a munkajog kapcsolata különös tekintettel a magyar jogra / – Веза новог грађанског законика са посебни освртом на мађарско право/*, Polgári jogi kodifikáció II. год., 2000, бр. 1., стр. 3-17.

Грађанског законика.²² Нарочито се указује на (извршену) хармонизацију са правилима ЕУ.²³

Донет је нови *Закон о регистровању права на непокретностима* (1997)²⁴, са доминацијом принципа конститутивности укњижбе и начела јавности земљишних књига. Донет је и закон о малим предузећима, са циљем да се она стимулишу.

*Систематске измене у Грађанском законик*у су постепено уследиле у интервалу од 1990. до 2002. године.²⁵ Тицале су се основних начела, односно уводних одредаба, као и одредаба о правном статусу правних субјеката. У законик су инкорпорисане потпуно нове норме о јавним и приватним фондовима и фондацијама. Међане су и одредбе у области стварноправних односа, везано за својинске односе, у циљу заштите приватне својине. У области облигационог права је наглашена слобода уговарања. У ново формулисаним одредбама опште границе слободе уговарања прихваћена је уобичајена синтагма: јавни поредак и добри обичаји, као и императивни прописи. У материји ништавости уговора, и после ревизије МГЗ, задржано је правило о могућности одузимању предмета престације несавесног уговорника у општу и јавну корист. Међутим, литература, као и нови концепти МГЗ-а сматрају да је то правило анахроно, будући да материјом цивилног права влада начело реституције, а не репресије. Уколико је забрањеним контрактом уједно извршено неко кривично дело, казну, у смислу евентуалне конфискације, треба унапред за такво дело да пропише кривично право, сходно правилима о кривичноправној инкриминацији (*nullum crimen et poene sine crimine et sine lege*). За уговорне односе је задржано начело о обавези сарадње уговорника, које је пореклом из ранијег текста и система. У новије време, почетком 2000. године, унете су нове и веома позитивно оцењене одредбе о хипотеци и залози. Уведене су савремене форме средстава обезбеђења потраживања, које су резултат развоја у новијем немачком праву. Функционисању хипотеке, - као значајног средства за обезбеђење потраживања и као инструменту чијим ангажманом зајмопримац лакше долази до потребног кредита, - дао је допринос и модеран систем земљишних књига, који је уведен Законом из 1997. године (уз афирмисање принципа јавности и конститутивног дејства укњижбе заложног права). У области уговорног права је наглашена слобода уговарања, али су и даље остале одредбе да закон може наложити обавезу закључивања уговора. Но, ова одредба се данас пре свега односи на обавезно осигурање од одговорности у јавном превозу и у саобраћају. У

²² Prof. dr. Radnay József, *A PTK és a munkajog kapcsolata különös tekintettel a magyar jogra /– Међусобни однос Грађанских законика и радног права, са посебним освртом на мађарско право/*, in: *Polgári jogi kodifikáció*, HVG Orac, Budapest, I. година, бр. 1/1999, стр. 9-14.

²³ Prof. dr. Prugberger Tamás, *Európai és magyar munka- és közszolgálati jog /– Европско и мађарско радно право/*, KJK Kerszöv, Budapest, 200, стр. 33-39.

²⁴ 1997. évi CXLI. törvény az ingatlan-nyilvántartásról /– Закон бр. CXLI о евиденцији непокретности од 1997. године/. Закон је промулгиран 17. децембра 1997. године, измене и допуне: Закон бр. CXIX од 1999. год., Закон бр. CXXVI од 2000. године, Закон бр. CVII од 2001. године - ступио на снагу 31 III 2002. год. В. prof. dr. Szalma József, *Ingatlan-nyilvántartás, - Евиденција права на непокретностима*, Атлантис, Нови Сад, 2002, стр. 67-82., резиме на немачком језику: стр. 220-221.

²⁵ В. исцрпне податке о изменама in: *Polgári törvénykönyv, Polgári perrendtartás, Családjogi törvény*, изд. Unio, Budapest, (urednik: Kertész Judit), 1999.

претходном систему тек од измена МГЗ из 1977. је допуштена накнада нематеријалне (неимовинске) штете, али само уз материјалну штету, у виду исказивих трошкова, нпр. трошкови лечења код телесног оштећења, а не и самостално, као новчана накнада за претрпљене физичке и психичке болове. Тек је измена МГЗ почетком 90-их година предвиђена самостална новчана накнада (обештећење) за неимовинску штету, за повреду личних права, односно психичке болове настале услед повреде телесног и психичког интегритета личности. То је омогућено темељним изменама поглавља о личним правима.²⁶

(Б) *Одлука о темељној ревизији (рекодификацији) МГЗ из 1959.г. и правци рекодификационе реформе (Нова концепција МГЗ из 2001. и 2002. г.)*

Бројне партикуларне измене Грађанског законика су довеле до опасности од неконзистентности. Већ 1994. године земаљско саветовање удружења правника на челу са академиком Харматијем (prof. dr. Harmathy Attila) и академиком Векашом (prof. dr. Vékás Lajos) упозоравају на могућност неконзистентности Грађанског законика, уколико се даље настави са партикуларним изменама, без темељне ревизије МГЗ.²⁷ Они предлажу потпуну рекодификацију грађанског законика. Иницијатива је прихваћена тек 1998. године, када је *Влада донела одлуку о рекодификацији Мађарског грађанског законика*.²⁸ Формирана је *Главна Комисија за рекодификацију*, на челу са академиком Векашом Лајошем. Сама Главна

²⁶ Ближе о одштетноправном аспекту рекодификације МГЗ и упоредном праву, в. prof. dr. Prugberger Tamás – prof. dr. Szalma József (Јожеф Салма), *Природно право и кодификација грађанског права*, Правни живот, Београд, Копаоник, бр. 10/2002, том II. стр. 61-69, као и: prof. dr. Prugberger Tamás – prof. dr. Szalma József, *Természetjog és a polgári jog kodifikációja /-Природно право и кодификација грађанског права/*, Magyar jog, Budapest, бр. 3/2003, стр. 129-139, са немачким и енглеским резимеом. О одштетноправном аспекту в. и prof. dr. József Szalma, *Tárgyi és anyagi felelősség, - különös tekintettel a magyar Ptk rekodifikációjára /- Субјективна и објективна одговорност, са посебним освртом на рекодификацију МГЗ/*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, бр. 3/2003, стр. 117-130, са резимеом на немачком језику: Verschuldenshaftung und Haftung ohne Verschulden, на стр. 160. Prof. dr. Szalma József, *A vétkességi felelősségről – különös tekintettel az európai polgári jogi kodifikációkra, valamint a magyar Ptk Új Konceptiójára /- О одговорности по основу кривице – у европским кодификацијама и у новој концепцији МГЗ/*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, бр. 4/2003, стр. 161-179, са резимеом на немачком језику: Verschuldenshaftung – vergleichendrechtlicher Studium mit besondere Berücksichtigung des UBGB-s, на стр. 209. Оба потоња рада, у интегралном тексту, су објављена, у Аналима Правног факултета ELTE у Будимпешти (Acta Facultatis, Tom XXXVIII-XXXIX, ann. 2001-02, Budapestini ELTE, стр. 21-69, са резимеом на француском језику). В. и ауторов рад: *A polgári jog kodifikációjának általános módszerei és a magyar Ptk rekodifikációja /- О општим методама кодификације грађанског права и рекодификација МГЗ/* у књизи: Horváth Tibor, Mezey Barna, Szalma József, Szilágyi Péter, Vékás Lajos, Varga Csaba, *Kodifikáció – Tanulmányok /-Кодификација – Студијул/*, ELTE ÁJK /Правни факултет у Будимпешти Универзитета ELTE/, Budapest, 2002, 40-70.

²⁷ Accad. prof. dr. Harmathy Attila, *A kodifikáció általános kérdéseiről /- О општим питањима кодификације, са посебним освртом на развој уговорног права, на права на непокретностима и на заштиту потрошача/*, in: Magyar Jogász Egylet, Második magyar jogászgyűlés, Siófok, 6-9 okt. 1994., Budapest, 1994, стр. 279-293; *ibid*, *Polgári jogi kodifikáció és jogharmonizáció – Magyar jog- és intézményrendszer közelítése az európai joghoz /- Кодификација грађанског права и правна хармонизација – приближавање мађарског права и система институција европском праву/*, Међународна конференција професора грађанског права, Miskolc 27. мај 1999, изд. Novotni, Miskolc, 1999, стр. 21.

²⁸ Одлука мађарске Владе бр. 1050/1998 од 24. IV. 1998 о рекодификацији Грађанског законика, измене и допуне одлуке: бр. 1061/199 од 28. маја 1999. године.

комисија²⁹ је формирала *поткомисије*, по појединим областима грађанског права у које су укључени истакнути професори правних факултета у Будимпешти, Мишколцу, Печују, Ђеру, и др. као и истакнуте судије Врховног суда. Одређен је и рок за завршетак рада на Нацрту законика. Рок за завршетак рада на првој (нормативној) верзији новог законика је био друга половина 2002. године. Ради стимулације истраживања и научних и стручних дискусија о главним правцима рекодификационог рада у издању ORAC-а из Будимпеште, почев од 1998. године, објављује се посебан научни часопис посвећен кодификацији (под називом: *Polgári jogi kodifikáció*). Наравно, научне расправе, посвећене рекодификацији се објављују и у водећим научним часописима, у часопису Правног Одбора Мађарске Академије наука "*Jogtudományi Közlöny*" (Зборник за правне науке), као и у часопису *Magyar Jog* (Мађарско право). Одржана су бројна научна саветовања са расправом појединих питања или поглавља будућег законика.

Као што се очекивало, Главна комисија није поднела у виду нормативног текста, нацрт новог законика, у предвиђеном року. Уместо тога, у новембру 2001. године је објављен опсежан материјал под насловом *О концепцији новог Грађанског законика*, који је претходно прихваћен од стране Главне кодификационе комисије. Концепција је усвојена и од стране Владе, а потом је објављена и у службеном листу. Концепција не садржи нормативне предлоге, већ само утврђује правце решења. Између осталог, предлаже се пандектни систем, али без општег дела законика, у смислу како је та област регулисана у немачком BGB из 1896. године. Као разлог се наводи, да ни кодификациони предлози у XIX и почетком XX века, - настали после 1848. г., посебно у Нацртима и предлозима мађарског Грађанског законика из 1896/1900. године, у другом Нацрту из 1913, у трећем из 1914. године, у четвртном из 1916. године, као и у најзрелијем, петом Предлогу, који је добио потврду и у парламенту, из 1928. године (припремљеном у редакцији истакнутог професора грађанског права, Szászy Béla, са уобичајеним обимом од 2171 параграфа), - није било, или бар у већини тих пројеката, није било општег дела. Правно-технички се уобичајена материја општег дела регулисала у

²⁹ Главна комисија се састоји из два огранка. Из самог ужег тела Главне комисије чији су чланови делегат Владе, претседник Врховног суда Мађарске, Претседник савеза правника Мађарске, претседник савеза мађарских Адвокатских комора, претседник мађарске нотаријалне коморе. Други огранак је редакциони одбор, чији су чланови председници радних група појединих области грађанског права. Претседник Главног одбора је академик prof. dr. Vékás Lajos, а председник Редакционог одбора је академик prof. dr. Mádl Ferenc као и dr. Petrik Ferenc, prof. dr. Sárközy Tamás, accad. prof. dr. Vékás Lajos, prof. dr. Zlinszky János. V. *Polgári jogi kodifikáció*, HVG Orac, Budapest, I/1999, бр. 2., стр. 17. Поред осталих поткомисија формирана је и поткомисија за међународне односе, под руководством prof. dr. Mádl Ferenc-а у чијем реду учествују истакнути професори европског грађанског и компаративног права као што су prof. dr. Christan Bahr (CP Немачка), prof. dr. Ole Lando (D), prof. dr. Antonio Gambro (I), prof. dr. Hugh Beale (GB), prof. dr. Arthur Hartkamp (H), prof. dr. Richard Buxbaum (USA), prof. dr. Ulrich Drobnig (G), prof. dr. Roy Goode (GB). V. *Külföldi jogtudósok a Ptk kodifikációról /– Страни научници о кодификацији МГЗ/* - извештај Dr. Sáriné Dr Simkó Ágnes-а, in: *Polgári jogi kodifikáció*, HVG Orac, Budapest, 1999 I/2. стр. 17, као и из пера doc. dr. Kisfaludy András-а доцента Правног факултета у Будимпешти, секретара редакционог одбора за рекодификацији МГЗ, ин: исти часопис, исти број, стр. 17-20.

овим кодификационим предлозима у општем делу уговорног права.³⁰ У новој концепцији за грађански законик из 2001. године се предлаже да се објави *јединствени законик са инкорпорацијом дотадашњег партикуларног грађанског законодавства, нарочито породичног кодекса, трговачког права у статусном и уговорном делу, и контрактуалног дела радног права (тзв. монистички приступ.)* По томе би се у састав грађанског законика укључио и Закон о браку и породици, који је за сада засебан кодекс. Законик би се састојао из више књига, прва би била посвећена уводним одредбама и личном праву, друга стварном праву, трећа породичном праву, четврта облигационом праву, и најзад пета, наследном праву.

Крајем 2002. године је објављена проширена, нова (друга) верзија концепције. Она је такође прихваћена од Главне кодификационе комисије, као и од стране владе, те је објављена у службеном листу. Влада је почетком 2003. године донела одлуку о продужењу рока за израду Законика, уз обавезивање Главне комисије да нацрт текста, у нормативној форми припреми до 2005. године.

И нова, друга концепција садржи основну премису о социјално оријентисаном тржишном друштву. Иако је ова оријентација општа, у новој концепцији социјални аспект више долази до изражаја у деловима Концепције који се односе на породичне и брачне односе, на радно правне односе, као и на право заштите потрошача. У извесном смислу и на право заштите личности.

Неки издвојени модел, неки одређени законик који би био једини узор, се не предлаже. Али, веома се помно проучавају *искуства традиционалних кодификација грађанског права*, као што су немачки BGB³¹ и француски Code civil, ABGB, укључив и њихове измене, које су уследиле под утицајем Европског права (*acquis communautaire*). Имају се у виду наравно, европски модели-закони, затим Ландов пројект, Принципи трговачких контраката, неке конвенције, као што су Бечка Конвенција о међународној купопродаји, различите начелне норме и уредбе из европског законодавства Европског Парламента које се односе на цивилну материју, не у последњем реду, нове кодификације, као што је Холандски грађански законик довршен и усвојен почетком деведесетих година. Нарочита пажња се посветила анализи овог законика, као једног од најмлађих и најновијих у породици европских националних кодекса, који је донет по “књигама”, и ступио на снагу сукцесивно, део по део, како је који завршен, почев од осамдесетих година, све до почетка деведесетих година. Међутим, у односу на првобитну концепцију, *друга концепција МГЗ одустаје од сукцесивног ступања на снагу*, по “приспећу” појединих припремљених делова, пре свега због кохерентности. Предлаже се, да се

³⁰ В. Prof. dr. Bíró György, *Magyar polgári jog – A kötelmi jog és a szerződésben közös szabályai – Мађарско Грађанско право – Заједничка правила облигационог права и теорије о уговорима*, Miskolc, Novotni, 2000; prof. dr. Bíró György – prof. dr. Lenkovics Barnabás, *Magyar polgári jog, Általános rész /– Мађарско грађанско право – Општи део*, Miskolc, Novotni, 1996; стр. 26; prof. dr. Lábadí Tamás, *A magyar magánjog általános része /– Општи део мађарског приватног права*, Dialóg Campus, Budapest-Pécs, 1997.г., с. 35, и др.

³¹ В. нпр. dr. Menyhárd Attila, *A BGB reformjáról /– О реформи немачког Грађанског законика*, in: Polgári jogi kodifikáció, HVG Orac, Budapest, 2000, II. година, br. 1, str.25-26. Doc. dr. Kisfaludy András, *Hollandia új magánjogi törvénykönyve /– Нови законик о приватном праву Холандије*, in: Polgári jogi kodifikáció, Budapest, HVG Orac, 1999, I. година, br. 2. стр. 22-23.

макар по цени каснијег доношења, кодекс припреми у целини, подобан да ступи на снагу истовремено, са свим својим деловима, областима. У научним и стручним круговима, на саветовањима посвећеним рекодификацији, на саветовањима практичара посвећеним рекодификационој концепцији, а нарочито на Мишколцким земаљским саветовањима професора Грађанског права, од којих су бројни учесници уједно и чланови комисије или поткомисије за кодификацију МГЗ, - велика пажња се посвећује и развоју грађанског законодавства у суседним реформским земљама, укључив и Србију.

III

О уговорима о сарадњи Правног факултета у Новом Саду и правних факултета у Будимпешти и Мишколцу, посебно о међународним саветовањима посвећеним кодификацији и хармонизацији грађанског законодавства у Мађарској и Србији, са узајамним учешћем професора Грађанског права

Један од посебних зборника Универзитета у Мишколцу је објавио, поред радова на тему о рекодификацији и европској хармонизацији мађарског грађанског права, и студиј проф. др. Светислава Таборошија и мр.Милана Париводића, са Правног факултета у Београду³², као и више студија писца ових редова о Закону о облигационим односима.³³ Петог и шестог јуна текуће 2003. године се у Мишколцу одржава земаљско саветовање професора Грађанског права, на тему о рекодификацији и грађанскоправној одговорности за штету, са учешћем председника Кодификационе комисије, академика Векаша Лајоша, професора Правног факултета у Будимпешти и истакнутих професора Грађанског права из Мађарске и иностранства, на које су позвани и професори грађанског права Правног факултета у Новом Саду. Крајем 2002. године су на Копаоничком

³² Prof. dr. Svetislav Taboroš, mr. Milan S. Parivodić, *Yugoslav civil law – basic features*, in: Polgári jogi kodifikáció és jogharmonizáció – *A magyar jog és intézményrendszer közelítése az európai joghoz – az acquis communautaire adaptálása a magyar jog intézményrendszerébe* – Az 1999. május 27.-én megrendezett Polgári Jogot Oktatók Országos Találkozóján, illetve a 28-án megrendezett Kelet- Közép-Európai Jogharmonizációs Konferencián elhangzott előadások anyaga, Novotni, Miskolc, 1999, str. 193-217 (na engleskom i na mađarskom jeziku). *(Kodifikacija građanskog prava i harmonizacija prava – približavanje mađarskog prava i i institucionalnog sistema evropskom pravu, adaptacija aquis communautaire u mađarskom pravu – Zemaľjsko savetovanje profesora građanskog prava održano 27 maja 1999 u Miškolcu, Srednje istočno evropska Konferencija o harmonizaciji prava, Miškolc, 28. maj 1999. g.)*

³³ Szalma József, *Kelet – közép európai magánjogfejlesztési tendenciák – Jugoszlávia (Szerbia és Crna Gora) magánjogáról, /O privatnom pravu Srbije i Crne gore/*, Polgári jogi kodifikáció és jogharmonizáció, tanulmánykötet, Miskolc, Novotni, 1999, str. 175-191. Szalma József, *Rész- és teljes kodifikációk (volt) Jugoszláviában – Különös tekintettel a többször módosított 1978. évi Jugoszláv kötelmi viszonyokról szóló törvény alapvető kodifikációs és alkalmazási jellegzetességeire és kodifikációs előzményeire /– Партикуларне и целовите кодификације грађанског права у бив. Југославији, - са посебним освртом на кодификациона обележја Закона о облигационим односима, на кодификационе претходнице и узоре/*, Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio juridica et politica, Tomus XX/2, Miskolc University Press, 2002, стр. 645-673.

међународном саветовању учествовали истакнути цивилисти Мађарске, проф. др. Биро Ђерђ (иначе проректор Универзитета у Мишколцу, шеф катедре за грађанскоправне науке Правног факултета у Мишколцу), са темом о рекодификацији посебног дела облигационог права, проф. др. Пругбергер Тамаш, шеф Катедре за аграрно и радно право на Правном факултету у Мишколцу са темом о аспекту природног права и кодификације, као и доц. др. Чечи Ђерђ, шеф катедре за Грађанско право Института за правне науке Универзитета у Дебрецину, са темом о развоју ауторског и проналазачког права у Мађарској. Наведени професори су у 2001. години одржали предавања из области реформе грађанског права у Мађарској и на Правном факултету у Новом Саду.

Сарадњу на плану развоја Грађанског права, наравно потврђују и посете истакнутих професора Правног факултета Универзитета Eötvös Lóránd у Будимпешти обављене 2001. године, prof. dr. Мезеи Барне (Mezey Barna) (декана), prof. dr. Karácsony András-a (продекана) и prof. dr. Dezső Marte (продекана). Обе посете, из Будимпеште, и Мишколца, које су биле прве међународне и званичне посете, после дугог низа година мировања међународне научне сарадње, биле су пропраћене и уговором о сарадњи са Правним факултетом у Новом Саду. Оне су оквир за сарадњу у различитим областима, између осталих и у области размене истраживачких искустава у домену реформи грађанског законодавства.

Уверени смо да су те посете уједно биле значајна основа, пример и подстицај за закључење уговора о сарадњи са другим факултетима у Мађарској, као и за успостављање контаката Правног факултета у Новом Саду са западно европским, посебно немачким правним факултетима, надамо се, у перспективи и са Правним факултетом у Бечу. Разуме се, захваљујући љубазном одазиву на позив аутора овог рада, од стране Prof. Dr. Wilhelma Brauneru (са катедре за правну историју Правног факултета Универзитета у Бечу) и Dr.-u Heinzu Tichy-ju из Министарства образовања и науке Аустрије. Они су наиме, такође, међу првима одржали предавање на тему из грађанског права на Правном факултету у Новом Саду, 2001. године. Неке резултате сарадње са овим факултетима, између осталог, показују радови који су љубазно уступљени ради објављивања у Зборнику нашег факултета, од стране истакнутих аутора из Мађарске (Будимпешта, Мишколц) и Аустрије (Беч).

*József Szalma, Ph.D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad*

**ON THE HARMONIZATION AND
RE-CODIFICATION OF HUNGARIAN CIVIL LEGISLATION**
**-With reference to the scientific cooperation of the Law Faculty of Novi Sad with the
Law Faculty of Budapest and the Law Faculty of Miskolc in the area of civil law-**

Abstract

Beginning with the first half of the 19th century, Hungarian civil legislation, as distinct legislation, independent of other areas of law, developed more rapidly. The pre-civil law codification, the *Werbőczy* Tripartite of 1517, with elements of public and private law, had a long-lasting influence. Although it officially never came into effect (except in *Erdély*, Transylvania), this civil code was for some time, applied in judicial practice. Even during the civil law period, the idea of codifying the civil law code did not prevail, since the system of formal sources was based on precedent (judicial). In spite of that, beginning with the 1830s, there were parliamentary initiatives for the writing of a civil law code. During the second half of the 19th century, commencing with the session of the Judexcurial Conference (1861), and especially following the Agreement with Austria (1867), in some areas of civil law, significant suggestions for a law code had emerged. Following 1896, several successive variations of the Hungarian Civil Law Code Draft were drawn up (I. Draft in 1900, II Draft in 1913, III Draft in 1914, IV Draft in 1916, and the V Proposal in 1928) encompassing the whole civil law system. From the many codification proposals, the most significant is the HCC (*MGZ*) Proposal of 1928. According to both domestic and foreign literature, these codes were of a highly European professional and scientific nature. The reasons as to why a civil law code was not brought in during this period are not scientific ones. The first Civil Law Code to come into effect in 1959. It was brought in during a different sort of non-market, so-called planned or command economic system. In this system that was not favorable for civil law, despite the initial intentions of the codifiers to maintain continuity with the European concept and the Hungarian tradition of private law, the code nevertheless contained deviating and imposed (non-European) elements. Following a thorough reform of the legal system in 1989, and the transition to a society based on the rule of law, the Code of 1969 was no longer acceptable, and so from the outset of the harmonization process it underwent significant changes. It became clear that for the purpose of maintaining codifying consistency, a new code was necessary, with the necessary general legal-philosophical foundations, returning to domestic and European legal traditions and incorporating all areas of family law, including family, labor relations and corporate law. On the basis of

government decisions in 1998 and 1999 work on the new code began. In 2001 and 2002, the Head Commission for Codification announced the concept behind the drafting of the Hungarian Civil Code. The concept is to, along with particular changes, bring forth a modern, uniform civil code in accordance with the demands with modern market-economy societies and European law.

Dr Jožef Salma (dr Szalma József)
Professeur titulaire de la Faculté de droit de Novi Sad

**L'HARMONISATION ET LA RECODIFICATION DE LA
LÉGISLATION CIVILE DE LA HONGRIE**
– avec des annotations sur la collaboration des facultés de droit de Novi Sad,
Budapest et Miskolc dans le domaine du droit civil

Résumé

La législation civile hongroise s'est développée plus intensément comme législation particulière, et donc séparément des autres domaines du droit, à partir de la première moitié du XIX^{ème} siècle. La codification pré-civile, *Tripartitum corpus nostram hungaricam* (Werbőczy) de 1517, a eu une influence de longue durée, avec ses éléments de droit public et privé. Même s'il n'a pas été officiellement promulgué (mis à part à Erdély - Transylvanie), ce code a été longtemps appliqué dans la pratique juridique. Depuis la période civile, l'idée de codification des droits civils ne s'était pas imposée, car le système de sources formelles étaient traditionnellement fondé sur le droit précédent (en justice). Malgré tout, il y a eu des initiatives parlementaires pour la promulgation d'un code civil, dès la troisième décennie du XIX^{ème} siècle. Dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle, depuis la conférence de 1861 (Judexcurial Conference), et surtout depuis l'Accord avec l'Autriche (1867) des propositions significatives ont été faites pour un code, suivant des parties particulières du droit civil. Depuis 1896, plusieurs variantes successives d'un projet de Code civil hongrois sont apparues (I projet de 1900, II projet de 1913, III projet de 1914, IV projet de 1916, V projet de 1928), qui comprenaient le système civil hongrois dans son ensemble. De tous ces projets le plus significatif était celui de 1928. Ces codes ont été évalués dans la littérature étrangère et celle de notre pays comme projets de haut niveau scientifique et spécialisé. Les raisons pour lesquelles ils n'ont pas été promulgués à l'époque ne sont pas d'ordre scientifique. Le premier code civil, néanmoins promulgué, est apparu dans un autre système sans marché, appelé système de planification ou système économique dirigé, qui n'était pas propice pour le droit civil, en 1959, et, malgré les efforts des codificateurs pour sauvegarder la continuité avec le concept européen et la tradition hongroise du droit privé, il contenait des éléments octroyants (non-européens) qui se détachaient de cette continuité. Après une réforme

fondamentale du système juridique en 1989 et un passage à une société de droit organisée, le Code de 1969 n'était plus acceptable, et il a subi des changements importants depuis le début du processus d'harmonisation. Pour sauvegarder la consistance de la codification, il s'est montré indispensable de refaire un nouveau code, avec les bases juridiques et philosophiques indispensables, et un retour aux traditions juridiques propres comme aux traditions européennes, en y incorporant tous les domaines du droit civil, c'est à dire avec les relations de la famille, du travail et du commerce. Selon un arrêt du gouvernement de 1998 et 1999 le processus pour un nouveau code est enclenché. La Commission principale pour la codification a rendu public une nouvelle conception pour un Code civil hongrois. Cette conception tend à promulgué, tout en respectant des particularités, un nouveau code, moderne, un unique Code civil, en harmonie avec les besoins d'une société de marché moderne et avec le droit européen.

*Др Марија Вучковић Радовановић, редовни професор (у панзији)
Правног факултета у Новом Саду*

ЗАСТУПАЊЕ И ОСТАЛА ДЕЛАЊА ЗА ДРУГОГ (ВАНСУДСКО И ПРЕД АРБИТРИМА)

Сажетак: У раду се разматра међусобна условљеност регулисања садржаја темељних института правног система који одражавају политику датог друштва. На Западу, већ вековима, то су право приватне својине (њена *usus, fructus* и *abusus* овлашћења) и аутономија воље (слобода уговарања) као темељи (основни ослонци) изгледа осталих правних односа и правних стања.

У центру пажње овог рада је делање за другог (заступање и друга делања за туђи рачун), такође заснована првенствено на аутономији воље. То су вансудско заступање али и заступање пред разним арбитрама укључив и суд. У првом делу рада разматра се правна природа приватне својине са лојалном конкуренцијом као њеним битним својством, и слободом уговарања као основним инструментом тржишног привређивања. У наставку рада реч је о улози заступања и осталим делањима за другог (за туђи рачун). Како вансудским тако и пред судовима и другим арбитрама. Како принудним (законским заступањима), тако и заснованим на изјави воље, а све у светлу природе института из првог дела рада.

Кључне речи: заступање; аутономија воље и конкуренција; својина: приватна, државна, задружна, интелектуална.

I

Уводна напомена :

Мало више речи него што се према наслову очекује биће овде и о наводним различитим врстама својине. Ми критикујемо погрешку која се састоји у прописивању, 1988.године - у правном систему СФРЈ (велике Југославије) – да постоје различите врсте својине, из чега би требало извести закључак о постојању (по самој правној природи) различитих својина. Укључив ту и друштвену, задржану у правном систему који је битно измењен (тим уставним амандманима са краја 1988. године на Устав СФРЈ из 1974.године), и у коме је друштвена својина постала инкомпатибилна са поново уведеним западним моделом капиталистичког тржишног привређивања. У раду су, поред разматрања аутономије воље и лојалне конкуренције, основни предмет анализе разни начини делања за другог. То су вољно и принудно (законско) заступање, посредовање и друге медијације, и то како извансудско делање за другог (за туђи рачун) тако пред судом и другим арбитражије само о правним питањима интерног права, већ и о све већем обиму наднационалних правила и учесталијој појави међународних арбитра сваке врсте. Са тог аспекта је свака држава данас попут боксера у рингу гледе очувања своје суверености. Значај те борбе држава за очување своје суверености је огроман, јер је на делу глобализација која поред позитивних ефеката, оставља широк простор за шпекулантски капитал чији власници не хају за екологију и синдикална права домаћих најамних радника. Отуд значај борбе суверене државе која се, заједно са другим државама једнакоправним чланицама УН, укључује у опште токове и напоре да глобализација ходи ка тзв. одрживом развоју, а што би, да се на томе искрено ради, било добро за човечанство у целини. Она има упоришта и у изборима правних решења и попут овог тј. делања за другог. Треба умети одабрати правно решење за дату државу. Борба држава (и нација у њима) на очувању различитости даје могућности процене избора правних института по мери људи, а како их профит не би претварао у клонове који једу генетски модификовану храну хрлећи тако своме самоубилачком крају на ћилиму грамзивог (компрадорског) капитала. Суверена држава мора добити важну улогу у борби да тржишно привређивање покаже и своје људско лице. Да не упадне у категорију *failure state* којој ће друге државе бити злонамерни старатељи и заступници. А сувереност ће свака држава очувати и онолико колико се за њу избори у бурним водама међународних односа. Нарочито је тешко одбранити суверенитет државе пред новим правилима о међународним односима насталим ту недавно са злокобном појавом међународног тероризма. Та нова правила у међународним односима диктирају велики, првенствено САД. Велики, који себи приушћују право на превентивни удар ако им се учини да неко спрема напад на њихове интересе најекстензивније тумачене. И, што је још горе по поимање и садржај класичне суверености, приушћују себи “право” да стављају буктиње у туђе куће (државе), уз истовремено увођење новог правила да те државе немају право да својом

принудом, као подлогом суверености, разрешавају унутрашње сукобе. Велике силе на себе не примењују такво исто правило, а трагови разбијача других држава воде управо до њих (ових, лавовских пећина). На реду је Исток, потом, чини се, Африка. Тамо има услова да се понови случај “балканских племена” из протекле деценије, али са далеко трагичнијим, милионским истребљивањем становника. А све само зарад тога да се грамзиви докопају милијарди долара и евра. Да се остварује слобода и благостање само за велике силе односно њихове најбогатије држављане, улагаче (страног капитала), а да њих не интересује екологија у страним државама. Ти странци улажу капитал као послодавци, а без икакве синдикалне заштите својих (домаћих) најамних радника. То је тај, данас већ по злу чувени, компрадорски (посреднички) капитал¹. Следствено томе ми, у раду, подвлачимо да је управо сада, у тзв. ери глобализације (па ма шта се њоме означавало), добро уређена држава неопходна људским заједницама као проверени систем организације живота и очувања вредности за најбезболније функционисање људских друштава у смислу скупина повезаних дубљим везама. Појединци су без суверене државе као крајпуташи без написа, значења. Она је неопходна као једино средство за очување колико толико хуманих услова живота; за мало маслаца у свачијем лонцу варива; за сву децу света довољно мајчиног и оног другог млека².

Право својине и њене (наводне) подврсте у нас

1. После уставних амандмана на Устав СФРЈ (надаље: Устав велике Југославије) са краја 1988. године, појавио се капиталистички, тржишни и вишепатијски парламентарни правнополитички систем. Део субјеката права (појединци, већма сељаци као власници пољопривредног земљишта које није могло бити веће од 10 хектара, а у брдским пределима до 15), ситне занатлије и даваоци неких услуга) у великој Југославији је и до тада пословао по тржишном принципу заснованом на класичном праву својине римског порекла. Али само на добрима ограничене вредности називаним добрима у личној или радној својини. Економски гледано то су били субјекти-појединци, а грана привређивања у том режиму била је земљорадња и сточарство нејаких сељачких домаћинстава, уз нешто услуга, такође занемариве економске снаге њихових давалаца. Закон примењиван на размену добара и услуга међу њима, те између њих и привредника у другом, преовлађујућем облику присвајања добара (названом друштвеном својином), био је, од 1978. године Закон о облигационим односима (надаље ЗОО).³ (Данас је у нас

¹ О томе подробније у чланку *Глобализација и право*, у коме се анализира тзв. транзиција, професора права, др. Тамаша Прутбергера, (Мађарска), преведеног и објављеног у “Гласнику Адвокатске коморе Војводине” бр. 9 -10 / 2001, стр. 453 -456.

² За државу коју препознајемо као правну, али и социјалну и демократску, а у којој има, такође, еколошке културе. Дакле за, како то кажу глобалисти, одржив развој. Ми додајемо, развој за све људе у друштвима богатим различитостима.

³ За све имовинскоправне односе су до доношења ЗОО важила, као правна правила, правна решења садржана у грађанским законима шест правних подручја позитивног права Краљевине

cedes materiae размене свих тржишту намењених добара тај Закон о облигационим односима из 1978. године). ЗОО се, рекосмо, односио до речених амандмана са краја 1988.г., само на размену добара у тзв. личној својини појединаца (грађана) и грађанских правних лица, дакле на субјекте права који су по економској снази били занемариви. Сва значајна богатства друштва била су, међутим, у новоуспостављеном правном режиму друштвене својине; у до тада непознатом, у нас измишљеном, правном режиму, неспојивом и изузетком из класичног (римског) правног режима права својине (proprietas) који је остао у важности за већ поменуте субјекте права занемариве економске снаге. Такорећи само за сељаке и ситне занатлије. Такво, класично право својине било је сведено на добра економски занемариве вредности, али и у тим занемаривим областима привређивања ово право својине, тзв. радна или лична својина, била је под забраном стицања добити (профита) са самог наслова (титуларства) права својине.

2. О друштвеној својини нећемо овде говорити. Упућујемо на тзв. мали устав, југословенски савезни Закон о удруженом раду донет 1976. године (Сл.лист СФРЈ бр.46/1976). Њиме се, после административног управљања привредом, уводи радничко самоуправљање, а дотадашња државна својина (у областима делања карактеристичним за тржишно привређивање у земљама Запада) замењује новим, већ поменутим, до тада нигде провереним или познатим, институтом друштвене својине. Нажалост друштвена својина је остављена и после уставних амандмана на Устав СФРЈ (велике Југославије) из 1988.године, само сада уз у Амандманима уведеним, боље речено набројаним подврстама. Уз остављену друштвену својину имамо наведене и задружну, државну и приватну својину, уз прокламовање да су све својине равноправне. Рећићемо још само да је друштвена својина негација својине и покушај да се резултати људског рада вреднују независно од тржишта као мерила потребе за њима, а у нас је довела до произвољности у тумачењу економичности обављања делатности и до злоупотреба прокламованих хуманих принципа којима је инспирисано и правдано њено увођење. Друштвена својина се претворила у ничим небрањено, боље речено неодбрањиво пљачкање добара друштва од стране највиших слојева комунистичке партије - владајуће класе у политичкоправном режиму једнопартијског система. Сви покушаји да се прецизним регулисањем и теоријским анализирањем друштвена својина учини правно брањивом институцијом били су узалудни, баш као и 42 дефиниције сачињене у ту сврху. (Овај последњи податак о напорима да се она објасни, дефинише, чула сам за време редовних студија од својих професора на Правном факултету у Београду). Амандманима из 1988., речено је, дакле, да су то, наводно, различите својине, и да су међусобно равноправне. Супротно прокламацијама, није се, међутим, могло радити о разним правним природама својина, већ о разним правним подрежимима права својине; права приватне својине као једино могућег права у, тим амандманима враћеним, тржишним условима привређивања и, тим

Југославије. Примењивана су на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације ("Сл. лист ФНРЈ" бр. 86 из 1946. године). Судови су, када су решења у наведеним изворима била различита, оцењивали које правило одговара политичкоекономском карактеру система нашег друштва после Другог светског рата.

истим амандманима, уведеном парламентарном, вишепартијском систему, а по укидању Закона о удруженом раду, те и система самоуправљања, у коме је како тако опстајала (као несвојина тј. супротна римској *proprietas*), друштвена својина. Следствено томе, после амандмана са краја 1988. могле су постојати само, по правној природи различите, две од поменутих наведених врста својине: приватна својина и, још за одређено (прелазно) време, институт који се у нашем правном систему називао друштвена својина, а која је за убудуће била неодржива (планирана је, у равни политике, њена тзв. приватизација) због нових особина политичког система и система привређивања. Ако би била остављена за дуже време, нужно би се, фактички, преобраћала, боље речено претакала (супротно узалудно формулисаној правној прокламацији) у приватну својину запослених и саучесника у пословању са њима.

3. Амандманима из 1988. године је, у наш систем, праву својине враћено иманентно обележје, *ususfructus*, стицање профита (добити) по основу тога што је неки субјект титулар права својине. То овлашћење има сваки титулар права својине, дакле, и кад је титулар права својине на посебно заштићеним одређеним добрима, какав је случај, на пр. када је титулар (власник) држава, јер субјекти права приватне својине су појединци (физичка лица) и правна лица, међу којима је и држава. Нису својине равноправне, јер нема по правној природи различитих својина, већ су субјекти равноправни у тржишном привређивању, па било да је у питању држава или остали титулари. Не може се другачије тумачити амандманско набрајање приватне, задружне и државне својине осим као разликовање правних подрежима права својине као, по правној природи, једног истог института. Тог, у наш правни систем враћеног права својине који нам је од давнина познат као *proprietas* римског права са својим овлашћењем стицања профита по основу власничког својства. Амандмани су само означили да право својине које су назвали приватна својина, може имати посебан подрежим у случају више титулара организованих на задружним принципима (удружених у задругу). У том случају, колоквијално се тај подрежим добро познат на Западу назива задружном својином. Исто тако да је право својине обогаћено додатним правним режимом када је његов титулар држава, јер је тада вршење овлашћења из права својине и дужност (надлежност) а не само право. Решења, садржана у Амандманима, то казују, јер је увек присутан *ususfructus* као овлашћење из тог права својине без обзира ка коме ће се оно, по разним правним подрежимима, усмеравати, као на пр. уместо власнику то усмеравање може бити корисницима буџетских средстава или задужбинарства и томе ~~слично~~ реченим уставним амандманима профит, по основу свих режима права својине, је неограничен (у питању је, дакле, римски *proprietas*) будући да су Амандманима укинута сва квантитативна ограничења на предметима права својине, а укинута је њима, такође, и присвајање по основу рада изван категорија које чине садржаје радноправних односа.

Ови последњи, радноправни односи, тј правни односи када су у питању најамни радници (а не самозапошљавање), заштићени су само синдикалним правима и слободама запослених у односу на њихове послодавце. (Самозапошљавање, међутим, је вид предузетништва, па онај ко ради, да

поједностављено објаснимо, није, упоређено са случајем радноправног односа, ни послодавац ни најамни радник, јер су у њему спојена оба својства иначе на уговорнике расподељена и супротстављена, када је реч о радноправном односу. Самозапошљавајући човек и ради, што је обавеза радника, и сноси тржишни ризик односно убира профит, а што се везује за послодавца)

Наведени тзв. разни облици својине из амандмана донетих крајем 1988. године, нису, дакле, разне правне природе; различите варијанте, неког по правној природи различитог, вишеслојног и вишеслојног права својине. Државна, задружна и приватна својина, о чему говоре речени амандмани, нису посебне врсте права својине; нису правне институције које се одликују различитом правном природом, већ само подрежими једног истог права: права приватне својине на добрима која су у људској апренхензији. То је увек једно исто право својине на коме се заснива, или бољерећи, које омогућује размену ствари засновану, далеко најчешће, на аутономији воље субјеката који учествују у размени. То је, још у класичном периоду римског права, до краја правно конципирано право својине (*proprietas*). Право са касније термилошки јасно раздвојеним, карактеристичним трима овлашћењима, и то овлашћењем употребе (*usus*), плодуюживања (*ususfructus*) које ће у капитализму добити име профит, и располагања односно отуђења (*abusus*). Право својине је увек исто по правној природи, и разликује се, по правној природи, само од колективне својине првобитне заједнице односно од подељене, феудалне, својине као двама институтима инкомпатибилним са робноновчаним односима. Право својине је од тога различито, за тржишне услове привређивања смишљено, монополско право, на коме се темељи размена, те у Амандманима набројане разне својине могу бити само подрежими истоветног права, права приватне својине. То је, дакле, увек *proprietas* са својим *erga omnes* овлашћењима; са *usus, fructus i abusus*. Подрежими права својине само означавају специфичности које потичу отуд што је, на пр. како смо већ показали, титулар држава као јавноправни субјект, а због чега тада, за државне органе, овлашћења представљају и надлежност, обавезан режим понашања за разлику од приватноправних титулара за која су овлашћења само право. Или је, пак, у питању какав подрежим којим закон штити, на пр. задруге кроз додатне когентне норме, јер се, у том специфичном облику привређивања (друштво лица засновано на задружним принципима солидарности), њима дају и олакшице у односу на друга трговачка друштва, а строже се, заузврат, задругари обавезују за одређено време по изласку из задруге за њене обавезе.

5. И да објаснимо још један институт који садржи у себи термин својина: интелектуалну својину. Њоме се данас обележавају, као заједничким термином, области права које су се до постиндустријске револуције називале проналазачка права и права ауторства. Најпре је, током индустријске револуције па све до недавно, област проналазаштва били област која је доносила све већи профит по основу *usus*-а и нарочито *ususfructus*-а тј. овлашћења из права титулара да производи и ставља у промет опредмешене идеје као садржаје проналазачких права. (То су проналасци, тајни или под патентом, модели, узорци, знања и искуства, последња означавања на енглеском језичком подручју као *know-how*) и заштита квалитета производа (робном марком, жигом или географским ознакама порекла,

последња означавања на француском језичком подручју као *nom d'appellation*). Отуда се, за ову област, убрзо јавио термин “индустријска својина”, дакле, термин који је подвлачио њену све већу профитабилност, попут профитабилности код коришћења ових овлашћења из права својине над стварима – деловима природе. За разлику од проналазачких права, све до недавно, од ауторских права није се могао стицати ни издалека приближно висок профит као у области те индустријске својине. Аутори су морали имати и неко друго занимање или мецене (појединце или државе) да би имали колико толико пристојна средства за живот, па се овај део креативног људског рада није називао својином све до појаве феномена названог постиндустријском револуцијом. А то је савремени период информатичкоелектроничке ере, ере нано материјала, полупроводника и сл. Сада и област ауторских права, права интерпретатора и права сродних ауторским, почињу давати све значајнији профит. Стога сада, посебно радом СТО на наднационалном правном поретку и за област проналазаштва и ауторства у ужем смислу, дакле, за целину области креативног људског рада, настаје термин “интелектуална својина”.

Интелектуална својина је, следствено томе, приватна својина, подлога стицања профита, боље речено право својине на одређеним новим односно оригиналним идејама за разлику од првобитно устоличеног права приватне својине које је право на стварима тј. материјалним деловима природе у људској апрехензији. Оба права су апсолутног дејства, делују, дакле, *erga omnes*, а сва њихова овлашћења (*usus, fructus i abusus*) могу се, дефинитивно или темпорарно, преносити уговорима на друга лица или се, пак, могу преносити само поједина од наведених овлашћења. (У нашем праву, сви су ови уговори после 1998. године именовани, и мало је места за настајање нових мешовитих или у целисти неименованих уговора за сада). Разлике међу преносима ове две категорије апсолутних права: права својине на стварима и права интелектуалне својине на идејама, постоје, бројне су, али разлике постоје због предмета права својине, док су битне особине самог права идентичне. Отуда за оба подручја идентичан правни термин: својина. Тако, на пр. својина на стварима је временски неограничена, а код патентираног изума по протеклу времена (20, односно 10 година за мали патент) проналазак је слободан и свако га може искоришћавати. (Код тајног, што ће рећи непатентираног проналазак, великог или малог проналазак, те код знања искуства - *know how* - монопол искоришћавања на њему постоји док се одрже, као тајна, технолошки поступци или техничка решења као предмети права интелектуалне својине). Друга битна разлика међу њима је што су морална права карактеристична само за област интелектуалне својине, и што су, у највећем броју правних система, непреносива. (О неким другим аспектима права својине над одређеним идејама, права интелектуалне својине биће још речи надаље у овом раду).

II

Принцип аутономије воље (слободе уговарања): границе

6. Принцип аутономије воље омогућује у области права, и то како интерног тако и међународног правног система, бројне изјаве воље са правним дејствима (правни послови и правне радње)⁴ те, међу њима, мноштво именованих и неименованих уговора. Именованих, регулисаних когентним и диспозитивним нормама. И неименованих, које рађају околности присутне у пракси, и којих је увек било и биће, али који су само онда ваљани кад остају у границама слободе уговарања. Уговори, наиме, имају за свој предмет све што није искључено као предмет размене. То је у модерно доба много чешће него раније, и у много нових правних варијанти, људски рад примерен постиндустријској револуцији, кадгод није супротан когентним нормама и моралу. То је област, видљива нарочито кроз право везано за СТО, уговора о услугама, насталој на начелу слободе уговарања које дозвољава уговорницима да сами одреде садржаје (предмет) свог уговора, осим ако би то било у супротности са хијерархијски највишим нормама, тзв. јавним, како интерним, тако и међународноправним поретком, моралом датог друштва и његовим когентним нормама (границе слободе уговарања). Поводом легитимности нових неименованих уговора са садржајима рада у себи, дакле појавом мноштва уговора о услугама, нашао се швајцарски Федералну суд у необраном грожђу, како би то сликовито рекао наш народ поводом тумачења домета чланова 394 ст. 2 и чл. 404 Шв ЗО, а према којима сви (неименовани) уговори са садржајем људског рада у себи као предмета уговора, а који нису регулисани, дакле нису именовани уговори, имају природу мандата (уговора о налогу). Швајцарски законодавац је, у свом ЗО, суптилно разграничио, по правној природи, именоване уговоре познате још из Рима и то међусобно уговор о раду (*location conductio operatum*) и уговор о делу (*location conduction operis*) као и оба ова уговора са једне стране од уговора о налогу, делању за другог (*mandatum*) са друге. Експлозију врста и подврста нових уговора о услугама насталих у пракси у следству нових садржаја људског рада који се по правној природи и потребама праксе за њима нису могли сврстати у уговор о раду, али који нису имали ни правну природу мандата, судска пракса овог суда још не признаје *contra legem* тј. супротно оном што налажу чланови 394 ст. 2 и 404 ст.1, а очито да треба да буду тумачени као нови неименовани уговори које познају и признају други правни системи и, поготово СТО, јер су несместиви у уговор о раду и у уговор о мандату. (Види о овоме код Xavier Farre-Bulle, *L evolution du droit des contrats de prestation de service*, *Revue de droit Suisse*, 1991/3, стране 351 до 380).

⁴ Овај аутор је о аутономији воље уопште писао у више наврата. Упућивања на теоретичаре којима је та тема била главна преокупација у њиховим радовима, садржана су нарочито у другом делу рада аутора који носи наслов "Слобода уговарања и "ини"(друкчији, други) у "Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду", бр. 1-3/1996.г. стр. 161-172.

Слобода уговарања односи се како на уговоре размене робе и услуга, укључив и тзв. трговинске аспекте (облигационоправне односе), области интелектуалне својине)⁵, подробно регулисану у нас 1995. и 1998., али и уговоре којима се одлучује о избору права које ће бити примењено на тако успостављене правне односе, и уговарање арбитража (арбитражни споразум) односно надлежности судова пред којима ће се расправити евентуални спорови међу уговорницима. Норме јавног поретка су, дакле, и норме међународног права (међународни јавни поредак), и норме интерног права. (Ове последње су, рекосмо већ начела /писаног/) устава, потом когентне норме закона дате државе као и добрих обичаја - морала). Карактеристичне норме јавног поретка (како интерне тако и међународне) су, и у овој области, норме о људским правима.

7. Последња карика у овом низу којим се одређују границе слободе уговарања у области размене робе и услуга⁶, ако узмемо за пример наш правни систем, је регулисање уговора уопште, члановима 26 до 153 нашег Закона о облигационим односима. (То је закон донет 1978. године после бројних научних скупова, саветовања одржаваних током неколике деценије. Закон је дефинитивно уобличио /у Скици за закон о облигацијама и уговорима/, наш чувени цивилиста, професор неколике дисциплине из области приватног права, др. Михаило Константиновић).⁷

⁵ Област интелектуалне својине је најпрофитабилнија грана у земљама развијеног Запада. Новина је да, унутар ове области, више није део интелектуалне својине који означавамо проналазаштвом или индустријском својном далеко профитабилнији од области ауторства и нових тзв. права сродних ауторским. Ауторство, а нарочито област сродних права сада воде по висини профита. Нарочито обимно је регулисана, и међународним, и интерним правом, област уговора унутар права интелектуалне својине. О овоме даље упућујемо на радове овог аутора из те области у "Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду", и то бр. 1-3/ 1997., стр. 79 - 97. и бр. 1-3/ 1998-1999. стр. 41 - 65. .

⁶ За област интелектуалне својине имамо посебне законе донете 1995. године (четири закона из области проналазаштва и то о патенту, о моделу и узорку, о жигу и о географским ознакама порекла) као и 1998. године Закон о ауторском и сродним правима. Унутар овог последњег закона имамо регулисане и облигационоправне односе за област ауторства и сродних права, међу којима постоје бројни именовани уговори о трајном и-или привременом преносу овлашћења односно и права у целини из ове (ауторскоправне) области интелектуалне својине, а постоји и *ауторски уговор* уопште, попут *уговора* уопште из Закона о облигационим односима из 1978. године (надаље ЗОО – чланови 26 до 153) у функцији, регулисања граница слободе уговарања за остале, неименоване уговоре. За облигационе односе из области проналазаштва, и надаље је *sedes materiae* ЗОО, и то одељак о уговору уопште (регулисан члановима 26 до 153, као и одсек први Треће главе ЗОО посвећен уговорној одговорности за штету сходно члану 269. ЗОО, сем за случај привременог преноса овлашћења из области проналазаштва, јер је то регулисано уговором о лиценци као именованим уговором из области проналазаштва (ЗОО, чл. 686 до 711).

⁷ Професор др Михаило Константиновић је своју универзитетску каријеру крунисао и са неколико модерних закона (о застарелости потраживања, о наслеђивању и још неким законима из породичноправне области) а нарочито композицијом и решењима датим у Закону о облигационим односима објављеним 1967.године под наазивом *Скица за закон о облигацијама и уговорима*. Предавао је *Међународно приватно право* и *Облигационо право* на Правном факултету у Суботици односно *Облигационо право* све до свог пензионисања на Правном факултету у Београду.

На просторима некадашње СФРЈ има наговарања новонасталих држава да у правном систему за правну област *облигационо право*, уместо (Константиновићевог) Закона о облигационим односима усвојеног 1978. г. у великој Југославији (СФРЈ), усвоје Немачки грађански законик из 1896.г. (Постоји о томе чланак колеге Мораит Бранка, професора *Облигационог права* у Републици Српској објављеног у њеном часопису "Српска мисао"). Ми сматрамо да све на тлу СФРЈ настале нове државе треба да

Уговори *aliis nec nocet nec prodest*: однос према конкуренцији

8. Уговори обавезују само стране уговорнице које могу бити појединци (физичка лица) и /или правна лица међу којима и међународне организације и државе. Ове последње, и када склапају уговоре са субјектима својим држављанима и странцима, и када то чине међусобно. Уговори су за уговорнике такорећи закон, других субјеката се, према правилима континенталног права не тичу, не дотичу их се (осим неких случајева делања за другог по међународним конвенција где се ово право сажима, уједначава са англосаксонским, од којих ћемо се неких дотаћи у оквиру заступништва). Остали су, у односу на уговорнике, трећа лица: лица за која је уговор *res inter alios acta*, тј. трећих се не тиче оно што су међусобно уговориле стране уговорнице. Овај принцип, извесно је да постоји унутар римског права, а можда је и још много, много старији, будући да је неопходан где год има поделе рада и размене. Принцип "*Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*", значи да трећима нити шкоди нити користи оно што су странке уговориле, а ушао је у прву модерну кодификацију приватног права Запада, у Наполеонов *Code civil* из 1804.године. Тај члан 1165 у СС, гласи (превод је овог аутора): "Уговор има дејства само за стране уговорнице; он никако не може шкодити трећим лицима, а могу, из њега, имати користи само у случају који предвиђа члан 1121".(Уговарање у корист трећег је садржај члана 1121 Наполеоновог СС).

9. И наш ЗОО, донет 1978. године, као модерни закон намењен размени, следи ову традицију. Тако члан 148 Закона о облигационим односима гласи:"(1)Уговор ствара права и обавезе за уговорне стране ; (2)Уговор има дејство и за универзалне правне следбенике уговорних страна, изузев ако је што друго уговорено или што

прихвате Константиновићев Законик као свој како би се међусобном разменом по већ познатим и правилима што пре економски опоравиле и све заједно исходиле бржи улазак у Европску унију. Тим путем пошла је Словенија, исказујући заслужено признање квалитету Закона о облигационим односима. Уз незнатне корекције и допуне преузела је Константиновићев Закон о облигационим односима донет 1978 у СФРЈ (великој Југославији), преименоујући га у Облигацијски законик ("Урадни лист"бр. 83/2001од 25.X 2001.г.). Законик Словеније има нову пагинацију. Укупно има 1062 члана. У односу на ЗОО има неколико нових поглавља и изостављене чланове ЗОО који су и у нас брисани из ЗОО после укидања самоуправљања које се догодило још у СФРЈ (уставним амандманима, са краја 1988. године, на Устав СФРЈ из 1974. године). Највећи број измена које је учинила Словенија су незнатне по значају и састоје се, на пр. у побољшању формулације или сажимању неких норми , какав је, на пр. и код регулисања заступања унутар дела ЗОО где се нормира *уговор* уопште, дакле, границе слободе уговарања. (Види чланове 84 – 98 Облигацијског законика, надаље Сл ОЗ). Сл ОЗ је, такође подељен у две књиге које одговарају *Општем делу* и *Посебном делу* у ЗОО који је важио у СФРЈ. Општи део је скоро идентичан са књигом I Сл ОЗ. У књизи II (У ЗОО Посебни део) остали су сви (именовани) уговори уз додавање нових. То су два добротина (уговор о поклону: чл. 533-545 и уговор о послужу: чл.579-586), уговори везани за породичне односе (уговор о подели имовине потомцима, усвојеницима и њиховим потомцима: чл. 546-556, уговор о доживотном издржавању: чл.557-563, уговор о (доживотном) плодоуживању: чл. 564-567) и, као најважнија допуна коју би и ми могли да преуземо од Словеније, уговори везани за тржишно привређивање које подразумева стицање профита из њега. То су уговор о ортаклуку: чл. 990-1002, уговори о заједници тј. спрегама ради профита: чл.1003-1011, а који нас подсећају на уговоре о спрези и супони из предратног Општег имовинског законика за Црну гору Валтазара Богишића. По прелазним и завршним одредбама остављени су до даљег делови ЗОО (СФРЈ) који се односе на финансијске услуге као *lex specialis* за ту област у односу на СлОЗ.

друго произлази из природе самог уговора. (3) Уговором се може установити право у корист трећег лица”.

10. И кад правни систем не садржи експлицитно регулисано начело “*Res inter alios acta*”, сама припадност римској правној традицији (континенталном праву) чини га у европским правима имплицитно присутним: преко доктрине и судске праксе. Тако ће, на пр. и швајцарско право, у коме нема тог принципа као изричито регулисаног, направити суптилну разлику између обавезе дужника из уговора (који дејствује само међу уговорницима), и генералне обавезе (принципа) ненаношења штете другима, која се односи на све субјекте, дакле не само оне који су себе обвезали уговором: уговорнике. Правило о обавези накнаде нанете штете (чл. 41 Шв.ЗО) гласи (превод овог аутора): ”(1) Ко другоме, противправно, проузрокује штету, било намерно, било из непажње или небрижљивости, дужан је накнадити је; (2) Ко намерно другоме причини штету,⁸ поступајући супротно добрим обичајима, дужан је исто тако да је накнади”.

Погледајмо разлику између два нивоа обавезе (једне из уговора као нижег нивоа обвезивања и друге са нивоа принципа) у тумачењу швајцарског судије. (То је судија који, у смислу члана 1. ст. 2 и 3 Грађанског законика, суди и на основу доктрине и судске праксе, када изричите опште норме нема. И код неименованих (нових) уговора судија⁹ мора да одгонетне њихову правну природу и постави (изнађе) границе слободе уговарања за сваког од њих. За одлуку у конкретном случају судија ствара норму ако их у закону нема, потом их примењује како би решио настали спор). Ево како ту улогу судије регулише швајцарски законодавац. Грађански законик Швајцарске, члан 1, ставови 1 и 3, гласе (превод овог аутора):” (1) У недостатку одговарајуће (применљиве) норме у закону, судија је ствара у складу са обичајним (неписаним) правом, а у недостатку овог, према правилима које би установио да је на месту законодавца; (3) Он узима у обзир решења потврђена од стране доктрине и судске праксе “). У том је духу одлука Савезног суда Швајцарске (Arrets du Tribunal Federal, даље: ATF, ATF 93 II 170, Journal des tribunaux, даље: JT) у којој налазимо поштовање принципа “*Res inter alios acta*”, а које нас интересује. У смислу става 1. члана 41. Законика којим се регулишу облигациони односи, суд тумачи противправност као понашање које је, објективно гледано, у супротности са наређењима и забранама писаног и обичајног права. Кршење уговорне обавезе погађа само уговорника који то чини, никако трећа лица.

⁸ Уобичајено је да део норми из овог грађанског законика називамо Швајцарским законом о облигацијама, скраћено: ШвЗО, а стварни, званични назив је ”Књига V: Облигационо право”.

⁹ Судова, арбитра, гледе на њихову правну природу, има сијасет и врло су хетерогене правне природе. У овом случају ради се о цивилном, грађанском суду или грађанском одељењу суда. Када је реч о интерном праву суверених држава, то су редовни, државни судови и арбитраже интерног права. Судови у модерно доба морају бити институционално одвојени од других делова државног апарата и делати независно од њих (начело поделе власти). Када се ради о наднационалним нормама као извору (основу) настајања уговора, уговорницима по основу аутономије воље пресуђују националне или, све чешће, наднационалне арбитраже. Реч је о судовању у области приватног права, где је процедура типа вођења главне распре и доказивања између тужиоца и туженог, док је суд неутралан чинилац иако, дабоме, dominus litis. Суд не започиње суђење већ то чине тужилац и противтужилац (расправно начело поступања).

Суд наглашава да се противправност из ст.1. члана 41, не може применити на трећа лица : обавезе уговорника су, за трећа лица, *res inter alios acta*.

11. У складу је са наведеним принципом, да је клаузула о давању искључивог права саговорнику примаоцу искључивог права, за трећа лица *res inter alios acta*. Ако уговорник – давалац искључивог права - прекрши такву обавезу садржајем новозакљученог уговора са трећим лицем, треће лице не одговара са наслова проузроковања штете његовом саговорнику из претходног уговора у коме он није учесник; не одговара саговорнику свога саговорника, јер се његово понашање не може сматрати противправним у смислу (напред цитираног) става 1. члана 41 Законика. Такође се то понашање не може окарактерисати као супротно добрим обичајима којим се намерно наноси штета другоме у смислу (такође напред цитираног) става 2. члана 41 Законика који је део правног система тржишног привређивања у коме се налази и принцип лојалне утакмице (конкуренције). Накнади штете нема места, закључује, у својој одлуци, Савезни суд Швајцарске (АТФ 86 II 108, ЈТ, 1960, 612), осим ако се могу доказати отежавајуће околности супротне добрим обичајима какве су осветничка намера да се нашкоди, превара и сл. Ако то није случај, захтев за постојањем лојалне конкуренције на тржишту даје слободу трећем да уговара пренебрегавајући кршење права које тиме чини његов саговорник у односу на свој претходни уговор, као што је, у овом примеру, уговор у коме је садржана клаузула о искључивом праву.

12. У истом духу су решења и немачког права. Према одлуци Апелационог суда Диселдорфа од 26. јуна 1964. (Види. Маркерт, К.” *Les contrats d'exclusivite en droit allemand de la concurrence*”, *Revue trim. de droit europ.*, стр.66 и сл.) није прихваћена тужба против паралелног увозника који је јефтиније продавао одређену врсту увезеног вискија, према цени производа искључивог увозника. За постојање нелојалне утакмице, требало је да искључиви увозник докаже нелојално понашање. Такав случај би постојао ако би се показало да је паралелни увозник могао да продаје производ по нижој цени захваљујући кријумчарењу и томе сличним нелојалним радњама.

Лојална конкуренција и неименовани уговори

13. Постоје разни случајеви прекорачења граница слободе уговарања. Против једних војују дата држава и/или постојеће регионалне економске заједнице попут ЕУ (раније ЕЕЗ). Против других и Светска трговинска организација: надаље СТО, основана 1994. као наследница Уругвајске рунде преговора унутар ГАТТ-а, а која је отпочела своје надлежности почев од 1. јануара 1995.г.

Изван граница слободе уговарања су и уговори којима се на датом тржишту (у односу на норму СТО) ствара монополска односно доминантна позиција односно којима се угрожава лојална конкуренција. Право на слободно предузетништво није право на сигурни опстанак неког ко се на њему налази већ право на једнаке услове (шансе) на датом тржишту. Слободу уговарања ограничава слобода уласка на тржиште нових предузетника без посебних (само њима наметнутих) услова. Услове

одређују унапред дате и јасне (транспарентне) опште норме. На уговоре који им противурече могу скретати пажњу, и против њих тражити заштиту и неуговорници: трећа лица, али у складу са начелом савесности и поштења, чијој даљој разради има места у детаљним правилима (нормама) о нелојалној конкуренцији и монополском понашању. Интерним, из међународних уговора које је парламент ратификовао, али и наднационалним. Ово правило је стамено, општеприхваћено, али свака држава има своја правила па је, пре коначног успешног устоличења СТО, закључен био 1991 један уговор између Европске комисије и Владе САД који је имао за циљ да умањи трошкове бдења над његовом применом у време нестајања комунистичког система привређивања. Да унапреди кооперацију и координацију међу уговорницима у циљу смањења ризика и међусобних инцидентних ситуација услед различите регулисаности области конкуренције у њих. Уговор обавезује да чим једна страна уочи да ће примена сопственог права моћи угрозити значајне интересе друге, мора је о томе обавестити. Стране се обавезују на међусобно обавештавање и координирање акција како би се странама уговорницама омогућило постизање најбољих могућих резултата на плану остваривања њихових економских интереса унапређењем разумевања и примене закона друге стране, а све имају у виду остваривање заједничког интереса. Ту је обавеза да се дела заједно ако једна иста повреда правила о конкуренцији или правила повезаних са њом погађа интересе оба уговорника, дакле, методом боље заштите интереса заједничким разматрањем и применом правила као економичнијим него када дела свака за себе. Ако повреда правила конкуренције погађа само једну уговорницу, обратиће се и затражити примену мера од друге. Предвиђена су била најмање два годишња састанка међу уговорницима ради размене информација. Овакав поступак омогућује најеконичније напоре и најмањи утрошак средстава. Уговор обавезује на чување добијених међусобних информација као тајне. Уговор је орочен на две године и предмет поновног разматрања по истеку овог рока. Напори на формирању СТО су учинили даље споразумевање у том смеру излишним усвајањем наднационалних правила везаних за светско тржиште унутар СТО.

Неименованим и мешовитим уговорима може се лакше извршити хоризонтално и вертикално повезивање привредника са одређивањем цена, поделом тржишта супротно нормама о лојалној конкуренцији. Најчешће се то постиже уговорима са клаузулама искључивости, а мање је простора за то ако се нови уговори регулишу и тако постану именовани уговорима у којима је и део когента. ¹⁴Принцип слободне лојалне утакмице додатно потврђује (обезбеђује) тиме што не допушта да се интерним правом држава онемогућују, на пр. паралелни увози услед постојања уговора између даваоца и примаоца ексклузивног права искључивог увоза. Уговор обавезује само стране уговорнице и не даје право сауговорнику да тужи треће лице које је наговорило његовог сауговорника да, својим уговором са тим трећим лицем, прекрши обавезе из свог првог уговора. Треће лице је, на тржишту, стварни (прави, моћни) конкурент онима који уговоре права са придевом искључиво право, и који тиме претендују да конкуренцију ослабе или ограниче уговорима са таквим недозвољеним клаузулама. Нови увозник, тако, не може представљати нелојалну

конкуренцију самом својом појавом ни у случају постојања нечијег уговореног искључивог права увоза, ни изван тога, јер његову појаву на тржишту гарантује принцип слободне конкуренције. Она треба да доведе до опстајања, на тржишту, конкурентнијих производа и услуга, осим уколико до опстајања не би дошло злоупотребом права односно, уопште узев, понашањима супротним принципу савесности и поштења.

15. Наш Закон о облигационим односима био је један од ређих који је, још 1978., регулишући уговор о лиценци, у њему сузио простор за искључиву лиценцу. Закон, на пр. садржи когентну норму која дозвољава уговарање просторног ограничавања лиценце само ако то није у супротности са прописима о јединственом тржишту (чл. 69О ст.1), а ако уговором о лиценци није просторно ограничено право искоришћавања предмета лиценце, претпоставља се да је лиценца просторно неограничена (чл.69О ст.2 ЗОО). Искључива лиценца, по ЗОО, мора бити изричито уговорена, иначе се ради о неискључивој лиценци (чл.689) ЗОО. Према ЗОО уговор о лиценци мора бити закључен у писменој форми (чл.687). Пословна тајна код уговора о лиценци односи се на тајни проналазак и тајна знања и искуства. Следствено томе, у уговору о лиценци, осим лиценце у стриктном смислу речи, садржан је и уговор кога ћемо ми овде назвати уговором о опонашању или пресликавању, клонирању дате делатности код саговорника. (Ради се о успостављању, понављању истоветне делатности даваоца права, и код другог, од њега независног привредника -примаоца права - на вршење дате делатности на исти начин, обично називане у пословној пракси франшизингом или франшизом, а од француске речи "*franchise*" која има исто језичко значење као и уговор о лиценци која потиче од француске речи "*licence*" што би одговарало, у оба случаја, нашој речи "дозвола"). Овај уговор може лако да се претвара у систем повезивања предузетника који је супротан лојалној конкуренцији, па се у његовим клаузулама мора разликовати садржај који представља област интелектуалне својине, где се подразумева постојање монопола као дозвољеног садржаја, и других садржаја који потпадају под забрањено монополско повезивање гледе на делове садржаја уговора у којима се не ради о правима из области интелектуалне својине.

Наш Закон о облигационим односима својим именованим уговором о лиценци регулише само област проналазаштва као предмет уговора. Закон, наиме, говори само о проналаску, техничком унапређењу (сада у новом Закону о патентима названом мали патент), моделу, узорку, жигу, техничким знањима и искуству, дакле, не регулише област ауторства, те је уговор о лиценци, када је у питању та друга област интелектуалне својине, био неименовани уговор све до 1998. године. Тада је наш законодавац донео Закон о ауторским и сродним правима, и унутар њега регулисао много уговора ове области ауторских и сродних права уз одређивање, код многих од њих, нових граница слободе уговарања. Због таквог следа регулисања класични европски уговор о лиценци код нас се за област проналазаштва и за област ауторства и сродних права зове различито, али су сада обе области добили именоване (регулисане) уговоре (у целој области интелектуалне својине), дакле, сада су у целој области именовани уговори са експлицитно регулисаним границама слободе уговарања.

16. Предузетници иду за својим интересима и мимо права и не ретко прекорачују границе слободе уговарања како би тиме повећавали своје шансе даљег опстајања или ширења своје делатности на датом тржишту. То чине и смишљањем и закључивањем нових (неименованих) уговора којима, на пр., повезују у мрежу сукцесивне фазе производње и/или дистрибуције (размене) типским уговорима са елементом искључивости. Када у уговору дође до прекорачења слободе уговарања, стране уговорнице се обавезују на чување садржаја уговора као пословне тајне која то није, будући да није у складу са законом. Пословном тајном се не може штитити ништа што је супротно правилима о лојалној конкуренцији и/или забрани монополског споразумевања о цени; о подели тржишта и другим огрешењима о правило слободног предузетништва и лојалне тржишне утакмице. Ово последње бива путем свих уговора којима се врши подела тржишта, и/или одређују цене коришћењем доминантне или монополске позиције на тржишту, те тако битно сужава или укида конкуренција. Такви, осим набројаних уговора могу бити и концесије уговора о искључивој продаји (Види, на пр. Benedict, M(artine): *Le contrat de concession de vente exclusive*, Lausanne, чл 975), искључивој куповини, искључивом увозу, искључивом извозу или искључивом “заступству” (*agenturi*).

III

Заступништво и други начини делања за другог

17. Предузимање правних аката преко заступника (принудних тј. законских и статутарних) или преко пуномоћника (вољних заступника), пуноважно је само ако је у складу са правом. Красти и убијати не можете у име и за рачун заступаних, не смете се огрешити о њихове интересе, а не можете ићи мимо овлашћења. Нарочито морате, у случајевима сукоба са властитим, интересе заступаних ставити испред својих интереса. Још је много когентних норми којима се ова правила конкретизују; која стављају у јарам заступника како се не би огрешео о своје својство и своју моћ: да изјавама своје воље изазива аутоматски последице (те заступникове изјаве воље) за заступане¹⁰. Још много ограда се заступнику¹¹ и

¹⁰ Можда нису без разлога Римљани толико дуго оклевали при уобличавању заступања. Изгледа нам да краткоћа људског живота на овом и неверовање у онај свет код великог броја људи рађа похлепу, те често злоупотребе прилику кад су медијатори да приуште себи више од, у друштву признатог и дозвољеног, што лепо одсликава наша пословица: “Ко претаче (мед) прсте лиже”.

Наиме, Римљани су имали много институција којима су дошли доста близу принципа заступања али је он тек у Средњем веку зачет у Европи уз имитирање (помоћу) постулата канонског права да је папа заступник (изасланик) Господа на земљи. (Види ближе о томе у докторској тези овог аутора: Марија Радовановић, “Заступање у грађанском праву”, Правни факултет, Београд, 1965. године, у делу посвећеном историјату настанка заступања. Римљани јесу лица *alieni iuris* и робове учинили неком врстом делатника за другог, али никако не заступника. А по свом статусу, та лица нису била у прилици да, претачући, прсте лижу. Да су у Риму и Средњем веку били достигли овај наш степен технологије; да су имали савремени ЕДИ (EDI) систем комуникације који омогућује виртуелно присуство посуда на

осталим медијаторима поставља. Он не може делати за другог изван граница утврђених јавним поретком, интерним и међународним, који се не тумачи рестриктивно. *Mutatis mutandis*, ово се односи и на све остале који делају за туђи рачун, дакле и на све друге агента, медијаторе и ине, и то како на субјекте интерног права, тако и на државе - медијаторе и заступнике у међусобним односима држава: у међународним односима

Принудно и на изјави воље засновано заступање

18. Заступништво као правни принцип није дуговечно попут уговора, на пр., иако се, до недавно, чинило да се без њега није могло од времена чим је привређивање подразумевало поделу рада и отуд нужно размену добара и услуга.¹² Укратко, заступање није дуговечно, и довољно је да у ту сврху истакнемо да га уводи тек Наполеонов СС, али га не познаје изван мандата (уговора о мандату). Но и такво нормирање је корак од седам миља који је Наполеонов кодекс учинио тиме што је римски уговор- *mandatum* - обогатио делањем, и у име, и за рачун другог. У нашем, истакли смо већ врло модерном Закону о облигационим односима из 1978.године, уговор о налогу садржи могућност делања било у име и за рачун манданта (налогодавца), било само за рачун налогодавца: чланови 749 до 770 ЗОО). Од корака увођења једног случаја делања за другог и у његово име, иако само један, судбоносан је по томе што више није било тешко, од случајева уговора о мандату садржаних у Наполеоновом кодексу, доћи до општег правног принципа заступања у Немачком грађанском законнику, али скоро читав век после Наполеоновог кодекса. Уведен је принцип заступања али као изузетак од правила да свако дела (понајбоље) за себе; уведено је заступање које увек мора да поседује *iustus titulus*; да буде засновано (ослоњено, утемељено). Заступање ће убрзано по својој појави наставити да осваја преостале правне системе тржишног начина привређивања. Питање које се у овом раду предочава и посебно подвлачи је евидентна мања потреба за њим данас, кад је реч о заступању пословно способних

земаљској кугли где досеже глобална мрежа, пословно способним појединцима (физичким лицима) не би заступање било скоро уопште неопходно, како је то било све до недавно. Ако га такви субјекти коме повере, треба га увек рестриктивно тумачити. Остало је у рукама заступаног који бира своје заступнике. Остају, као нужни, случајеви заступања правних лица и пословно неспособних појединаца, та принудна или законска заступања, при чему она треба да су под далеко већом паском, и органа државе, и јавног мњења како не би било превише лизања прстију при претакању.

¹¹ Заступање засновано на изјави воље (вољно) је обавеза за заступника која личи на завештање само што је овде у питању посао *inter vivos*.

¹² Заступништвом уопште се, као што рекосмо већ, овај аутор бавио, те написао и одбранио 1965.године, на Правном факултету у Београду, докторску тезу под називом "Заступништво у грађанском праву". Она је објављена 1967.године, као монографија бр. 67 Института за упоредно право у Београду под насловом "Заступништво у грађанском и привредном праву" а, уколико монографија више није доступна, најважнији део из ње (о правној природи заступништва), цитиран је код др Бориса Визнера у његовом Коментару Закона о обвезним односима (стр. 378 - 380). Осим овог извора може се консултовати и прилог овог аутора, објављен као посебна одредница о заступништву у "Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада", Београд, 1978., том Трећи, на странама 971 до 986.

субјеката, као и потреба строже контроле оних који делају за туђи рачун, а нарочито оних који делају и у туђе име. Мања је потреба за заступање и то како за опсегом његових случајева, тако и за његовом учесталосту, јер живимо у време постиндустријске револуције која омогућује наше присуство и тамо где нисмо физички присутни, а можемо непосредно да изјављујемо вољу. Отуда се, данас, нужно и логично, намеће потреба за његовим све рестриктивнијим тумачењем, имајући у виду широке могућности његове злоупотребе са једне стране, и појаве тзв. виртуелне стварности односно електронског комуницирања унутар целе планете, са друге. Интереси се наши, наиме, најбоље испољавају и бране када своје послове обављамо сами; у своје име, будући да сваки пословно способан субјект права најбоље сам зна шта су његови интереси и како да сачува те своје интересе. Отуда се појављује нов однос и важно питање новог односа између принципа заступања и аутономије воље заступаног који је пословно способан.

19. Унутар разматрања ове нове стварности око нас, још је наглашенији принцип независности постојања основа за настанак заступања и самог овлашћења за делање у туђе име и за туђи рачун у тачно одређеном моменту. Уговор о налогу (уговор о налогу са заступањем), је стога, а тако је и у ЗОО, регулисан као уговор особитог, посебног поверења (*uberimae fidei*), а што убудуће треба још стриктније тумачити. У ЗОО на пр., постоји правило о ћутању као знаку прихватања понуде за лица која нуде своје услуге попут адвоката и других консултаната, и по том основу нуђења услуга, дужна су да благовремено одбију учињену им понуду, (јер у супротном ће се претпоставити да су је прихватили), али се то не односи на уговор о пуномоћству. (Види чл. 42/4-5, код јавног нуђења услуга односно код делатности која се у томе састоји, и супротно решење, за уговор о налогу са и без заступања, у члану 750 Закона о облигационим односима који предвиђа само санкцију дуговања накнаде причињене штете, ако се понуда благовремено не одбије).

У односу на тзв. вољно заступање (пуномоћство), принудно заступање треба да се још стриктније контролише, будући да је то заступање изван аутономије воље заступаног било што релевантне воље нема или је законодавци не уважавају. Код непостојања поделе власти као и код наднационалних судовања и арбитража, у улози квазизаконодавца се често налази онај који пресуђује – арбитар, па се ту још рестриктивније треба да тумаче основи заступања и границе овлашћења заступника. То смо видели у случају арбитража унутар Светске трговинске организације у недавним међусобним оптужбама између САД и ЕУ и то и једних и других како у улози тужиоца тако и у улози тужених.

20. Принудно заступање је оно делање у туђе име које изравно наређује закон или га додељују законом (општом нормом) овлашћени субјекти, док је вољно заступање (пуномоћство) свако делање за другог које се заснива на изјави воље заступаног и то како на једностраној изјави тако и на уговору између заступника и заступаног. У том смислу основи за вољно заступање су бројни, како у интерном праву, тако и по међународном праву или и по комбинованој примени оба на основу међународних конвенција и/или правила међународног приватног права. Али, пре тога, да појемо од начина приказивања и анализирања заступања које није ретко, а где има места и једној озбиљној примедби. То и јесте један од разлога да се

позабавимо овом темом наново. Наиме, приказивање тзв посредног и непосредног заступништва оптерећено пореклом настанка принципа заступања његовим регулисањем унутар мандата у Наполеоновом кодексу, како га већина теоретичара види у тзв. три односа, што ће рећи односа мандатара и манданта, односа мандатара и трећег лица према коме мандатар иступа у име и за рачун манданта, и односа манданта и тог трећег лица, није ни прецизно ни тачно. Ово важи само за пуномоћство, тј вољно заступање. Делање само за туђи рачун, а не и у туђе име не може се називати заступањем ни уз ограду да је посредно. Ово је свођење заступништва односно његово објашњење кроз случај у коме се најпре јавило у мандатуму у Наполеоновом кодексу. Оно занемарује каснију појаву општег принципа заступања, чиме је настала и наглашена правна ситуација раздвајања основа заступања (којих има више а не само унутар мандата како је било у Наполеоновом СС), и заступања у смислу изјављивања воље у туђе име и за туђи рачун које ће се убрзо јавити (у незанемаривом броју) мимо воље заступаног, дакле, у случајевима када то одређује закон директно: кроз законско обавезивање на заступање. (Постоји и веће неразумевање, боље речено незнање природе заступништва у нас, које је облатило српског законодавца при доношењу новог Закона о раду. Врсту рада, досад у пракси називаном радом на сиц, тачно је наш законодавац именовао као рад ван просторија послодавца, али, авај, дефинисан је као делање таквог радника у име и за рачун послодавца. Та ситуација је могућа, али ретка, занемарива. Радник у најамном радном односу може да не буде обавезан да седи у просторијама послодавца, а да му је радна обавеза, чак и једина радна обавеза, да закључује правне послове и предузима правне радње, вансудске и пред арбитрима, у име и за рачун послодавца. Да својим изјавама воље, јер се формулација *у име и за рачун* односи на *изјављивање воље једног лица (заступника)* и настанак последица *изјављене воље за друго лице; изјављене воље у туђе име (за заступаног)*. Али се не могу у име и за рачун послодавца правити папуче или, на пр. чувати дете, неговати у својој кући болесник или чинити, као садржај радне обавезе, било која радња осим изјављивати воље у име послодавца, а само тада он има и својство заступаног. Рад на сиц из члана 29 закона о раду Републике Србије не обавља се **у име и за рачун послодавца**, већ се обавља **за послодавца** што значи да то није рад који неко обавља као **самозапошљавајући радни човек**, већ као **најамни радник** иако ван просторија послодавца, радник који за свој рад прима најамнину, а за узврат не сноси тржишни ризик продаје производа или услуге која је резултат рада тог најамног радника.

(Треба такође нагласити да се за другог, не дакле само у име и за рачун другог, не може нико пуноважно обавезивати ако радња није у складу са правом, али то је већ тема коју нећемо даље разрађивати овом приликом).

Однос основа и дејстава заступања

21. Има, рекосмо већ, разних основа заступања. У нашем правном систему (сада и у словеначком који је исто решење преузео) сви основи заступања

регулисани су у општем делу закона којим се регулишу облигациони односи. Ми их имамо у ЗОО, у ставу другом члана 84. То су: 1) закон као основ делања у туђе име, 2) статут (правила или уговори као основи за настајање правних лица) када то когентно не регулише закон, а искористи се овлашћење да се диспозитивно правило у закону допуни или замени: регулише друкчије, 3) на закону заснован акт надлежних органа и 4) воља заступаног тј. пуномоћје.

Било који основ за заступање да је у питању, заступање је увек истог садржаја: изјављује се воља у име заступаног, а та изјава воље производи своје дејство само према заступаном. Принцип заступања омогућује, дакле, да се изјавама воље заступника произведу правна дејства такве изјаве искључиво за заступаног. То је, дакле, садржај правног појма “предузимање правних аката у туђе име и за туђи рачун”. За заступништво је, на пр., Закон о облигационим односима, у нашем и словеначком правном систему, *cedes materiae*, јер садржи у себи општи принцип заступања. То је ту регулисано опште правно начело, принцип који се односи на цео правни систем (став први члана 84 ЗОО).

Закон о облигационим односима, и словеначки, тј. тај исти, бивши ЗОО СФРЈ, који су, уз мало измена Словенци назвали Облигацијски законик (надаље СлоЗ) јасно раздваја основе заступања од његових дејстава. Закон о облигационим односима је то експлицитно нормирао, унутар давања пуномоћја, ставом 2 члана 89. Ево тог члана.

Став 1. “ Пуномоћје је овлашћење за заступање које властодавац правним послом даје пуномоћнику”.

Став 2:”Постојање и обим пуномоћја су независни од правног односа на чијој је подлози пуномоћје дато”

Став 3: “Пуномоћник може бити и правно лице”.

Основе заступања се истоветно регулишу и у наведеном новом словеначком Облигацијском законика из 2001 године.

22. Има разних правних послова: именованих и неименованих уговора и једностранних изјава воље који представљају основе за вољно заступање. Најчешће су то уговори, Пуномоћје (овлашћење за заступање добијено изјавом воље заступаног), тако може бити, на пр.и део садржаја уговора о делу, уговора о раду, уговора о ортаклуку, уговора о налогу који садржи у себи обавезе за предузимање материјалних, интелектуалних и или правних радњи, а може бити и једини садржај уговора о налогу (мандату), ако се налогопримац овлашћује и обавезује на предузимање само правних радњи (изјаве воље) и то у име и за рачун налогопримца. (Тада је уобичајено и да се назива уговором о пуномоћству, као на пр. када се закључује уговор о заступању са адвокатом).

И када се у случају уговора о налогу са заступањем у њему не налази ништа до пуномоћје, и тада се разликују основ (уговор као основ овлашћења за заступање) и пуномоћје као његов садржај. И тада имају независну судбину (дејство) у смислу већ цитираног става 1, члана 89 ЗОО. Сужавања или отказивања овлашћења за заступање (пуномоћја) налогодавац се не може уговором одрећи. Сужавање или опозивање сваког пуномоћја не изискује посебну форму (члан 92, став 2 ЗОО). Ако се тиме повређује уговор који је основ овлашћивања за заступање (основ

пуномоћја), као на пр. уговор о раду, уговор о делу, уговор о налогу, уговор о ортаклуку или други уговор, пуномоћник може само захтевати накнаду штете коју је тиме претрпео, а коју је друга страна уговорница могла предвидети, све у складу са ставом 3 члана 92 и ставом 1 члана 266 ЗОО.

Налог (мандат) и “заступање” интереса

23. Треба подвући да уговор о налогу не мора бити уговор са заступањем. Налогопримац може бити овлашћен да правни посао закључи само за рачун али не и у име налогодавца. Није довољно ни препоручљиво рећи за *налогодавца*, јер се тиме не разликују, довољно не идентификују код налога две различите ситуације које постоје у континенталном праву, а за разлику од англосаксонског) од којих је једна заступање, делање и у име и за рачун налогодавца када се он назива и властодавцем, а налогопримац пуномоћником. Налогопримац може, међутим, да закључује правне послове без заступања, само за рачун али не и у име и за рачун налогодавца. Тада закључује правни посао у своје име а за туђи рачун. (То је садржина идентична оној коју је садржао римски *mandatum*. У Риму се, наиме, још није знало за уговарање у туђе име; није се знало за заступање). Комисионар, на пр. професионално, уз накнаду (као налогопримац који дела у своје име а за туђи рачун) предузима послове обвезујући непосредно њима само себе а не налогодавца. Предности таквог делања за другог су у томе што се, на пр. у другим државама, или и у својој али изван седишта налогодавца, продају производи преко тамо регистрованих привредника-комисионара. Таква куповина од комисионара је велика предност, јер се у улози продавца јавља комисионар кога могу купци тужити у своме месту, земљи уместо да то чине пред месно надлежним судом произвођача- власника производа за чији рачун комисионар дела, али правно иступа у своје име. Има још именованих уговора који чине варијанте уговора о налогу без заступања, што је видљиво из нашег ЗОО његовог регулисања таквих уговора позивањем на норме уговора о налогу за питања која нису регулисана посебним нормама посвећеним датом уговору. Има и именованих уговора са заступањем са правном природом, тј. са позивањем за у њима законом нерегулисано, на уговор о налогу, али овог пута налогу са заступањем.

Има, такође, начина делања за другог који не подразумевају заступање, па макар их законодавац (наш Закон о облигационим односима, на пр.) регулисао под таквим термином, будући да су под тим називом настајали у пословној пракси. Такав је случај са трговинским заступањем о коме ће још бити речи. А има, и у ЗОО, и обратних случајева. Тако се иза посредничког уговора о путовању крије заступање а не правнотехничко, класично посредовање као довођење у везу клијената како би они међусобно закључивали уговоре, што се види из члана 880. ЗОО. У овом се уговору јасно нормира да се посредник из посредничког уговора о путовању ”обавезује да, у име и за рачун путника, закључи било уговор о организовању путовања, било уговор о извршењу једне или више посебних услуга које омогућују да се оствари неко путовање или боравак, а путник се обавезује да

за то плати накнаду”. А, као што већ напоменусмо, код уговора о трговинском заступању нема заступања. Агентура (трговинско заступање према терминологији нашег ЗОО), је тзв. заступање интереса, дакле, посредовање. Уговор о агентури, јавио се најпре као неименовани (законом нерегулисани) уговор. Професионално, не као нечији намештеници (запослени), агенти су се почели бавити заштитом туђих интереса као самостални предузетници. Уговор којим су давале такве услуге по тржишним условима, објективно гледано, лако је могао садржати клаузуле којима се прекорачују границе слободе уговарања, нарочито у односу на правила о лојалној утакмици. Стога су га законодавци почели регулисати; начинили од њега, дакле, именовани уговор са јасно постављеним границама слободе уговарања. Накнадно су га неки убацивали уз или поред сличних именованих уговора (на пр. Шв.ЗО 1949. године новим члановима обележеним абecedним редом проширивањем члана 418) или регулисали засебним законима. Новији закони, као на пр. наш Закон о облигационим односима из 1978., не садржи уговор о агентури какав познаје већ цитирани швајцарски Законик већ га регулише под именом уговора о трговинском заступању, али је ту реч само о “заступању” интереса саговорника а не о заступању у правнотехничком смислу речи. Он, дакле, не подразумева делање у налогодавчево име, већ “заступника” који дела за свој рачун и у своје име; који пружа услугу промовисања оног што налогодавац нуди тржишту. Овај “заступник” је самосталан привредник, од налогодавца независан предузетник. Није ни најамни радник оног чије производе промовише, нити је заступник који предузима правне послове у име и за рачун налогодавца, регулисаног у нас, на основу чл.84. Закона о облигационим односима. Трговински заступник, дакле, према нашем Закону о облигационим односима (чл.790-812), се стара да долази до закључења уговора са његовим налогодавцем. Он је нека подврста посредника код закључења уговора, али није ни класични посредник, јер испуњава, у истом циљу, и бројне друге преузете обавезе (сервисирање, после продаје, обезбеђивање резервних делова код трајних техничких добара, нарочито моторних возила и везан је клаузулом конкуренције)¹³. Овај “заступник” може бити и прави заступник, али само по основу посебно добијеног пуномоћја из чл. 84 ст. 2. ЗОО. (Чланом 84.ст. 1 регулише се појам заступања у правнотехничком смислу, а ставом 2 основи (извори) заступања међу које спада и пуномоћје).

24. За правна лица, пословно неспособна физичка лица, одсутна лица непознатог боравишта као и субјекти права чији идентитет није моментално познат, само је принудно заступање на располагању (заступање по основу закона, законско а не вољно, дакле) за заштиту интереса када је нужно да се у ту сврху,

¹³ Најновија догађања везана за пласман моторних возила, попут захтева за признањем паралелних увоза, упркос постојању уговора са елементом искључивости, иду у истом циљу. Захтева се слобода увоза аутомобила и без обавезе увозника да обезбеђује резервне делове сервисирање, и др. што је досада садржина већ анализираног уговора о заступању интереса, уговора о трговачком заступању. Усвајање захтева би учинило да цена овог тако честог и толико жељеног предмета куповине буде приступачна далеко већем броју потрошача.

предузму правни послови и радње. Други начин делања је, како смо већ горе описали, предузимање правних аката, или још шире речено, учешће у приватноправним и /или јавноправним односима, преко делања за другог, дакле делања без заступања. Оба начина су регулисана било унутар људских заједница које означавамо појмом “суверене државе” (које имају своја интерна права), било нормама појединих међународних организација. (Још нисмо као целина света обухваћени неким правним лицем које се, колоквијално назива “међународна заједница”). За разлику од појединаца, пословно потпуно способних, који могу да делају и у своје име и за свој рачун, а могу, ако хоће, делати и преко других: могу да за то опуномоће друге - вољне заступнике, правна лица и пословно неспособни ништа од тога не могу. Њима закон одређује заступнике и прописује обим овлашћења таквих заступника. Правна лица, а међу њима су и државе и ОУН, и друге међународне организације настале мултилатералним или билатералним уговорима, приватног тако и јавног права, имају такође на располагању само други начин иступања: преко другог. О свим наведеним лицима има посебних одредби којима се та њихова рањивост, непостојање релевантне воље, посебно штити, јер ти субјекти права могу делати само преко другог, **а ко претаче прсте лиже**, каже наша народна мудрост за тог другог.

Следствено томе, делање засновано на пуномоћју треба екстремно рестриктивно тумачити, а делање другог за туђи рачун у својству законског заступника треба и посебно пажљиво, и регулисати, и контролисати чак и када је реч о односима деце и родитеља. (Постоји државни орган и посебна брига државе за тај деликатан случај законског заступања, али примена права је у овој области са становишта заштите интереса деце поприлично неадекватна).

25. Испољавање и заштита властитих интереса при предузимању правних аката је, код појединаца (физичких лица) као субјеката права, у њиховим рукама; у домену њихове изворне аутономије воље (воље и са њеним пуним психолошким аспектима) под условом да имају (правом признату) способност расуђивања. Тако пунолетни појединци којима није у правом предвиђеним поступцима умањена пословна способност, у савременим правним системима могу сами предузимати акте са правним дејствима. Нико их не (начело модерних права) може приморати да не делају у своје име и за свој рачун, већ да то чине преко других. Ако је то случај (Немачка држава не да ни пословно способном појединцу да се сам појави пред судовима и арбитражама, већ преко адвоката), јасно је да тиме крши људско право да се сами бринете о својим интересима. Наводно се то чини зарад ваше заштите, а у суштини таква држава има за просечног грађанина недовољно јасно формулисане правне норме (обично се оне учине неразумљивим, за лаике превише сложеним упућивањем једне норме на много других) показује своје ауторитарно лице, заинтересована превасходно за лагодније, наводно ефикасније пресуђивање. У складу са правима личности (појединаца), требало би да, потпуно и делимично пословно способни, могу себи приуштити властито учествовање у свим правним односима (материјално или процесноправним). Да могу у њима да учествују властитим изјавама воље, понашањима које обухватамо и именујемо начелом аутономије воље. Да могу сами да учествују и у процесноправним односима где је,

суд односно арбитар dominus litis, да могу да одлуче хоће ли или не да користе притом помоћ стручњака попут могућности да не користе какво своје имовинско и лично право или попут могућности да користе или не користе своје активно и/или пасивно бирачко право. Једнако као што могу да, ако тако одлуче, закључују уговоре, да их мењају или допуњују или чине правним поретком предвиђене једностране изјаве воље. Требало би да могу да бирају да све то користе или сами или делањем преко других субјеката права (овлашћујући их на то својим изјавама воље), ако се користе правом предвиђеним институтима за делање за туђи рачун или и за туђи рачун и у туђе име (заступањем). У нас се, подвукли смо већ, физичка и правна лица користе, за ово последње, чланом 84. ставом 2. већ цитираног Закона о облигационим односима. У том члану, ставу 1. наводи се да се правно може иступати и преко заступника. Осим на изјави воље заступаног (ЗОО то назива пуномоћјем), појава заступника заснива или се на закону директно, дакле некој његовој изричитој норми, или на општем акту правних лица, који су у нас уобичајено или уговори о оснивању правних лица или правила односно статуту који се доносе на оснивачким скупштинама, или на (појединачном) акту надлежног органа (чл.84/2 ЗОО).

Суверене државе: уговори и друге наднационалне норме

26. После 1988.године, тачније од доношења амандмана на Устав СФРЈ (велике Југославије) из 1974.године, западни политички вишепартијски систем је изискивао од нас посебну заштиту како људских права као цивилизацијско достигнуће, тако и већу улогу за аутономију воље и приватну својину као темеље западног слободног предузетништва. Захтева се и поприлично конкретизована (прописана) улога државе у свему томе, а нарочито независност судства и других арбитара и медијатора. Стварањем СТО добило је све више на значају прихватање, од стране суверених држава, наднационалног права, арбитражних судова независних од империјума држава где се њихове одлуке спроводе, а у светлу покушаја да се слободна трговина прогласи алфом и омегом, дакле, једино могућим начином (тумачење САД) тзв. одрживог развоја и опстајања света у целини. Но несумњиво је да привреде које желе да се приближе развијеним земљама, какав је и са нама случај, морају прихватити мањевише све ово, јер је стављено као услов за пријем у чланство СТО и излазак на светско тржиште. Несумњиво је то, и приватна својина, и демократски вишепартијски систем, и аутономија воље као темељ правних односа, и независно судство односно заштита права каква постоји у државама тзв. развијеног Запада. Следствено томе наднационалне норме и у области уговора, и заступништва и судовања, посредовања арбитража и мирења су, данас, значајним делом регулисани изван интерног, тј. права унутар једне државе. И односе се како на држављане унутар разних држава обично обухваћених различитим првенствено економским груписањем, али све у већој мери и политичким, тако и на међусобне односе самих суверених држава.

27. Државе се, у односима једне према другој, равнају по сличним правилима и понашају попут субјеката права у унутардржавном, интерном праву. Не треба заборавити да су извори права за област међународног јавног права изведени из унутрашњих права суверених држава уз позивање, при избору из појединих интерних права, на цивилизацијска достигнућа човечанства уопште. Извор су, са позивом на то, и мишљења познатих стручњака ове области права, али је ту већ присутан проблем субјективности у односу на изворе које представљају опште норме које потичу из интерних права. (Сетимо се само мишљења француског адвоката Бадинтера као избора француског председника Митерана, који је “пресудио” великој Југославији својим, далеко од непристрасног, мишљењем “ да се та земља, СФРЈ, такорећи из чиста мира, и сама од себе, распала).

Државе су, правно гледано, равноправне. Правнотехнички гледано државе - правна лица, не понашају се као појединци, психолошка (људска) бића или како се то правнотехнички каже: физичка лица већ онако као што се и у интерном праву понаша она друга група субјеката права: правна лица. Имају своју имовину, организацију, органе и правно прихватљиву делатност (надлежност). Ови субјекти права – правна лица - могу да делују преко својих органа, појединаца или њихових скупина, дакле преко људских бића у посебном правном режиму где се делање тих људских бића третира као делање правних лица, а на основу како већ рекосмо општих аката правног лица. Правнотехнички се то означава као делање у име и за рачун правног лица, дакле, за рачун другог или делање преко другог. Други субјекти иступају за правна лица као субјекте права по другим основама делања за другог из члана 84. ст.2 ЗОО, а ти други могу бити само људска бића у својству која добијају као заступници, комисионари, на основу унапред датих општих норми односно унутар граница аутономије воље омеђене интерним и/или међународним поретком. Они предузимају правне акте или и у име и за рачун правних лица, или само за њихов рачун, па је тако и када су у питању државе.

28. Државе и СТО

Сагласно свом највишем државном акту – уставу – и међународном праву: билатералним и мултилатералним конвенцијама, државе преузимају одређене обавезе односно понашају се према другим државама у складу са тим садржајима. Не може држава предузимати правне акте (доносити опште норме и пресуђивати) као да међународне уговоре који јој то бране није закључила. Непоштовање закључених међународних уговора има за последицу многе санкције које познаје обичајно и писано међународно право које је средином прошлог века (после завршетка II светског рата) обогатено и правилима које су изнедриле Уједињене нације. Најновије поглавље овог права УН од значаја за постављање граница слободи уговарања за чланице Светске трговинске организације је и недавно настало право СТО, правни систем Светске трговинске организације основане у Маракешу 1994.године.

Ако је међународним уговорима којима сте се обавезали предвиђена и врста суђења, на пр. међународни судови и арбитраже, поравнања (медијације) пред уговореним телом или појединцима, државе не могу доносити ни опште норме (законе, уредбе, одлуке) супротне преузетим обавезама, јер им прете санкције.

Унутар СТО наднационална арбитража санкционише повреде правила која су садржана у мултилатералним конвенцијама о понашању држава чланица и субјеката који припадају њиховим правним системима. Наднационална арбитража СТО је састављена из више временски раздвојених фаза унутар којих имамо, и фазе поравнања, и фазе коначног одлучивања.

Унутар међународноправног јавног поретка суверене државе се, као и субјекти унутрашњег права, користе аутономијом воље у међународним односима: закључују **преко заступника** билатералне и мултилатералне уговоре, ограничавају своју сувереност, а то чине пуноважно ратификацијом закључених уговора у својим парламентима (преко од народа изабраних посланика/ заступника, али не заступника у правнотехничком смислу већ у смислу заступања интереса.. (Држава као империум, законодавац, ограничава саму себе и својим уставом, самоограничава се: њен законодавац подастире и себе под свој властити закон једнако поштујући га као држављани и странци у њој). Дакле, са аспекта јавног поретка унутар кога се предузимају правне радње, и када су у питању међународни односи, односи међу сувереним државама, постављају се истоветна питања и истоветни одговори. Државе су суверене, али не баш сасвим независне у том смислу да, код предузимања правних аката, границе њихове аутономије воље не постоје.

*Marija Vučković Radovanović, Ph.D., Full Professor – Retired
Law Faculty of Novi Sad*

REPRESENTATION OF AND OTHER FUNCTIONING FOR ANOTHER (EXTRA-JUDICIAL AND DURING ARBITRATION)

Abstract

This work examines the mutual conditionality in the regulating of content of the basic institutes of a legal system the purpose of which is to reflect the policies of a given society. For centuries already, in the west these have been the right to private property (*ca usus, fructus* and *abusus* powers) and the autonomy of will as the basic foundations of the striving and changing legal relations and legal conditions.

The main focus of the work is functioning for another (representation of and other functioning for somebody else), be it extra-judicial or before various types of arbitrators. The first part of the work examines the legal nature of private property with fair competition as its essential feature, and based on an expression will, as the basic instrument of market-economy operations. The rest of the work thoroughly discusses the role of representation of and other functioning for another, be it extra-judicial functioning as well as before the courts and other arbitrators, or be it compulsory (legal), as well based on an expression will, in light of the nature of the basic institutions analyzed in the

expression will, in light of the nature of the basic institutions analyzed in the first part of the work.

*Dr Marija Vučković, professeur titulaire émérite
Faculté de droit de Novi Sad*

Résumé

Nous nous proposons d'étudier ici la conditionnalité réciproque de la réglementation des contenus des instituts fondamentaux du système juridique dont la fonction est de refléter la politique d'une société donnée. Dans les pays de l'Ouest, le droit de la propriété privée existe des siècles déjà, (avec *lusus*, *fructus*, *abusus*) et l'autonomie de la volonté (le droit des contrats) qui sont les fondements de la formation et de la transformation des relations et des positions juridiques.

Notre intérêt s'est porté sur l'intervention pour autrui (représentation et autres les contracts pour le compte d'autrui), qu'elle se déroule en dehors du tribunal ou devant des arbitres. En premier lieu nous étudions la propriété privée du point de vue juridique, avec la notion de concurrence loyale comme principe essentiel, et la déclaration de volonté comme instrument fondamental dans l'entreprise des marchés. Par la suite, nous analysons dans le détail le rôle de la représentation et autres contats (le compte d'autrui). Dans les interventions en dehors des tribunaux, ainsi que dans les tribunaux ou avec d'autres arbitres. Nous mentionnons aussi celles fondé sur loi (réglementations), ainsi que celles fondées sur des déclarations de volonté, partant toujours des instituts fondamentaux mentionnés dans la première partie de notre discours.

Др Даница Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ДРЖАВИНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Сажетак: Државина као фактичка власт на ствари, којој правни поредак пружа државинску заштиту, различито се регулише у појединим правима у зависности од тога, која је концепција о појму државине прихваћена: римска, традиционална, субјективна или германска, модерна, објективна. Предмет овог рада је начин регулисања државине неким правним системима као што су, француски, аустријски, немачки, швајцарски и англоамерички. Државину у грађанским законима Француске и Аустрије, смо анализирали као пример за римску, субјективну концепцију државине. Немачки и швајцарски грађански законици су узети за пример, германске, објективне концепције државине. Посебност у регулисању државине има Грађански законик Грчке, који усваја мешовиту германско-римску концепцију државине. Англоамеричко право има специфичан приступ државини који се огледа у различитим схватањима државине, њихових правних теоретичара.

Кључне речи: државина, детенција, Француски грађански законик - Code civil, Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик, Швајцарски грађански законик, Грчки грађански законик, англоамеричко право.

Француско право

Француски Code civil из 1804. дефинише државину на традиционалан начин какав је постојао још од римског права. Законик је прихватио субјективни концепт у одређивању појма државине. Свега неколико чланова посвећено је државини и то не у посебном поглављу него у одредбама које се односе на застарелост. Последњи одељак Законика који је посвећен застарелости- прескрипцији (аквизитивној и екстинктивној), садржи и извесна правила које се односе на државину.

Према чл. 2228. "државина је детенција или коришћење једне ствари или права, коју држимо или вршимо за себе, или преко другог, који ствар држи или право врши у наше име". Овом одредбом је јасно разграничена државина од детенције и то према вољном елементу (*animusu*) иако га законик изричито не спомиње. И правна теорија стоји на становишту да је воља конститутивни елемент државине.¹ Држалац је онај који има вољу да ствар држи за себе или је држи преко другог који то чини у његово име. Материјални елемент државине, *corpus*, представља предузимање аката коришћења, ствари или реализације права. Само овај елемент није довољан за одређење државине, уколико не постоји *animus rem sibi habendi*- намера држаоца да ствар држи за себе тј. да на ствари врши право својине или неко друго стварно право. За разлику од римског права које има уже схватање државине (само својинска државина), француско право под појмом државине подразумева шире значење, да су држаоци сва лица која за свој рачун држе ствар не само по основу права својине него и неког другог стварног права. Стога се у правној теорији оспорава назив овог елемента државине *animus rem sibi habendi*, као преузак, јер држалац је не само онај који врши право својине на ствари, него и неко друго стварно право.² Према француском праву, држаоцима се значи сматрају и плодоуживалац, узуар, заложни поверилац у обиму који одговара праву које врше. Акти који прелазе тај обим не заснивају државину него детенцију на ствари. Осим хипотеке државина у начелу може постојати на свим стварним правима, као што су: сервитути, личне службености, залога, емфитеуза, антихреза.

Иако је у француском праву прихваћена римска концепција државине, утицај канонског права је значајан. Под утицајем канонског права државинска заштита је проширена и на детентора од насилног одузимања предмета детенције (тзв. *reintegrande*). Док је у погледу државине која се односи на ствари *Code civil* у основи веран римском праву, у погледу државине права сачувао је многе трагове канонског права. "Тако у члановима 196 и 197, познаје и државину статуса у брачном и породичном праву. На пример, ако је при закључењу брака било неког пропуста у формалностима, због чега брак не би био пуноважан, узима се да постоји "државина брака", која може да доведе до конвалидације брака ако постоје одређени услови које је још канонско право захтевало.³ Слично је са "државином" брачности детета. Постоји и "државина" потраживања, нарочито код привидног наследства (чл. 1240)".⁴

Чини нам се да је прихватљивије мишљење према којем облигациона, наследна, породична, интелектуална права нису подобна за државину. Када се у Законику помиње државина тражбине или статуса (на пр. чл. 1240, 195, 320, 321.), имају се у виду само одређене последице које ствара фактичко вршење ових права,

¹ Colin-Capitant, *Cours elementaire de Droit civil francais*, Paris, 1947. Т. I, 1162.

² Planiol- Ripert, *Traite elementaire de Droit civil*, Paris, 1950. Т. I, 935.

³ То су: 1. Nomen (да жена носи име мужа); 2. Tractatus (заједнички живот и домаћинство) и 3. Fama (опште уверење да су супружници заиста брачни другови).

⁴ А. Гамс, *Неки проблеми државине*, Анали Правног факултета у Београду, бр.1 из 1954. стр. 4.

а не државина у правом смислу речи. Фактичко вршење прерогатива ових права не даје ни могућност за подизање државинских тужби нити доводи до одржаја.⁵

Детентори или прекаристи су сва она лица која врше фактичку власт на ствари за друга лица по овлашћењу власника или на основу законског овлашћења. Ова лица држе ствар, *a titre precaire*.” Мењајући римско значење речи прекарно, данашње француско право, под прекарним држањем подразумева детенцију, вршење фактичке власти за другог, за коју је карактеристично да пре или касније обавезује детентора на реституцију ствари. Прекарност није нама државине него њена негација, непостојање државине. Државина увек припада оном за чији се рачун ствар држи. Прекарно држање никада не може произвести последице државине, без обзира на ваљаност наслова и одсуство познавања правног стања на страни детентора. Држање ствари за другог, без обзира на трајање, никада не може довести до одржаја. (чл. 2236.Законика), нити дати основ за праве државинске тужбе. Ова лица су, *in possessione, sed non possident*.”⁶

Детентори, *a titre precaire*, су: закупац, најмопримац, депозитар, секвестар, комодатар, управитељ туђих добара (мандатар, тотор и сл.). Држање *a titre precaire*, како истиче Планиол, некористан је, јер не даје право на државинске тужбе: *la plainte, i la denonciation de nouvel oeuvre*, нити може довести до узупапије.⁷ У случају насилног одузимања ствари и детентор има право на трећу посесорну тужбу тзв. *la reintegrande*.

Уколико је детентор истовремено и држалац права, као што је то случај са: плодуживаоцем, узуаром, заложним повериоцем, онда је њихов положај двојак. У односу на власника они су детентори, јер немају намеру да се према ствари понашају као власници. Њихова детенција, ма колико трајала не може довести до прибављања права својине одржајем. Ова лица су истовремено и држаоци права, јер имају и *corpus* и *animus*- врше стварно право за себе, и у односу на конкретно право које врше уживају све погодности које им та државина пружа.

На основу изложеног може се закључити да је француско право у погледу појма државине прихватило, римску, субјективну концепцију државине која је највише одговарала Француској, у периоду консолидације по окончању буржоаске револуције. Појам државине преузет из римског права је знатно проширен, јер је призната државина и оним лицима која у римском праву нису могла бити држаоци. Тако су у француском праву, титулар службености, плодуживалац, узуар, сматрани држаоцима док у римском праву нису били. За разлику од касније донетог Аустријског грађанског законика који државину исцрпије регулише и посвећује јој посебно поглавље, Француски грађански законик државини уопште, а државини права нарочито, није посветио онај значај који заслужују.

У нашој предатној правној теорији има мишљења да регулисање државине у француском систему није ни логично ни целисходно. “Није логично, зато што се не види разлог, због чега уживалац има привилегију држаоца, а закупац је нема. Није

⁵ Colin-Capitant, op. cit. 1163.

⁶ С. Крнета, Посјед, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Сл. Лист, СФРЈ, 1978. Т. ИИ, стр. 1105.

⁷ Planiol-Ripert, op cit, стр. 953.

целисходан, зато што употребљава један израз који је врло неодређен. За свој рачун држати и за туђ рачун држати, су термини који немају утврђеног правног значења. Они нису тачни у случају закупа, јер по чему се може тврдити да купац, коме француско право негира, да има државину и признаје му само детенцију, не држи закупљено земљиште уза свој рачун. Мислимо баш напротив, да и купац држи закупљену ствар за свој рачун, јер у томе је и суштина закупа, и да је према томе неоправдано, што се њему одриче државина”.⁸

Аустријско право

Аустријски грађански законик из 1811. државини посвећује прво поглавље у оквиру првог одсека који носи назив “О стварним правима на ствари”, чиме су се редактори Законика приклонили тада владајућој доктрини да је државина стварно право.

Аустријски грађански законик, у дефинисању државине, усваја традиционалну концепцију државине римског права. Према пар. 309. “Ко има неку ствар у својој власти или држању, зове се њен држалац, придржник-детентор (*Inhaber*). Ако држалац неке ствари има вољу исту ствар као своју држати (*als die seinige*), онда је он његов држалац (*Besitzer*)”. Законик прави јасну разлику између државине и ретенције, одн. појам државине изводи из појма детенције. Детенција је претпоставка државине када се испуне одређени услови. Тај услов је постојање државинске воље. Тек када поред детенције, која представља један од елемената државине (*corpus*), постоји и државинска воља (*animus*), настаје државина. “Државина је, укратко, детенција ствари са државинском вољом”.⁹

Фактичка власт, држање или *corpus possessionis*, Закоником није одређен тако да је у правној теорији настало његово тумачење. Сматра се да се власт држаоца не може ограничити само на физичку или телесну власт. Да ли је једна ствар у нечијој власти или држању зависи у крајњој линији од схватања правног промета.¹⁰ “Под физичким држањем (*corpus, detentio*) подразумева се, да је лице према некој ствари у таквом односу, да може са њом по вољи располагати, искључујући сваког другог, тј. да има ствар у потпуној својој власти. То на значи да је потребно да дотични, ствар управо сам држи, већ може фактичко господарство своје над ствари вршити преко другог, на.пр.ако је другом посудио или дао на чување”.¹¹

Државинска воља, је у старијој теорији под утицајем *Savigny*, тумачена као воља да се ствар држи као своја, тј. као власничка воља (*animus domini*).

⁸ Л. Марковић, *О појму државине*, Архив за правне и друштвене науке, књига X свеска 6 из 1910. Стр. 455.

⁹ Klang, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, 1932. стр. 1201.

¹⁰ Ehrenzweig, Pfaff, Krainz, *System des Österreichischen Privatrechts*, Wien, 1923. стр. 68.

¹¹ А. Рушнов, С. Посиловић, *Тумач о њем аустријском Грађанском закону*, Загреб, без ознаке године издања, књига I стр. 380.

Вољу да ствар држи као своју, има њен држалац, онда, ако има попут власника вољу, да врши сва права на ствари коју држи, тј. ако има вољу да поседује ствар (*Besitzwille*).

Ова воља се разликује од власничке воље (*Eigenthumswille*), само у томе да је ова последња воља уперена на *pravno* поседовање ствари, док је прва уперена на фактичко поседовање; тј. држалац је већ онај, који хоће да фактички трајно поседује ствар као своју, а да нема и вољу да стога и прибави ваљани правни основ. Према томе и лопов је држалац ствари, јер држи ствар у својој власти и хоће и даље да је задржи, и њоме се служити као прави власник, а да нема и вољу да такву ствар купи од онога коме је украо.

Пошто је у свакој власничкој вољи садржана и државинска воља, стога се власничка воља може делити на фактичку и правну власничку вољу, а с обзиром на ово разграничење, може се рећи, да правни држалац мора имати само фактичку власничку вољу, а да не мора имати и правну власничку вољу.

Да је за државину потребна фактичка власничка воља, произилази из пар. 309. АГЗ, који гласи: "Ако држалац неке ствари има вољу задржати ствар, коју има у својој власти, као своју, тада је он њен држалац"¹²

И *Randa*, сматра да државинска воља мора бити управљена на потпуну и безусловну власт на стварима и као таква се разликује од власничке воље, само по томе што није управљена на правну власт него на потпуну фактичку власт.¹³

Новији аутори сматрају да се државинска воља не одређује на основу унутрашње намере држаоца, већ да произилази из спољног понашања држаоца, а пре свега да се цени помоћу акта стицања. Онај ко се понаша према ствари као туђој, само је њен детентор, а не држалац.¹⁴

Државинска воља није "апстрактна воља" у субјективном психолошком смислу, већ као што је и сама државина, објективна појава, тако је и државинска воља појава "припадности" једном видљивом каузалном односу. Државина је стога "спољашња појава припадности једне ствари".¹⁵

Имајући у виду концепцију државине коју је усвојио Законик, према којој је конститутивни услов настанка, воља да се ствар држи као своја (*animus domini*), држаоцима се нису сматрали, купац, заложни поверилац, плодоуживалац и други који су се према ствари понашали као туђој. Они, према АГЗ, нису могли бити држаоци него само детентори.

Овај недостатак је у Законнику делом коригован постојањем *državine prava*. Иако је Законик, изричито не спомиње нити дефинише, из текста пар. 311. произилази да државина може да се конституише на свим стварима које су предмет правног промета, биле оне телесне или бестелесне. Бестелесне ствари или права стичу се употребом истих у своје име (пар 312). И за државину права као и за државину ствари захтевају се *corpus*-који овде представља употребу ствари или права, и *animus*-да се право врши у своје име. Поводом ове формулације државине

¹² А. Рушнов, С. Посиловић, *op cit.* стр.380.

¹³ А. Randa, *Der Besitz nach osterreichischem Rechte*, Leipzig, 1895. стр. 69.

¹⁴ Ehrenzweig, Pfaff, Krainz, *op cit.* стр. 68.

¹⁵ Klang, *op. cit.* 1202.

права у аустријској теорији се истиче да су у овом случају јасније истакнута оба елемента државине: употреба права у своје име.¹⁶

У нашој правној теорији је овај чл. 312. став 2. тумачен и тако да за државину права није потребан *corpus*, него вршење у своје име, значи само *animus*. Према овој дефиницији објекат државине права може бити не само стварно право, него и ма које друго.¹⁷

У аустријској правној теорији, поводом, питања која права могу бити предмет државине постоји спор. Док *Randa* сматра да се државина права може односити само на стварна права¹⁸, дотле, *Expenzweig* проширује појам државине права и на облигациона права која имају за предмет употребу ствари, као што су закуп, послуга и сл. По њему су, закупац, послугопримац па чак и залогопримац детентори, а не држаоци ствари, али су истовремено и држаоци права закупа, послуге, оставе, залогe итд.¹⁹

“Државина права је дакле вршење права за себе (у своје име, у своју корист). Државина права је чинидабама (чињењем или нечињењем) утемељена фактичка могућност поновног вршења садржаја неког имовинског права. Према државине права не могу бити она права која су такве природе да престају једнократним вршењем, јер је значајно обележје државине управо могућност, да се конкретно право може вишекратно, учестало, вршити ”²⁰ На овај начин право државинске заштите, је знатно проширено у односу на класично поимање државине римског права, јер се односило и на поједине облике детенције. Позивајући се на ову одредбу Законика каснија правна теорија и пракса су врло широко тумачила круг лица која уживају државинску заштиту.

Особеност оваквог решења, била је у томе што су на истој ствари истовремено могле постојати две врсте државине, државина ствари једног лица (на пример, својинског држаоца) и државина права другог лица (на пример, плодоуживаоца, узара итд), и што је постојала двострука државинска заштита, на једној страни држаоца ствари, а на другој страни детентора као држаоца права.

Формулација пар. 311 и 312, дала је повода неким ауторима за тврдњу да је државина по АГЗ, одређена као јединствен појам, и да се државина ствари и државина права показују као његове подврсте. Овим се постиже да у случају вршења једног ограниченог права имамо двоструку државину на истој ствари, државину ствари једног лица и државину права другог.²¹ На овај начин је теорија широко тумачећи појам државине права постепено ширила круг лица која као дотадашњи детентори нису уживали државинску заштиту, а с друге стране утицала на поистовећивање појма државине и детенције, што ће бити касније учињено у Немачком грађанском законнику.

¹⁶ Klang, op cit, стр. 1218.

¹⁷ A. Gams, op. cit. стр.2.

¹⁸ Randa, op. cit. стр.84.

¹⁹ Krainz, Pfaff, Ehrenzweig, op. cit. стр. 63.

²⁰ А. Рушнов, С. Посиловић, op cit. стр. 381.

²¹ Schey u Klangovom Komentaru, Klang, op. cit. стр. 1203.

Предмет државине права могу бити само имовинска права (она су у правном промету), док породична, статусна и лична права (која су се у феудалној пракси и канонском праву у разним видовима јављала као предмет државинске заштите), не могу бити објекти државине. Наследна права нису предмет државине, иако их Законик у пар. 308. погрешно убраја у стварна права.²²

Од стварних права предмет државине могу бити, службености, реални терети, државина заложног повериоца код ручне залогe (пар. 451.), државина секвестра (пар. 968.), државина закупца и најамника, државина онога коме је предата покретна ствар, да је прода (пар. 391.), државина налазача изгубљене ствари (пар. 391.), државина ретинента (пар. 309). У погледу државине заложног повериоца на покретној ствари у правној теорији није било јединственог схватања. Старија правна теорија стајала је на становишту да заложно право не може бити предмет државине, јер се вршење његовог садржаја исцрпљује у једном акту-не извршава се трајно, што је карактеристично за државину.²³ Државина права ручне залогe на покретној ствари признаје се у новијој правној теорији и пракси.

Питање је, могу ли сва имовинска права бити предмет државине. Облигациона права могу бити предмет државине, под условом да се њихова садржина не исцрпљује једнократном употребом. Потребно, је значи, да се садржина имовинског права трајно врши и да је везана за детенцију ствари. У погледу ауторских и проналазачких права сматра се да и она могу бити предмет државине.

Немачко право

Немачки грађански законик из 1896. (ступио на снагу 1.1. 1900.) прекинуо је са дотадашњом традиционалном концепцијом државине, и први креирао модерну, објективну, тзв. германску, концепцију државине. Њиме је започела нова фаза у схватању државине коју су прихватили многи грађански законици рађени под његовим утицајем.

Немачки грађански законик државину регулише у посебном одељку (пар. 854-873). Према пар. 854, државина се дефинише на следећи начин: "Државина ствари стиче се путем остварења фактичке власти на ствари. Реални споразум између ранијег држаоца и стицаоца довољан је за стицање државине, ако је стицалац у положају да врши (остварује) власт на ствари". Редактори Законика руководили су се идејом заштите сваког облика поседовања, свако фактичко стање, независно од чињенице да ли се заснива на правном основу или не.

²² У правној теорији неспорно је да наследна права могу бити предмет државине, а критика на решење у АГЗ присутна је у радовима многих аутора, на пример, Klang, *op. cit.* стр. 67. Ehrenzweig, *op. cit.* стр. 60.

²³ Ранда *op. cit.* стр. 413. У каснијим издањима Ранда коригује своје мишљење, према коме се под "државином права подразумева могућност бар једнократног фактичког извршавања конкретног права у своје име. Треба допустити државину заложном повериоцу ручне залогe јер је у њему садржано право ретенције". (стр. 26. издања из 1897).

Овај Законик не прави разлику између државине и детенције. За појам државине довољна је само фактичка власт на ствари. На овај начин прекинуло се са дотадашњом традицијом да је за појам државине потребан и *animus*-воља да се ствар држи као своја. Државина није више корелат својини и добија значај једног посебног и самосталног правног института. Из поменутог пар. 854, којим се регулише стицање државине јасно се види да државина представља само фактичку власт једног лица на ствари, док воља да се ствар држи као своја није више неопходан услов за појам државине.²⁴

Иако *animus* више не представља конститутивни елемент државине, то не значи да он није потребан и да није од значаја за стицање државине. У свакој фактичкој власти на ствари, постоји и воља субјекта да је држи и та воља мора на неки начин бити исказана.²⁵ Ономе ко не жели да има неку ствар у државини не може му се против његове воље наметати, а када те воље нема, државина не може настати. Иако Законик не спомиње вољу у појму државине, "готово сви немачки правни теоретичари, тумаче пар. 845. тако да он виртуелно обухвата и постулат воље, али не онај *animus domini*, римског права већ уопште воље за фактичком влашћу. С тога се у немачком праву узима да нема државине у оним случајевима, где у ствари постоји фактичка власт, али нема ни изјављене ни претпостављене жеље, да се ствар држи у својој власти".²⁶

Немачки грађански законик, осим у погледу државинске заштите, није сасвим изједначио државину и оне облике држања који су се до тада називали детенцијом, што се најбоље види у томе да је појам државине раздељен у неколико врста, од којих свака има посебан назив.

Државина од које полази Законик и коју има у виду у пар. 854. представља посебну врсту тзв. *непосредне државине* (*unmittelbarer Besitz*). Ова државина се прибавља сваком радњом која држаоцу омогућава фактичку власт на ствари. Које су то радње законом није одређено него је остављено да се за сваки случај појединачно утврде. У теорији су чињени покушаји да се утврде неки критеријуми за утврђивање (на пример, извесно трајање односа према ствари), али је сигурно да ће се у крајњој линији то ценити према схватању друштвене заједнице и правног промета.

Непосредна државина, која се одређује као стварна фактичка власт може бити: својинска и "употребна" државина.²⁷

Својински држалац (*Eigenbesitzer*) је лице које држи ствар као своју (*als ihm gehorend besitz*).²⁸

За разлику од класичне концепције државине према којој је својинска државина представљала саставни део појма државине-њен општи појам, у

²⁴ Пар. 854. став 1. гласи "Државина једне ствари *стиче се* постизањем фактичке власти над ствари".

²⁵ К. Н. Schwab, Sachenrecht, Munchen, 22. Auflage 1989. стр. 20.

²⁶ Л. Марковић, *О појму државине*, оп. cit, стр. 458.

²⁷ Термин употребна државина (*Fremdbesitzer*) је настао у правној теорији да би се њиме означила лица која ствар држе не за себе него за другог.

²⁸ Пар. 872.

немачком праву она чини само једну од различитих, врста државине. Овај вид државине изједначен је са свим осталим видовима државине када је у питању његова заштита. Својинска државина има значај у погледу стицања права својине, за одржај, прибирање плодова итд. Да би се направила разлика између својинске државине и осталих врста државине, немачка правна теорија је креирала појам употребне државине.

Употребни држалац (*Fremdbesitzer*), је лице које које другог признаје за својинског држаоца, а "понаша се према ствари као да није његова". Та лица би примера ради била, плодоуживалац, узуар, закупац, заложни поверилац итд. Са аспекта државинске заштите ово разликовање између својинске и "употребне" државине је без значаја, јер обе уживају државинску заштиту.

Поред непосредне државине која, видели смо, може бити својинска и употребна, Немачки грађански законик познаје и *посредну државину* (*mittelbarer Besitzer*), која је регулисана у параграфима 868-872. У случајевима када неко држи ствар као плодоуживалац, закупац, заложни поверилац или на основу неког сличног односа, постоји непосредна државина за та лица, али и посредна за онога ко је ствар дао у непосредну државину (на пример, власника ствари).

Институт посредне државине омогућава да на истој ствари могу постојати истовремено непосредна и посредна државина. Непосредни држалац је онај који врши фактичку власт на ствари, а посредни је не врши, јер није у могућности да је врши с обзиром да је ствар предао у државину непосредном држаоцу. У овом случају оба лица и непосредни и посредни држалац су држаоци ствари, с тим што се ствар налази у државини код непосредног држаоца.

"Суштина односа између непосредног и посредног држаоца је у томе што се непосредни држалац овлашћен или обавезан да поседује ствар једно одређено време, а посредни држалац мора да има против непосредног држаоца захтев за враћање ствари. Овај захтев је услов без кога нема посредне државине. Управо постојање овог захтева који произилази из некаквог правног односа (без обзира да ли он у ствари постоји или не) и даје посредној државини карактер фактичке власти. Истина она је како то наглашава *Westermann*, предајом ствари непосредном држаоцу, јако ослабљена (*vergeisterte Sacherschaft*), али тиме није престала".²⁹

Увођењем посредне државине као посебне врсте, престала је потреба да за државином права, по чему се НГЗ разликује од француског и аустријског грађанског законика. Иако НГЗ, посебно не помиње, државину права, ипак постоји један такав случај државине права, када је у питању стварна службеност. У овом случају држалац права је власник повласног добра Према пар. 1029, "држаоцу земљишта у корист чијег власника је земљишна службеност уписана у земљишне књиге, допушта се примена средстава за заштиту државине". Услов за ову заштиту је да је службеност у години пре сметања вршена макар једанпут.

Иако је НГЗ, правно изједначио све облике фактичке власти, и за разлику од ранијих кодификација не прави разлику између државине на једној страни и детенције не другој, ипак је предвидео један случај детенције коју тако не назива,

²⁹ С. Крнета, *Посјед*, Енциклопедија, op cit, стр. 1020.

али која је по карактеристикама детенција. *Besitzdiener* или помоћник у државини (пар. 855), је лице које реализује фактичку власт на ствари у интересу другог, тј. поступа по налозима и упутствима другог. Овде спадају случајеви када се ствари налазе у фактичкој власти лица запосленог код сопственика ствари у његовом домаћинству или радњи.³⁰ У немачкој теорији се наводи да помоћник у државини (*Besitzdiener*), не може да има положај држаоца, јер му недостаје сопствени интерес на ствари коју фактички држи.³¹ С друге стране, претпоставља се да су ова лица услед нарочитог односа, у којем се налазе према господару ствари, сасвим зависни у руковању са стварима, и зато нема потребе признати им нарочиту правну власт у виду државине.³²

Немачко право поред наведених врста државине ствари и права, регулише још један случај државине, који настаје наслеђивањем државине. Према пар. 857. државина се може наслеђивати, под условом да су се ствари које се наслеђују налазиле у државини оставиоца у моменту његове смрти. Наследници стичу по квалитету онакву државину какву је имао њихов оставилац (својинска, употребна, непосредна или посредна државина). На прелазак државине нема значаја ни чињеница да ли је оставилац на тој ствари имао неко право, да ли стекао по пуноважном правном основу или не. У случају да је оставилац ствар држао без правног основа наследник је у случају спора дужан да пружи доказе о свом наследном праву и да пружи доказе о државини оставиоца.³³

Државина наследника која није заснована на фактичкој власти представља још веће одступање од законске концепције о фактичкој природи државине, коју са толико поноса истиче немачка правна теорија. Док је за објашњење појма посредне државине теорија нашла излаз у појму ослабљене фактичке власти, за државину наследника била је принуђена да тражи објашњење изван фактичких односа, па чак и у признавању државине као субјективног права.³⁴

Према *Westermann*-у, државина као фактичка власт се не може наслеђивати, већ се увек изнова прибавља. Овде наследнику недостаје фактичка власт, која је неопходна претпоставка за државинску заштиту. Државинску власт овде надомешта законска правна норма.³⁵

Циљ овог прописа је да обезбеди и очува наследникову државину на стварима из заоставштине чији је власник он постао моментом оставиоачеве смрти. Помоћу проширења државинске заштите и на наследника непосредника појачава се положај

³⁰ Пар. 855. Немачког грађанског законика гласи: "Ако једно лице врши фактичку власт на ствари за другог-у домаћинству тог другог, затим у вези са његовим пословима или поводом сличног односа, у коме мора поштовати смернице тог другог око поступања са ствари, држалац је само онај други".

³¹ К. Н. Schwab, *op. cit.* стр. 23.

³² Л. Марковић, *op. cit.* стр. 458.

³³ К. Н. Schwab, *op. cit.* стр. 26-27.

³⁴ С. Крнета, *Прибављање посједа путем наслеђивања*, Годишњак правног факултета у Сарајеву, VII из 1959.

³⁵ Westermann, *Lehrbuch des Sachenrecht*, Karlsruhe, 1956, стр. 72-75.

и правна заштита наследника уопште. То је био *ratio legis* код увођења "наслеђивања државине" у модерне законике.³⁶

Немачки грађански законик је својим регулисањем државине учинио искорак у дотадашњој правној теорији и законодавству. Третирајући државину као сваку фактичку власт без обзира на садржину и квалитет воље држаоца, НГЗ је учинио да држаоци могу бити сва лица, физичка и правна, независно од њихове пословне способности, што у дотадашњој правној теорији и законодавству базираном на традиционалној, субјективној, концепцији државине није био случај. Објективном концепцијом државине НГЗ, је избрисао разлику између државине и детенције. Детентор је као и сваки држалац заштићен у свом мирном држању ствари.

За разлику од римског, појма државине које је само својинску државину признавало као фактичку власт, која је била потпуна и савршена, германско право је увело универзални појам државине која лежи и основи свих стварних права.

Фактичка власт (*Gewere*), је заједничка особина свих стварних права. Она није била апсолутна власт која би одговарала само својини, већ уопште она је представљала власт над једном ствари која лежи у основи свих стварних права. *Gewere* немачког права је општи израз за фактичке власти у разним облицима. Она је општа форма за сва стварна права, спољни облик у коме се та права манифестују. У немачкој правној логици, сва стварна права јављају се као једнородна, јер су сва она само модалитети једног општег, основног појма: правне власти на стварима, која се манифестује у фактичкој власти. Посматрајући сва стварна права као једнородна, германско право није могло једну фактичку власт да разликује од друге. Оно је сваку посматрало на исти начин, дајући јој само разна имена, тако да има разних *Gewere* (својинска, уживаочева, закупчева итд.), али је сваку штитило као факат, који као такав све дотле треба да буде поштован, док се редовним путем не утврди, да он није на праву заснован.³⁸

Швајцарско право

Швајцарски грађански законик из 1907. као и немачки у одређивању појма државине прихвата модерну објективну концепцију. За разлику од Немачког грађанског законика, који је појам државине који је утврђен у пар. 854 у наредним одредбама рашчлањивао и установљавао нове врсте државине, а са државином наследника довео у питање и суштину појма државине из пар. 854 Швајцарски грађански законик је крајње јасан и разумљив у дефинисању овог појма.

Према чл. 919. државина се дефинише на следећи начин: "Онај ко има фактичку власт на ствари њен је држалац. У материји службености и реалних терета, државина се састоји у фактичком вршењу права". У наредном члану

³⁶ С. Крнета, *Институт посједа у упоредном праву*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, бр. 12 из 1964. стр. 128.

³⁷ О. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II Bd. стр. 87.

³⁸ Ј. Марковић, *О појму државине*, *op. cit.* стр. 460.

дефинише се самостална и изведена државина. Тај чл. 920. гласи 1. став: "Ако је држалац ствари дао ствар неком другом на извесно време или на некога пренео своје право на ствари онда су обојица држаоци. 2. став "Ко предаје неку ствар на којој има својину тај има самосталну државину, а други изведену државину". "Ако због нечег дође до прекида коришћења ствари на којој постоји фактичка власт, то не утиче на државину." (чл. 921).

Законодавац је у Законику смишљено поставио широку дефиницију државине да би избегао одређивање врста државине и њихову садржину. За настанак државине довољна је само фактичка власт на ствари која постоји у случају када се ради о "стварном и ефективном односу према ствари".³⁹

Као и немачки и швајцарски грађански законик познаје самосталну и изведену државину, одн. државину ствари и државину права. У случају да постоји на истој ствари и државина ствари и државина права одн. самостална и изведена државина оба лица самостални и изведени држалац истовремено имају државину.

За разлику од немачког, швајцарски грађански законик не познаје појам детенције, нити појам помоћника у држању (*Besitzdienera*), јер су и овакви случајеви обухваћени појмом државине.

Законик дозвољава наслеђивање државине, али за разлику од немачког, ове одредбе налазе се у одељку о наслеђивању (чл. 560), а не у стварном праву.

Грчко право

Посебан начин регулисања појма државине има Грчки грађански законик, донет 1940. године, ступио на снагу 1946. године. Појам државине се одређује на основама римске, субјективне концепције државине, али су прихваћена и многа решења из немачког и швајцарског грађанског законика. У дефинисању државина Законик представља компромис између две концепције државине, римске и германске. Према члану 974 "Држалац ствари је оно лице које је стекло фактичку власт на ствари и врши је са вољом као да ствар има за себе". Законик познаје и појам државине права, али само у случају заложног права и службености (члан 975). Сва остала лица која фактичку власт на ствари не врше, за другог или преко других лица су детентори. За разлику од поменутих одредби које су инспирисане римским појмом државине, заштита државине је уређена према решењима из Немачког грађанског законика, према којем и детентори уживају државинску заштиту као држаоци. Право на самопомоћ, слично као у немачком праву (*Besitzdiener*), има лице које врши фактичку власт у домаћинству или служби држаоца услед чега је дужан да поступа по упутствима тог држаоца. У односу на наслеђивање државине, Грчки грађански законик у члану 983 слично Немачком грађанском закону предвиђа да се државина прелази на наследнике држаоца.

³⁹ *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV Band, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch*, kommentiert von A. Homberger, Zurich; 1938. стр. 10.

Државина у англоамеричком праву

У англоамеричком праву нема јединственог појма државине. Нема чак ни прецизности у погледу употребе израза државина. У овом погледу у енглеској и америчкој правној литератури постоји "неуредна терминологија".⁴⁰ Понекада се овај израз користи у лаичком смислу, а други пут у правном тако да то изазива још веће дилеме у погледу одређивање и садржаја појма државине. Ни речници немају једнозначно објашњење појма државине. *Webster* и *Oxford*, речници дефинишу државину на начин који се у правној теорији сматра лаичким, као обично држање ствари без правних последица. *Osborns concise Law dictionary*, државину (*possession*) дефинише као "фактичко држање (детенција) спојено са вољом да се ствар држи као своја (*Maine*)"⁴¹.

У правној теорији англоамеричких земаља државина се дефинише на различите начине. "Са правног аспекта државина је, стварна физичка власт (или контрола) на неком предмету, уз вољу (или намеру) да се та власт (контрола) врши у сопствене циљеве".⁴²

Moyle, коментаришући *Wachter-ove Pandekten*, констатује: "Без сумње, државина се разликује од својине по томе што се код ње једног *de facto* односа између лица и објекта (ствари), па је утолико - чињеница. Нема сумње ни да она повлачи правне последице и, ако је то тако, а изгледа да јесте, тешко је не устврдити да она такође није и право".⁴³

Holms, анализирајући *Savinjijevu* теорију државине тврди: "Кад кажемо да човек има државину, ми непосредно потврђујемо да су све чињенице које спадају у одређени скуп чињеница, везане за таквога, и тиме директно или прећутно изјављујемо да ће право оваквоме признати предност коју таква ситуација пружа. У вези са државином се поставља фундаментално питање - шта је то што би право требало да обезбеди у вези са државином? Који је то обезбеђени интерес: лични или материјални? Ако неко има стварну фактичку власт (контролу), над ствари, ометање те власти може значити напад на његов физички интегритет (тј. на личност). Чак и ако се задржавање те власти манифестује кроз изражену вољу да се она остварује у сопствене циљеве, покушај другог да је преузме може представљати ометање личности. Дакле добијамо постулат број један - који гласи: државина се унапред претпоставља.

Према томе, правна концепција државине, у смислу онога што се правно сматра подобним за признавање и обезбеђење, не састоји се само од стварне фактичке власти на ствари, већ се та фактичка власт везује за вољу да се она врши (остварује) у сопствене циљеве. Поред тога, правна концепција је шири од наведеног. Ако неко има фактичку власт, комбиновану са вољом да се она остварује (врши) у сопствене циљеве, сматра се да има државину - све док таква воља постоји и док неко други не преузме или не добије стварну фактичку власт, и

⁴⁰ Winfield, *Text book of the Law of Torts*, 1948. стр. 306.

⁴¹ *Osborns concise Law dictionary*, six ed. by John Burke, Sweet & Maxwell, London, 1976. стр. 257.

⁴² R. Paund, *Јуриспруденција*, књига III, Београд, Подгорица, 2000. стр. 44.

⁴³ Moyle, *English Translation of the Institutes of Justinian*, 1912. стр. 334.

прикључи јој вољу да је остварује у сопствене циљеве. Следствено томе државина је правна концепција, концепција правног дејства, која се задобија кроз фактичку власт на ствари, уколико је удружена са вољом да се остварује у сопствене сврхе. Шта ће се са правног аспекта сматрати под, стварном фактичком влашћу, зависи у одређеној мери од природе ствари која је у питању и околности случаја, одн. вршења те власти.⁴⁴

У англоамеричкој правној теорији преовлађује схватање да је за појам државине потребно да постоје:

а) физички елемент - фактичка власт на ствари, природна државина, детенција, притежање (*corpus*), који се означава речју "*custody*" и

б) ментални елемент-воља, намера да се ствар држи за себе (*animus*).⁴⁵

Први елемент државине "*custody*" означава стварну физичку, фактичку власт на ствари, али без вољног елемента, који чини други неопходан услов за појам државине. У овом случају је реч о стварној физичкој контроли на ствари или њеном држању. Притежалац (у случају кућне послуге, запослених лица, заступника, лица која чувају неку робу или другу ствар по уговору) је такође фактички држалац, јер не постоји намера за држањем ствари као своје. У правној теорији је било покушаја да се начини разлика између "*custody*" као врсте притежања и детенције. Израз "притежање" користи се у случајевима када држалац нема било пуну власт, било намеру (*animus*) да искључи све друге. "Детенција" означава стварну државину (природну државину) која се из неких разлога, на основу права, не сматра државином.⁴⁶ Има мишљења да "ово разликовање није довољно аргументовано",⁴⁷ или да појам детенције зависи само од одговора на питање које се тичу менталног, вољног елемента (намере).⁴⁸

Ментални елемент, по мишљењу *R. Paunda*, треба дефинисати као вољу онога ко има физичку контролу (власт) над објектом, да ту контролу врши за сопствене циљеве и у своје име. Дефиниција овог елемента је била предмет сталних спорова. Начини да се воља изрази су: *animus domini* - воља власника, намера да се ствар држи у својству власника; *animus possidendi* - воља да се други искључе из власти на ствари; *animus sibi habendi* - воља да се ствар држи за себе, у своје сврхе⁴⁹. Према *Holmsu*: "Воља држаоца се сматра оном вољом која се руководи сопственим интересом, с тим што је намера са којом он мора држати ствар сасвим јасна - он је мора држати у своју сопствену корист".⁵⁰

Не сматра се држаоцем, него детентором, потчињени, лице које обавља дужност ради остваривања интереса, одн. циљева, за свог послодавца. Ово лице има само детенцију, просто притежање, на добрима господара, дакле само

⁴⁴ Према *R. Paund*, op. cit. str. 46.

⁴⁵ Овакво мишљење заступају: *R. Paund*, *Jurisprudencija*, op cit. стр. 51. *Holland*, *Jurisprudence*, стр.195; *Salmond*, *Jurisprudence*, par. 96. itd.

⁴⁶ *Paton*, *Jurisprudence*, 951. стр. 445.

⁴⁷ *Kiton*, *Elements of Jurisprudence*, 1949, стр. 181.

⁴⁸ *R. Paund*, op. cit, стр. 48.

⁴⁹ *R. Paund*, op. cit. стр. 51.

⁵⁰ *Holms*, *Common Law*, 1881. стр. 219.

привремени физички контакт са стварима којима се служи обављајући радне дужности. У оваквим случајевима постоји само фактичко ставње, а недостаје ментални, вољни елемент за државину.

У систему Common Law, државина је значајна за стицање својине путем одржаја, где она, када је реч о земљишту, постаје неопходан услов и елемент који се узима у обзир по ранијем начину држања непокретности са намером да се постане власник ("seisin"); за употребу државинских тужби ради доказивања својине; у области права које се односи на налаз изгубљених или погрешно упућених покретних ст; у доктрини *pedis possessio* у америчком рударском праву свари итд.

Запажања о државини у англоамеричком праву можда најбоље изражава Winfield⁵¹, да англоамеричко право има прилично добру полазну основу државине под условом да се не оптерећује креацијама: претпостављене државине, посредне државине, деривативне државине и сл. Тиме би се избегле тешкоће које су имали пандектисти, као наследници средњевековне академске идеје по којој је сваки детаљ *Digesta* представљао право које обавезује. Ништа се у англоамеричком праву не би постигло, уклањањем услова о постојању анимус-а у теорији државине. Велико је питање, уопште, да ли се било шта на овај начин добија у Немачком и Швајцарском грађанском законнику. У целину узев, римска концепција, одговара практичним захтевима данашњег англоамеричког права о државини, уколико се примени на материјална правила и ослободи нужних прилагођавања римском интердиктном поступку или старим тужбама енглеског *Common Law*.⁵²

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

PROPERTY IN COMPARATIVE LAW

Abstract

Property in comparative law is analyzed through the examples of French, Austrian, German, Swiss, and Greek law. The selection of these legal systems as examples is based on the notion of property that each system has adopted. The French and Austrian Civil Law Codes adhere to the Roman subjective notion in defining property, which requires two elements: *corpus*-real power (control) over property and *animus*-will to retain property as one's own (ownership will). In contrast, the German and Swiss civil law codes define property objectively, as actual control over property. In defining property,

⁵¹ Winfield, *Text Book of the Law of Torts*, 1950. стр. 309.

⁵² R. Pauund, *op. cit.* стр. 62.

the Greek civil law code proceeds from the Roman concept, but in regard to succession and the protection of property, it adopts solutions from the German civil law code.

*Dr Danica Popov, professeur titulaire
Faculté de droit de Novi Sad*

L'USUFRUIT DANS LE DROIT COMPARE

Résumé

L'usufruit dans le droit comparé s'analyse selon les exemples de jurisprudence de la France, de l'Autriche, de l'Allemagne, de la Suisse, de la Grèce et l'exemple angloaméricain. Le choix de ces systèmes juridiques est fait selon leur conception de l'usufruit. Le Code civil français et autrichien est fondé sur la conception romande, elle est subjective dans sa définition de l'usufruit et requiert deux éléments : le *corpus* – le pouvoir de fait sur la chose, et l'*animus* – la volonté de garder la chose pour soi, comme sienne (volonté de propriété). Par contre les Codes civils allemand et suisse définissent l'usufruit de manière objective, comme pouvoir de fait sur la chose. Le Code civil grec s'inspire dans sa définition de l'usufruit de la conception romaine, mais en ce qui concerne l'héritage et la protection de l'usufruit il adopte les solutions du Code civil allemand.

Др Душан Николић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

КАЗНЕНА НАКНАДА ШТЕТЕ¹

1. Конвергенција правних система и контраиндикације правних имплантата
2. Казнена накнада штете у грађанском праву Србије
3. Узор: punitive damages у англоамеричком праву
4. Европска правна традиција
 - 4.1 Казнена накнада у римском праву
 - 4.2 Аквилијева формула
 - 4.3 Период дисконтинуитета
5. Накнада штете у савременом европском грађанском праву
 - 5.1. Функција грађанског права
 - 5.2 Сврха грађанскоправних санкција
 - 5.3 Сврха накнаде штете
6. Сврха казнене накнаде штете
7. Уставна забрана вишеструког кажњавања за исто кривично дело
8. Казнена накнада штете у кривичном праву
 - 8.1 Казна поправљања штете у кривичном праву некадашње Југославије
 - 8.2 Restorative justice у англоамеричком праву
9. Досадашња судска пракса

Сажетак: Последњих деценија XX века дошло је до значајног приближавања и узајамног прожимања англоамеричког и европског континенталног права. Под утицајем међународних организација сачињени су документи у којима се могу наћи различите комбинације правних института из ова два типа правних система. Тим путем у европско право доспели су неки англоамерички нормативни концепти који су у супротности са традицијом и основним начелима правних система континенталне Европе. Средином деведесетих година XX века сличан проблем јавио се и у

¹ Реферат по позиву на IX земаљском сусрету професора грађанског права са међународним учешћем, одржаном на Правном факултету у Мишколцу (Мађарска) 5. и 6. јуна 2003. године.

некадашњој Југославији. Прописима о праву индустријске својине предвиђено је да суд у парничном поступку, на захтев оштећеног може досудити накнаду која је и три пута већа од стварно претрпљене штете. Иста санкција (за коју предлагачи тврде да је грађанскоправна) ускоро ће се, по свему судећи, наћи и у Закону о ауторском и сродним правима.

Казнена накнада штете (*punitive damages, exemplary damages*) досуђује се у Сједињеним Америчким Државама и неким другим земљама англоамеричког правног подручја али уз бројне недоумице и критике. Концепт вишеструке накнаде (*duplum, quadruplum*) примењиван је и на простору континенталне Европе, у доба старих Римљана. Међутим, већ у време ране римске републике донет је *Lex Aquilia de damno*, којим је установљено правило да накнада мора бити сразмерна претрпљеној штети. На том принципу почива и савремено европско грађанско право.

Увођење казнене накнаде штете враћа одштетно право на анахрони, предаквилијански концепт који подрива унутрашњу логику правних система континенталне Европе.

С друге стране, постоје ваљани разлози да се размотри могућност увођења казнене накнаде у систем кривичних санкција. У послератном праву Југославије постојала је казна поправљања штете, а у савременој америчкој виктимологији има све више залагања да се развија сличан институт под називом *restorative justice*.

Кључне речи: конвергенција правних система, правни имплантати, англоамеричко право, *punitive damages*, грађанско право, европско право, казнена накнада, Аквилијев закон, *restorative justice*.

1. Конвергенција правних система и контраиндикације правних имплантата

Последњих деценија XX века дошло је до значајног приближавања англоамеричког и европског континенталног права. Кључну улогу у процесу конвергенције имале су различите међународне организације. Под њиховим утицајем установљени су многи правни стандарди и конкретна нормативна решења, без чијег прихватања није могућ приступ светском тржишту добара, услуга, капитала, знања и иновација.

Међународни документи који су настали на тој подлози резултат су компромиса. Стога се у њима могу наћи најразличитије комбинације правних института англо-америчког и европског континенталног права. Компромисна решења су у већини случајева била плодотворна. Међутим, има и неуспелих компромиса који стварају читав низ недоумица у правној теорији и пракси.

Неки институти англоамеричког права, који су на описани начин продрили у правне системе европских земаља, у дубокој су супротности са правном традицијом континенталне Европе. Они доводе у питање чак и основна начела на којима се вековима темељило континентално право. Тај проблем оптерећује развијене земље чији су представници учествовали у припреми међународних докумената, али је још израженији у источноевропским (тзв. транзиционим) земљама којима се таква решења намећу *en bloc*.² Земље у транзицији преузимају регулативне концепте па и конкретна нормативна решења из страног права, чак и када је очигледно да се она не уклапају у домаће право. Циљ је да се барем формално задовоље светски или регионални правни стандарди. Правни имплантати често нарушавају унутрашњу логику правног система.³

Са сличним изазовима суочена је и Србија у којој је започета опсежна реформа правног система.

2. Казнена накнаде штете у грађанском праву Србије

Средином деведесетих година XX века у правни систем Југославије уведена је тзв. *трострука накнада штете*. Закон о патентима, Закон о жиговима, Закон о моделима и узорцима и Закон о географским ознакама порекла,⁴ у одељцима о грађанскоправној заштити, садрже одредбу којом се прописује да се у случају намерног проузроковања штете може захтевати накнада до троструког износа обичне штете и измакле користи.⁵

Истоврсна санкција ће се по свему судећи наћи и у Закону о ауторском и сродним правима из 1998. године.⁶ Наиме, Савезни завод за интелектуалну својину, који је иницијатор ревизије Закона, предлаже да се законски текст допуни следећом одредбом:⁷ "Ако је повреда имовинског права учињена намерно или крајњом

² За земље у транзицији су понекад предвиђени посебни, олакшавајући услови за имплементацију споразума. Тако нпр. према Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS), закљученом у Женеви 15. априла 1994. године "Чланица која је земља у развоју има право да за период од још четири године одложи примену одредаба овог споразума..." (члан 65, тачка 2). "Свака друга чланица која је у процесу трансформације из централне планске на тржишну привреду слободног предузетништва и која предузима структуралну реформу свог система интелектуалне својине и при томе се суочава са посебним проблемима у припреми и споровођењу закона о интелектуалној својини такође може користити период одлагања..." (члан 65, тачка 3.). "Имајући у виду специфичне потребе и захтеве најмање развијених земаља чланица, њихова економска, финансијска и административна ограничења, и њихову потребу за флексибилношћу код стварања одрживе технолошке основе, од таквих чланица неће се захтевати да примењују одредбе овог споразума (...) у периоду од 10 година..." (члан 66, тачка 1.).

³ Опширније о томе: Душан Николић, *Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе*, реферат на Међународном симпозијуму о стварном праву одржаном у Будимпешти од 30. октобра до 3. новембра 2002. године у организацији Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit - GTZ, објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду бр. 1-3/2002, стр. 157-177.

⁴ Наведени закони су објављени у "Сл. листу СРЈ" бр. 11/1995.

⁵ Опширније: Душан Николић, *Трострука накнада штете у нашем праву*, Судска пракса, 2/1997.

⁶ Закон је објављен у "Службеном листу СРЈ" број 24/1998, од 15. маја 1998, а ступио је на снагу 23. маја 1998. године.

⁷ Будући члан 172а.

непажњом, тужилац може од туженог, уместо накнаде имовинске штете, захтевати до троструког износа уобичајене накнаде коју би примио за конкретан облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито.” По мишљењу предлагача, ”Реч је о увођењу института *казнене штете*, која, према искуству многих земаља, представља озбиљну *грађанскоправну санкцију* за повреду права, која нема за циљ *реституцију*, већ *компензацију* и *превенцију штете* (подвукао Д.Н.).”

3. Узор: *punitive damages* у англоамеричком праву

У земљама англоамеричког правног подручја суд може обавезати штетника да плати накнаду која је вишеструко већа од стварно претрпљене штете, уколико је штетна радња извршена из пакости, ради понижавања или угњетавања оштећеног, уз насилничко понашање и сл. Санкције такве врсте су познате као *punitive damages* или *exemplary damages*.⁸ У литератури се истиче да се оне не изричу само да би се оштећени обештетио, већ пре свега *да би тужени био кажњен*.⁹

Наведена концепција изазива различите реакције у англоамеричкој теорији. Поједини аутори тврде да је постојање такве санкције неопходно због неизграђености правног система,¹⁰ док други сматрају да накнаду штете не треба мешати са казном и да празнине које постоје у праву треба отклањати на други начин.¹¹

4. Европска правна традиција

4.1 Казнена накнада у римском праву

У почетним фазама развоја римског права за већину приватних деликата биле су предвиђене санкције са наглашеним казним обележјима. Оне су изрицане превасходно у намери да се делинквент преваспита (*propter corrigendum*) и да се остали грађани одврате од истоврсног понашања (*propter exempli metum*). Тако је нпр. претор за противправно присвајање туђе ствари (*furtum*) едиктом увео две тужбе које су биле усмерене на вишеструку накнаду штете: *actio furti manifesti* и *actio furti nec manifesti*. Првом се могло захтевати да извршилац (*fur*) који је био затечен у вршењу деликта (или са стварима на месту извршења) исплати оштећеном четвороструку вредност присвојених ствари (*quadruplum*). Друга врста

⁸ Као синоним користе се и следећи називи: *retributive damages*; *punitive damages* и *vindictive damages*.

⁹ Опширније: Harry Street, *Principles of the Law of Damages*, London, 1962.

¹⁰ В: The Law Commission for England and Wales, *The Sixth Programme of Law Reform: Damages*, www.lawcom.gov.uk.

¹¹ Harry Street, *op. cit.*, стр. 34.

тужбе је омогућавала да се од извршиоца који није био ухваћен на делу захтева исплата двоструко веће накнаде од стварно претрпљене штете (*duplum*). За случај насилног противправног одузимања ствари (*rapina*), установљена је посебна тужба (*actio vi bonorum raptorum*) којом се могло захтевати да одговорно лице плати четвороструку вредност отетог.¹² Вишеструка накнада је била предвиђена и за друге приватне деликте. Међутим, изрицање таквих санкција могло се основано захтевати само у року од годину дана. Након тога, суд је могао да обавезе туженог да врати ствар или да надокнади њену стварну вредност. То значи да је у крајњој линији (супсидијерно) примењиван принцип реституције (*restitutio in integrum*).

4.2 Аквилијева формула

У време ране римске републике, око 285. године пре нове ере, изгласан је један плебисцит, познат као Аквилијев закон о накнади штете (*Lex Aquilia de damno; Lex Aquiliana*), којим је као примаран уведен принцип чисте реституције. Првим поглављем овог акта регулисана је накнада штете која је настала услед оштећења или уништења тзв. "живих ствари" (робови и животиње). Било је прописано да су штетници дужни да оштећенима надокнаде највишу вредност коју су убијени робови и животиње имали на тржишту током последњих тридесет дана. У другом поглављу установљена је обавеза саповериоца који је опростио (отпустио) дуг дужнику да надокнади штету осталим повериоцима. Посебан значај имала је одредба о одговорности за штету нанету оштећењем или уништењем тзв. мртвих ствари, која је садржана у трећем делу плебисцита. По њој, штетник је био дужан да оштећеном исплати своту новца која је била једнака највишој тржишној вредности тог предмета за последњих тридесет дана.

Summa summarum, ни једном од наведених одредби није прописана вишеструка накнада штете. Аквилијев закон је доследно следио начела реституције и еквивалентности. Накнада је морала бити једнака претрпљеној штети. Оштећеног је требало довести у имовинску позицију у којој би био да штетне последице нису наступиле. Тиме је постављен један од фундаменталних правних принципа који важи и у савременом грађанском праву.¹³

4.3 Период дисконтинуитета

Аквилијева формула није континуирано примењивана. Већ у доба Домината почели су се помањати зачеци нових друштвених односа којима није одговарала тадашња правна регулатива. Постепена децентрализација државне власти, праћена алокацијом центара друштвене моћи и све изразитије затварање у феудалне оквире условили су поновно увођење санкција са мешовитим обележјима. Те промене су кулминирале након распада Римског царства. У некадашњем западном делу

¹² Опширније: Душан Николић, *Грађанскоправна санкција* (генеза, еволуција и савремени појам), Нови Сад, 1995, стр. 71. и др.

¹³ Опширније: Душан Николић, *Начело реституције у савременом грађанском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/1998-1999, стр. 67-80.

Империје завладали су архаични институти обичајног права садржани у кодификацијама које су називане варварским законима (*leges barbarorum*). Римско право, које је по персоналном принципу важило за Римљане (*leges romanae*) све је више упрошћавано (вулгаризовано).

Временом је нестао рафинирани римски осећај за разликовање сврхе обештећења и сврхе кажњавања. Поново су уведени принципи талиона, композиције и вишеструке (казнене) накнаде, али у облику који је био далеко испод нивоа сличних института из периода у ком су Римљани прелазили из родовског у државно друштвено уређење.¹⁴

До поновног раздвајања реститутивних и казnenих санкција дошло је тек крајем XVIII века када је у основи завршен процес уобличавања савременог европског права.¹⁵

5. Накнада штете у савременом европском грађанском праву

5.1 Функција грађанског права

Развијена и добро уређена системска целина има јасно опредељене функције свих чинилаца. То је једна од темељних поставки Опште теорије система (*General System Theory*)¹⁶ коју несумњиво треба уважавати и у процесу стварања права. Требало би да свака грана права има особен предмет и метод правног регулисања. У противном био би доведен у питање смисао њеног постојања (*raison d'être*).

У европском праву вековима постоји јасна подела функција унутар правног система.

Грађанско право се од других грана права разликује по томе што је готово у целини засновано на идеји реституције. Оно треба да омогући да се лице чија су добра угрожена или оштећена нађе у позицији у којој би било у време доношења судске одлуке, да су угрожавање или повреда изостали. Ни мање, али ни више од тога.

Остале гране права су усмерене на постизање других ефеката. Тако нпр. изрицање казни за кривична дела, привредне преступе и прекршаје треба да

¹⁴ Опширније: Емил Диркем, *О друштвеној подели рада*, Београд, 1972, стр. 172-173.

¹⁵ Опширније: Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 1991; Владимир В. Водинелић, *Савремени појам грађанског права (настанак и систематика)*, Архив за правне и друштвене науке, 1-2/1989; Душан Николић, *Грађанскоправна санкција.....*, стр. 79. и др.; Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2002.

¹⁶ Општа теорија система заснована је у радовима Лудвига фон Берталанфија (*Ludwig von Bertalanffy*) педесетих година XX века. За свега неколико деценија, она је прерасла у фундаменталну дисциплину чији се принципи примењују у многим научним областима, укључујући и правну науку. У Србији су основне поставке Теорије система углавном довођене у везу са питањима из домена уставног и управног права, док је њихова примена у области грађанског права готово у потпуности изостала.

одврати починиоца од истоврсног понашања (специјална превенција) и да васпитно делује на остале грађане (генерална превенција).

Гране казног права су превасходно окренуте ка личности делинквента и потреби његовог преваспитања, док је грађанско право концепцијски усмерено на заштиту интереса угрожених или оштећених лица. Оно је по свом дејству оријентисано ка жртви.¹⁷

5.2 Сврха грађанскоправних санкција

По логици ствари, грађанскоправне санкције би у правном систему морале имати функцију коју има и матична грана права. Санкционисање које се врши по правилима грађанског права не би требало да за примарни циљ има кажњавање, већ реституцију. Наиме, грађанскоправна санкција је вид правноорганизоване принуде која се врши над одговорним лицем да би се угрожена или повређена добра другог физичког или правног лица довела у стање у ком би била у време доношења судске одлуке да су угрожавање или повреда изостали.¹⁸ Дакле, предност се даје реституцији. Наравно, не искључују се и неки секундарни ефекти, попут васпитног утицаја на одговорно лице и остале грађане, у смислу специјалне и генералне превенције, и сл.

5.3 Сврха накнаде штете

Накнада штете је само једна врста грађанскоправне санкције.¹⁹ За њу важе исти, напред наведени, општи принципи. Према томе, превасходни циљ је да се оштећени нађе у позицији у којој би био да штетне последице нису наступиле. "Суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било оштећеникове радње или пропуштања."²⁰ То се постиже натуралном реституцијом или новчаном накнадом штете, а у неким случајевима кумулативним изрицањем обе санкције. Такво решење садржано је и у Закону о облигационим односима. У одељку о накнади материјалне штете пише: "Одговорно лице дужно је успоставити стање

¹⁷ Опширније о концепцијским разликама: Душан Николић, *Правна одговорност у пракси стоматолога*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3/1997, стр. 133. и др. (Рад је под истим називом објављен и у Билтену оралних хирурга Србије, бр. 2/1998.). На такво усмерење грађанског права указују и други аутори: "...Централно интересовање одштетног права више није окренуто према штетнику (као несавесном лицу) већ према оштећенику (према лицу које заслужује сву пажњу, због свог угроженог положаја)..." (Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 1999, стр. 493-494). ¹⁸ Опширније: Душан Николић, *Грађанскоправна санкција*..., стр. 144; Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*..., стр. 124. етц.

¹⁹ Опширније о врстама грађанскоправних санкција: G. Marty – P. Raynaud, *Droit civil*, Paris, 1966, том I, стр. 290 – 295; Душан Николић, *Грађанскоправна санкција*..., стр. 99. етц.; Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*..., стр. 125. етц.

²⁰ Члан 190. Закона о облигационим односима. (Закон је објављен у "Службеном листу СФРЈ" бр. 29/1978).

које је било пре него што је штета настала. Уколико успостављање ранијег стања не уклања штету потпуно, одговорно лице дужно је за остатак штете дати накнаду у новцу.”²¹ Став законодавца је јасан. Накнада мора бити једнака претрпљеној штети. То потврђују и одредбе којима је регулисан обим накнаде материјалне штете: ”Оштећеник има право како на накнаду обичне штете, тако и на накнаду измакле користи.”²² Висина накнаде штете одређује се према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго. При оцени висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем.”²³ Изузетно, ”када је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника.”²⁴ У потоњем случају, ради се о накнади тзв. *афекционе вредности*. Обештећење једним делом покрива материјалну (имовинску), а другим делом нематеријалну (неимовинску, моралну) штету у виду душевног бола, за коју се претпоставља да је наступила услед намерног оштећења или уништења ствари. Део накнаде који прелази тржишну вредност ствари требало би досудити само ако су испуњени општи услови за накнаду неимовинске штете.²⁵ ”Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (подвукао Д.Н.).”²⁶ Другим речима, накнада афекционе вредности не сме служити за богаћење оштећеног на рачун штетника, али ни за остваривање друштвених циљева који нису својствени обештећењу.²⁷

6. Сврха казнене накнаде штете

Заговорници *казнене штете* у Србији тврде да је то озбиљна *грађанскоправна санкција која нема за циљ реституцију, већ компензацију и превенцију штете*. Идеја је да се досуђивањем вишеструко већег обештећења починилац кривичног дела и остали грађани одврате од истоврсног понашања у будућности. У првом плану су, дакле, циљеви специјалне и генералне превенције. На основу тога се

²¹ Члан 185, ст. 1 и 1. Закона о облигационим односима.

²² Наведеном одредбом гарантује се тзв. *интегрална (потпуна) накнада штете*.

²³ Члан 189, ставови 1, 2. и 3. Закона о облигационим односима.

²⁴ Члан 189, став 4. Закона о облигационим односима

²⁵ Интензитет и трајање душевног бола.

²⁶ Члан 200, став 2. Закона о облигационим односима

²⁷ ”Накнада нематеријалне штете у новцу има за циљ сатисфакцију за повређеног а не да он постигне неке лукративне циљеве који су неспојиви са друштвеном сврхом накнаде (не могу се ”комерцијализовати ” моралне вредности”). (Драгољуб Стојановић у *Коментару Закона о облигационим односима* (редактор: Слободан Перовић), Београд, 1995, том I, стр. 469.

недвосмислено може закључити да се не ради о грађанскоправној, већ о типичној казненој санкцији.²⁸

7. Уставна забрана вишеструког кажњавања починиоца за исто кривично дело

Ако се вишеструка накнада штете изриче ради постизања циљева својствених казни и то независно од других кривичноправних санкција прописаних за исте облике противправног понашања, онда постоји *озбиљан уставноправни проблем*. Наиме, једно од темељних уставних начела забрањује да се починилац два пута кажњава за исто кривично дело.²⁹

8. Казнена накнада штете у кривичном праву

Казненој накнади штете очигледно није место у грађанском праву. Међутим, то не значи да *a priori* треба искључити њено увођење у правни систем Србије. Наиме, она би могла имати значајну улогу у домену превентивног деловања али *као институт казног права*. На такав закључак упућују наша послератна пенолошка искуства и савремени трендови у упоредном праву.³⁰

8.1 Казна поправљања штете у кривичном праву некадашње Југославије

Непосредно након Другог светског рата, у кривичном законодавству Југославије постојала је *казна поправљања штете*. Та санкција је изрицана у кривичном поступку и била је превасходно усмерена на постизање циљева специјалне и генералне превенције. Оправдано се сматрало да обавеза отклањања штетних последица може васпитно деловати како на самог починиоца кривичног дела, тако и на остале грађане.³¹

²⁸ Опширније о разликовању грађанскоправних и казних санкција према сврси изрицања: Душан Николић, *Грађанскоправна санкција...*, стр. 143.

²⁹ В: члан Устава Републике Србије и члан Устава Републике Црне Горе.

³⁰ Упор: Фрањо Бачић, *Ла фин де сиџле: Кривично право и његово друштво*, Законитост, 1/1991, стр., 41; Душан Николић, *Грађанскоправна санкција...*, стр. 159.

³¹ "Казна поправљања штете разликује се од накнађивања штете у томе, што она не иде за тим, да посвема избрише последице кажњивог дјела, већ јој је циљ, да његове штетне друштвене последице сведе на најмању мјеру. Због тога је циљ казне поправљања штете шири од циља накнађивања штете. Она не иде само за накнађивањем материјалне, већ и нематеријалне штете. Она нема пред очима само интерес оштећеног, већ и интерес злочинца, који се тиме, што поправља штету, и сам поправља, а коначно и интерес цјелокупности, јер се у сваком случају ради и о њензиној штети." (Станко Франк, *Казнено право*, Загреб, 1950. стр. 134).

8.2 Restorative justice у англоамеричком праву

У новије време, и у англоамеричкој пенолошкој теорији има залагања за увођење сличних казних санкција. Наиме, све чешће се говори о тзв. *ресторативној правди (Restorative Justice)*, односно о потреби да се делинквент примора да отклони штетне последице својих поступака.³² Наведени концепт, који се развија у оквиру посебног института (*National Institute of Corrections, Restorative Justice – Washington D.C.*), између осталог налаже: да се испољи једнака брига и према жртвама и према починиоцима; да се жртве врате у првобитно стање и да се оснаже; да се омогући директан дијалог између починиоца и жртве; да се подстакне сарадња и интеграција; да се друштвеној заједници омогући да сагледа стварне социјалне узроке криминалитета и сл.

Све у свему, накнади штете се придаје све већи значај у англоамеричком казном праву и виктимологији.

9. Досадашња судска пракса

Концепт казнене (вишеструке) накнаде штете није заживео у пракси парничних судова. Сем у неколико спорадичних случајева такви захтеви нису истицани ни од стране оштећених.

Очигледно је да су судије и адвокати на време увидели системску грешку која је промакла законодавној власти.

*Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad*

PUNITIVE (EXEMPLARY) DAMAGES

Abstract

During the last few decades of the 20th century there has been a significant coming together and mutual permeation of Anglo-American and European continental law. Under the influence of international organizations, documents in which one can find various combinations of legal institutes of both legal systems have been drawn up. Thereby, certain Anglo-American normative concepts, which contradict the tradition and basic principles of legal systems in continental Europe, have appeared in European law.

³² У том смислу: G. Bazemore – M. Schiff, *Restorative Community Justice*, Anderson Publishing Co, 2001; Greg D. Richardson, *Restorative Justice*, www.rji.org. Интересанто предавање на ту тему на Правном факултету у Новом Саду одржала је 2001. године Terri R. Day, професор Правног факултета Barry University (USA).

During the mid 1990s, a similar problem emerged in the former Yugoslavia as well. Under the regulations on the right to industrial property it is provided that a court during legal proceedings can upon the request of the person who has sustained damages, award compensation up to three times the amount of the damage sustained. The same sanction (which the proposers claim to be civil) shall soon, in all likelihood, be found in Copyright Law and other similar laws.

Punitive damages (exemplary damages) are utilized in the United States as well as other countries within the Anglo-American legal sphere, however, not without their share of uncertainty and criticism. During Roman times, the concept of multiple compensation (*duplum, quadruplum*) was applied on the territory of continental Europe. However, as early as the outset of the Roman Republic, with the *Lex Aquila de damno*, it was established that that compensation has to be proportionate to damages sustained. Contemporary European civil law rests on this principle.

The introduction of punitive damages is bringing law on compensation back to a pre-Aquilian notion that undermines the internal logic of legal systems in continental Europe.

On the other hand, there are credible reasons for considering the possibility of introducing punitive compensation into the system of criminal sanctions. In post-war Yugoslav law there existed a penalty for restoration of damages, while in contemporary American victimology there is growing support for the development of a similar institute entitled *restorative justice*.

Dr Dušan Nikolić, professeur associé
Faculté de droit de Novi Sad

LA PEINE DE DÉDOMMAGEMENT

Résumé

Les dernières décennies du XXème siècle témoignent d'une imprégnation et d'un rapprochement réciproque du droit anglo-américain et de celui de l'Europe continentale. Sous l'initiative d'organisations internationales des documents ont été constitués, dans lesquels on peut trouver divers regroupements d'instituts juridiques de ces deux systèmes juridiques. Des notions normatives anglo-américaines, en contradiction avec la tradition et les principes fondamentaux des systèmes juridiques européens, se sont infiltrées de cette façon dans le droit européen. Un problème semblable, au milieu de la neuvième décennie du XXème siècle, est apparu dans l'ex-Yougoslavie. Il est prévu, par les ordonnances sur le droit de la propriété industrielle, que le tribunal en instance peut établir une peine de dédommagement, à la demande de la victime, qui serait jusqu'à trois fois supérieure aux dommages réellement encourus. Cette même peine (ses proposants affirment qu'elle

tient du code civil) va trouver sa place, tout paraît l'indiquer, dans la Loi sur les droits d'auteurs.

La peine de dédommagement (*punitive damages, exemplary damages*) est une condamnation appliquée aux Etats-Unis et dans d'autres pays de l'espace juridique anglo-américain, mais avec beaucoup d'hésitations et de critiques. La notion de dédommagement multiple (*duplum, quadruplum*) a été aussi appliquée sur le territoire de l'Europe continentale, dans l'antiquité romaine. Pourtant dès les débuts de la République romaine la *Lex Aquilia damno* a été promulguée, établissant que le dédommagement devait être proportionnel aux dommages encourus. Ce principe est le fondement du droit civil européen actuel.

L'établissement de la peine de dédommagement renvoi le droit réparatoire à la notion anachronique, qui remet en question la logique intérieure du système juridique de l'Europe continentale.

Par ailleurs, il y a de solides arguments pour l'étude des possibilités d'introduction de la peine d'indemnité dans le système des sanctions criminelles. Dans le droit yougoslave d'après-guerre la peine de réparation des dommages existait, et un tel institut juridique se trouve avoir de plus en plus d'adeptes, dans la victimologie américaine contemporaine, il porterait le nom de *restorative justice*.

Др Марија Салма, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНОСНАЖНОСТ МЕРИТОРНИХ ОДЛУКА У ПАРНИЧНОМ И ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: Аутор разматра посебна обележја ванпарничног поступка и налази низ посебности као што су неспорност, официозност покретања или вођења поступка, једно или вишестранчки карактер, доминацију конститутивних одлука и сл. Једна од посебности је и неправ, односно непотпуна правноснажност мериторних одлука. Ванпарнични суд, како у домаћем тако и у упоредном праву може одлучивати и о неблагоприятном редовном правном леку, чиме се пробија пуна правноснажност, карактеристична за парнични поступак. Аутор се залаже за пуну правноснажност ванпарничних одлука уколико се ради о правној ствари са “пореклом” из парничног поступка. Тојест, ако је неки поступак из разлога целисходности премештен из парничног у ванпарнични поступак, зато што се ради о важним имовинским или статусним стварима те је потребна официозности. Дакле, ако у том спору ипак претеже спорност и контрадикторност. У другим случајевима, када се ради о неспорним стварима, је оправдана непотпуна правноснажност, јер може бити целисходна измена одлуке због промењених околности, као нпр., код диспензације, давања дозволе малолетнику за ступање у брак.

Кључне речи: посебна обележја ванпарничног поступка, правноснажност у парничном поступку, правноснажност у ванпарничном поступку; формална, материјална правноснажност, субјективне и објективне и временске границе правноснажности, неправ правноснажност у ванпарничном поступку.

I

Правноснажност се у парничном и ванпарничном поступку појављује традиционално на различите начине. Колоквијално би се могло рећи, да се у парничном поступку дејство правноснажности појављује у пуном виду, потпуно, а у ванпарничном поступку само у непуној мери. Додуше, за једну судску одлуку формално логички гледано може се рећи, да је она или стекла или није стекла правноснажност, а никако да је “делимично правноснажна”. Али, дејство правноснажности у ванпарничном поступку је заиста у неку руку половично, делимично, или бар под извесним условима ограничено.

Циљ је овог рада да се сагледају општа дејства правноснажности у парничном односно, посебна дејства правноснажности одлука у ванпарничном поступку. Анализом су обухваћене само мериторне одлуке у овим поступцима, тј. одлуке које одговарају на захтев тужиоца или предлагача, а не и немериторне одлуке, тј. решења којима се управља поступком.

II

Уобичајено се под правноснажношћу једне судске одлуке подразумева својство коначности (дефинитивности) и ненападљивости. Тачније, ненападљивости редовним правним лековима. Својство ненападљивости једне судске одлуке се назива и *формалном правноснажношћу*. Под *материјалном правноснажношћу* се подразумева дејство одлуке у другој парници, у смислу, да правноснажни јудикат донет у једном поступку везује суд у другом поступку уколико се у другом поступку појављује као претходно питање (прејудицијум). Други вид материјалне правноснажности представља немогућност поновног решавања правне ствари, спора, поводом кога је донета правноснажна пресуда. (*Ne bis in idem* – начело не двапут по једно те истој правној ствари).

Правноснажност значи *правну истину* – *res iudicata pro veritatae habetur*. Правноснажно утврђење значи правно-ауторитативну истину. Иако у парничном поступку није страно начело материјалне истине, ипак, у том поступку доминира правило о тзв. формалној истини, - због допуштања могућности делимичног или целовитог одрицања од захтева, због тога што суд изводи доказе само у границама предложених доказних средстава, ова нормативна истина не мора да буде апсолутна истина у филозофском смислу.

Како се долази до формалне правноснажности? - До формалне правноснажности се долази неуспешним истеком рока за редовни правни лек, одрицањем и одустанком од већ уложеног правног лека. У случају благовременог улагања редовног правног лека, тј. жалбе на пресуду, по одговарајућим одредбама ЗПП-а¹, одлаже се наступање правноснажности. У исто време, жалба против пресуде као деволутиван правни лек доводи до одлучивања од стране

¹ В. чл. 348 ЗПП-а.

вишестепеног суда (апелационог суда). Уколико другостепени, жалбени суд у потпуности потврди првостепену пресуду она такође постаје правноснажна. Али, другостепени суд може да одлучи, ако нађе да су жалбени разлози (пре свега битна повреда одредаба поступка или неправилно и непотпуно утврђено чињенично стање) оправдани, да укине првостепену пресуду и да предмет врати на поновно суђење првостепеном суду.² До одлагања наступања правноснажности пресуде ће доћи све дотле, док другостепени суд не потврди одлуку (пресуду) првостепеног суда. Правноснажна пресуда се може нападати само ванредним правним лековима.

Својство правноснажности постиже само диспозитив пресуде а не и образложење (*објективна граница правноснажности*).

Ипак, ауторитативна правна истина изречена у диспозитиву пресуде, делује само у контексту оних чињеница које су расправљене до доношења одлуке. (*Временска граница правноснажности*). Нпр., у парници ради накнаде штете у којој је правноснажно утврђена накнада у виду сукцесивне ренте, може се рента изменити у новој парници због доцнијих промена прилика, околности, које нису могле бити утврђене у време доношења пресуде. Ова је могућност предвиђена материјалним законом, одредбама ЗОО. Наизглед је овде реч о “пробоју правноснажности”, али у суштини о томе нема речи, јер нове околности, нпр. побољшање здравља или повећање зараде оштећеног, је доцнија околност, која у претходном поступку није могла бити обухваћена.

Дејство правноснажности у парничном поступку везује како суд који је донео пресуду, тако и друге судове или органе (у смислу прејудицијума, поводом претходног питања), тако и саме странке. (*Субјективне границе дејства правноснажности*). Правноснажна пресуда делује између странака – *inter partes*. (Нпр. ако је правноснажном пресудом констатован развод брака, са становишта права странака и односа према трећима, лица која су обухваћена пресудом, сматрају се да нису у брачном односу). Персонално дејство правноснажности обухвата само одговарајући материјалноправни однос између тужиоца и туженог. Правноснажна пресуда парничног суда, у принципу, нема директног дејства према трећим лицима. То нарочито вреди ако пресуда гласи на осуду на чинидбу. (Нпр. пресуда која обавезује туженика, штетника на накнаду штете тужиоцу, односно оштећеном). Међутим, правноснажна пресуда може имати и тзв. *проширено дејство*, тј. дејство преко односа странака, према трећим лицима. Такво дејство имају конститутивне пресуде у области статусних спорова, одн. брачних и патернитеских спорова. Нпр. једном утврђено очинство је правно родитељски однос између оца и детета, али та одлука везује и сва трећа лица, у смислу, да је правно из очинског односа свако други искључен. Непосредан утицај правноснажности на трећа лица (*проширено дејство*) има и одлука парничног суда о преносивим правима на *универзалне сукцесоре*. Правноснажна одлука парничног суда у таквом случају делује и на наследнике и ако они нису учествовали као странке, већ само њихови правни претходници. Ако поверилац цедира у току парнице на треће лице своје потраживање, а задржи својство тужиоца,

² В. чл. 270. ЗПП-а.

правноснажна пресуда ће деловати и у корист тог трећег лица (*сингуларна сукцесија*).³

III

Одредбе ЗПП-а уопште, па самим тим и о правноснажности сходно се примењују и у ванпарничном поступку⁴, ако у Закону о ванпарничном поступку није другачије одређено. Управо за ванпарнични поступак, важећи Закон о ванпарничном поступку у погледу правноснажности предвиђа посебности.

Прва је посебност, што упркос правноснажном решењу ванпарничног суда у истој правној ствари може учесник поставити захтев за одлучивање у парници или у поступку пред управним органом. Наравно само, ако му је то право признато Законом о ванпарничном поступку или неким другим законом. Тако нпр. у погледу уређења управљања и коришћења заједничке ствари према одговарајућим одредбама важећег ЗВП-а⁵ правноснажност решења не спречава учесника да у парници или у поступку пред управним органом остварује захтеве у односу на ствар о чијем управљању односно коришћењу је решењем већ одлучено. Таквих могућности има и у неким оставинским стварима, сагласно одредбама Закона о наслеђу.⁶ Друга посебност правноснажности ванпарничног поступка можемо означити коловизијално, као непуну, непотпуну или несавршену правноснажност. Она се састоји у томе, што другостепени суд може изменити одлуку првостепеног ванпарничног суда и поводом неблагоприятне жалбе против решења. Наиме, према одредбама⁶ важећег ЗВП (1) “ако *првостепени суд* не преиначи, односно не укине своје решење, жалбу заједно са списима, доставиће другостепеном суду на решавање, *без обзира да ли је жалба поднесена у законом одређеном року*. (2) *Другостепени суд* може из *важних разлога* одлучити и о *неблаговремено поднесеној жалби*, ако се тиме не вређају права других лица која се заснивају на том решењу.” Из овога се изводи закључак да првостепени суд не може сам да расправи неблагоприятну жалбу већ је дужан да је достави другостепеном суду. У исто време, другостепени суд може уз два услова да изврши “пробој правноснажности”. За то је неопходно да до тога мора доћи а) из важних разлога, б) и да се изменом одлуке не вређају (стечена) права трећих лица.

Посебност предвиђена у важећем ЗВП није својство само позитивног права, већ и домаћег историјског права (ЗВП из 1934.г.).⁷ као и савременог упоредног права. Наиме у овом закону у параграфу 18. предвиђено је да одлукама у ванпарничном поступку које се више не могу правним леком побијати, припада правна снага према учесницима, уколико им није посебним законским прописима

³ Упор. Проф. Др. Симиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 1980, стр. 520-522.

⁴ В. ст. 2 чл. 30. *Закона о ванпарничном поступку*, Сл. Гл. СРС бр. 25/1982.

⁵ В. чл. 146. важећег ЗВП-а РС.

⁶ В. ст. 2. и 3. чл. 21. важећег ЗВП-а РС.

⁷ В. *ванпарнични поступак*, изд. Геце Кона, Београд, 1934, стр. 94.

ипак задржан пут парнице. У параграфу 12. тач. 3., “суд првог степена може поводом рекурса преиначити или опозвати побијену своју одлуку, ако се тиме не вређају права других лица која су заснована на тој одлуци.” У тач. 4. истог параграфа је одређено, да ако суд првог степена нађе да не може преиначити или опозвати своју одлуку послаће рекурс заједно са списима суду другог степена на решавање”. У тач. 1 параграфа 13. пак је речено да се “рекурс подноси суду првог степена у року од 15 дана од дана када је достављена одлука, која се побија. Но првостепени суд мора и неблаговремени рекурс, ако га сам не уважи поднети суду другог степена.” Из текста Закона из 1934 се може извести разлика у односу на важећи текст ЗВП, да је изричито омогућено првостепеном суду да сам измени, тј. укине или преиначи своју одлуку, и поводом неблаговременог редовног правог лека (тада рекурса).

Може се рећи, да савремено упоредно право потврђује пре солуцију Закона из 1982. године. Наиме, примера ради, важећи, више пута измењени аустријски Закон о ванпарничном поступку из 1854. г.⁸ у ст. 2. параграфа 9. одређује да поводом рекурса првостепени суд може преиначити своју одлуку, ако се тиме не вређају права трећих лица. У ст. 2. параграфа 11. истог Закона је одређено да на основу слободне оцене суд може и поводом неблаговременог правног лека да узме у обзир жалбу (преко 14 дана од дана достављања првостепене одлуке), уколико се тиме не вређају права трећих лица. Али, о неблаговременој жалби против решења суда донетог у ванпарничном поступку, према аустријском ЗВП, мора решавати вишестепени суд.⁹

Трећа посебност за правноснажност ванпарничних одлука је у томе да суд може одлучити да правне последице решења настају пре правноснажности, ако је то потребно ради заштите малолетника или других лица под посебном заштитом.¹⁰

IV

У упоредном праву, о проблему правноснажности судских ванпарничних одлука, налазимо и данас актуелне ставове у књизи са објављеним рефератима поднетих на међународном научном саветовању одржаном у Милану 1969. године. Предмет овог саветовања посвећеног ванпарничном поступку чинили су, између осталог, разлози због којих су одлуке и мере ванпарничних судова у законодавству већине земаља са непуном правноснажношћу. Заправо, испитивали су се мотиви законодаваца у погледу тога - зашто из важних разлога и уз услов да се не вређају права трећих лица - може сам првостепени суд да измени своју одлуку, или чак да он сам или другостепени суд уважи, односно узме у разматрање чак и

⁸ RGBI Nr. 208 9. 8. 1854, са нама доступним последњим изменама из 1989.г., BGBl 343/1989.

⁹ V. *Zivilverfahren*, Stand. 1.9.1990, Redaktion: Dr. Walter List, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990 – Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen vom 9. 8. 1854, RGBI 208, стр. 38-39.

¹⁰ В. ст. 2.чл. 25 важећег ЗВП РС.

неблаговремену жалбу.¹¹ Неки су аутори заступали становиште да је непуна правноснажност оправдана. По њима треба - у интересу странке, о чијем важном статусном или имовинском праву суд одлучује, - пружити прилику да се уваже важне промењене прилике, које су настале после доношења одлуке и које ће странка и било које време после достављања одлуке презентовати суду. У ванпарничном поступку се одлучује често о важним правним стварима, посебно везаним за лични правни статус, као и о извесним имовинским односима. Од донете одлуке, односно после истека рока за жалбу могу да наступе околности које ће уверити првостепени или другостепени суд, да је целсиходно променити одлуку, упркос пробоју правноснажности. Све под условом да се не вређају права трећих. Други су пак сматрали, да је веома проблематично примењивање целсиходности и слободне оцене суда, и да је готово извесно да се таквим поступком ипак, и поред највеће пажње могу повредити стечена права трећих лица. Због тога су предлагали пуну правноснажност и деволутивност у ванпарничним стварима. Реплика аутора који прихватају непотпуну правноснажност се састоји у томе, да се може допустити измена првостепене одлуке и поводом неблагоприятне жалбе из разлога што таква одлука, ако је законом прописана могућност, може бити посебно побијана у парници. Кроз то се може постићи уједно и контрадикторна контрола тога, да ли је изменом одлуке поводом неблагоприятног редовног правног лека повређено право трећих, истина само поводом интервенције учесника поступка, али уз примену официозног начела.

Са становишта важећег права, можемо рећи, да нема сумње, да непотпуну правноснажност ванпарничних одлука може (привремено) да угрози права трећих лица. Наравно важни разлози могу бити на страни измене одлуке у корист заинтересоване странке и поводом неблагоприятне одлуке ванпарничног суда, али је велико питање, у којој се мери може сагледати да ли ће таква одлука штетити правима и интересима трећих савесних лица. Слободна оцена суда која мора да одустане од измене, ако се вређају права трећих, као овлашћење више је карактеристична за управни поступак, но за судски. Реликт слободне оцене у ванпарничном поступку, која доводи и до пробоја правноснажности је нема сумње остао из времена (сталешко, репрезентативно законодавство) када је највећи број савремених ванпарничних поступака још расправљан у управном поступку. Тек их

¹¹ В. нпр. Baur Dr. Fritz, *Die Wirksamkeit der Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nach deutschem Recht)*, Atti del 3. Congresso Internazionale dei provvedimenti di giurisdizione volontaria, relationi (у даљем тексту: Atti), Milano, Giuffrè editore, 1969, str. 292-305; Kralik dr. Winfried, *Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich*, Atti, op. cit., str. 306-325; Jodlowsky Jerzy, *L'efficacité des décisions dans la procédure gracieuse*, Atti, op. cit., str. 326-343, Giorgios dr. Rammos, *Die Wirksamkeit der besonderen Verfahrensarte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem geltenden griechischen Recht*, Atti, str. 623; Reepingen dr Charles i Krings dr. Ernest, *La jurisdiction gracieuse en droit belge*, Atti del 3. Congresso, str. 233-263; Triva dr. Siniša, *De l'effet des décisions de la juridiction gracieuse dans le droit yougoslave*, Atti del 3. Congresso, op. cit., str. 351-361, и др. В. и: Камхи др. Самуел, *Проблем употребе правних лијекова у ванпарничном поступцима*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1962; Лазаревић др. Адам, Василев др. Н. Миле и Горгиевски Стеван, *Ванпарнична поступка*, Скопје, Универзитет во Скопје, 1965, стр. 271.

је грађанско законодавство, због пружања већих гаранција и лишености дискреционе оцене управе сврстао у судски (ванпарнични) поступак.

У упоредној литератури се истиче, да упркос “управаноправном пореклу” ванпарничне процедуре, ипак треба заузети став, да је ванпарнични поступак доминантно, по обележјима, судски поступак. Одступања од парничног, посебно у области правноснажности, у смислу непуне правноснажности имају разлоге *pro et contra* (за и против). Та одступања су негде оправдана због засебне природе ванпарничних ствари, пошто судови у ванпарничним стварима не одлучују о споровима у класичном смислу, нити врше заштиту права на начин како то чини парнични суд, него пре утврђују законом прописане претпоставке или испуњење предвиђене формалности.¹²

По анализи проф. др Б. Познића, спор се у литератури води око тога, да ли су и када су одлуке ванпарничних судова способне да постигну правну снагу. По једном гледишту (Rintelen), за правну снагу способно је само оно решење из кога за неко друго лице проистиче неко право. По другом гледишту треба разликовати ситуацију с једне стране код конститутивних и чисто декларативних одлука с једне стране и кондемпнаторних одлука с друге стране. Прве не могу да буду материјално правноснажне јер се на основу њих не стиче неко ново право, а то је услов да одлука ванпарничног правосуђа стекне дејство. Што се тиче кондемпнаторних првостепених одлука, за њихову правноснажност није довољно да протекне рок за жалбу. Потребно је да буде испуњен још један услов – њихово добровољно или принудно извршење (Зуглиа ВП, стр. 43). По навођењу Познића, треће мишљење полази од принципа, да су све одлуке у ванпарничном поступку способне како за формалну, тако и за материјалну правноснажност. По овом гледишту, два поменута правила могу се једно поред другог разумети тако да протеком жалбеног рока одлука постаје правноснажна, а неблаговремена жалба добија природу ванредног правног лека, о коме суд одлучује у јавном интересу, без повреде права других лица (Горшић, ВП, стр. 265). Треће гледиште је, по мишљењу Познића, најближе изложеним правилима позитивног права.¹³ У иностраној литератури¹⁴ сматра се да би било целисходно да се уведе пуна правноснажност у оним ванпарничним стварима које су пореклом из парничног поступка, али су из неког разлога целисходности премештене у ванпарнични поступак. То су дакле правне ствари којима ипак доминира спорност а не неспорност. Дакле правне ствари које би се, по њиховој природи пре имале расправити по раправном а не по официозном начелу. То су оне правне ствари чијим предметом странке могу слободно располагати.

У сваком случају, правноснажност једне одлуке ванпарничног суда не смета, да се одлука измени поводом нових, измењених чињеница које се нису могле имати

¹² В. у том смислу Georgios Rammos, *Die Wirksamkeit*, Atti del 3. Congresso, op. cit., стр. 364-365. В. i. Salma, J., *Делотворност, правноснажност и извршност одлука донетих у ванпарничном поступку*, Нови Сад-Београд (сем. рад на последипломским студијама грађанскоправног смера на Правном факултету у Београду), 1972, бел. бр. 25.

¹³ Проф. Др. Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд, 1991, стр. 414.

¹⁴ Нпр., Fritz Baur, стр. 262 i Jodlowsky, стр. 32, у радовима наведеним у дел. 11 овог рада.

у виду приликом доношења ванпарничне одлуке. Наводи се пример одлуке о диспенсијацији¹⁵, која је због незрелости малолетника за брак у поступку давања дозволе за ступање у брак, након што је предлагач постао пунолетан, због измена чињеница, буде промењена, тј. по пунолетности се укине одбијање дозволе. Или ако малолетник још није постигао пунолетство, ради се о зрелом лицу, али је разлог одбијања диспенсијације био у његовим неповољним социјалним приликама, а тај разлог је доцније отпао, пошто се малолетник запослио.

*Marija Salma, Ph.D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad*

FINALITY OF DECISIONS ON MERITS IN CONTENTIOUS AND NON-CONTENTIOUS JUDICIAL PROCEDURES

Abstract

The author discusses specific features of non-contentious judicial procedures singling out few of them, such as non-controversial issue, initiation of such a procedure *ex officio*, possibility to have one or more participants in the procedure, prevalence of constitutive judgments, etc. One of specific features is incomplete finality of decisions on merits. Comparative law overview as well as national legal framework shows that a court can decide upon delayed legal remedies which goes against the full finality of a decision. The author argues for full finality of judgments in non-contentious procedures if the original issue comes from the contentious procedure. That is, when the case is transferred from contentious to non-contentious procedure for reasons of suitability, regarding important property or status matters which requires *ex officio* treatment, that is to say when there are elements of controversy and adverse proceeding. In other cases, when there is no controversy, incomplete finality of decisions on merits can be justified, as it can be reasonable to amend a decision due to change of circumstances, such as dispensation, approval to juvenile to get married,

¹⁵ В. Познић др. Боривоје, *Грађанско процесно право*, 12. изд. , СА, Београд, 1991., стр. 414-415.

Dr Marija Salma, maître de conférence
Faculté de droit de Novi Sad

VALIDITÉ DES DÉCISIONS MERITOIRES DANS LA PROCÉDURE AVEC OU SANS CONDUITE DE PROCÈS

Résumé

L'auteur considère ici les caractéristiques de la procédure sans conduite de procès, il rencontre de nombreuses spécificités comme l'incontestabilité, la dispositivité de la mise en procédure ou de la conduite de la procédure, l'implication d'une seule partie ou son caractère pluripartial, la domination de décisions constitutives etc... Une des particularités consiste au fait qu'il n'y a pas de véritable ou complète irrévocabilité des décisions méritoires. Ce tribunal sans conduite de procès, dans notre jurisprudence comme dans celle du droit comparé, est compétent en matière de retard dans le recours judiciaire, et de ce fait dépasse la pleine validité, qui caractérise la procédure sans procès. L'auteur est partisan d'une pleine validité des décisions à procédure conduite sans procès quand il s'agit d'une chose jugée " d'origine " de procédure à procès. C'est à dire qu'une matière peut être renvoyée, pour plus d'efficacité, d'une procédure à procès vers une procédure à conduite sans procès, parce qu'il s'agit d'importantes choses de propriété ou de status, et donc cela requiert de la dispositivité. Donc dans ce litige le contradictoire et le réfutable ne manqueraient pas. Dans d'autres cas, quand il s'agit de choses évidentes, une irrévocabilité incomplète est justifiée, car un changement de décision peut-être d'occurrence causé par un changement de circonstances, par exemple en cas de dispense, pour permettre à un mineur de se marier.

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЗАШТИТА ИМОВИНЕ КАО ЉУДСКО ПРАВО – ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ УЗ ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак: Рад се бави правом на имовину као основним људским правом који се штити одредбом члана 1 Протокола 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Будући широко постављена одредба, која за последицу има да је заштита самог права слаба уз многобројне изузетке, њена интерпретација је остављена Европском суду за људска права чија пракса има примаран значај у разумевању овог људског права. Посебан осврт је посвећен денационализацији имовине у бившим социјалистичким државама.

Кључне речи: Европски суд за људска права, члан 1 Протокола бр. 1, право на имовину, заштита имовине, денационализација

Државна заједница Србија и Црна Гора постала је члан Савета Европе 3. априла 2003. године потписавши Статут Савета Европе¹. Овим су испуњени услови за приступање и ратификацију Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода² и пратећих протокола³. За заштиту имовине као људског права

¹ Службени лист Србије и Црне Горе, Међународни уговори бр. 2/2003, стр. 3 од 31. марта 2003.

² У раду користим превод који је објављен у књизи Инструменти Савета Европе – Људска права, уредник Весна Петровић, Београдски центар за људска права, Београд 2000, стр. 9.

³ Конвенција о људским правима и основним слободама донета је 4. новембра 1950. године, а уз ову Конвенцију је усвојено касније и 11 протокола. Данас је на снази текст Конвенције измењен у складу са одредбама Протокола бр. 3 (ЕТС бр. 45) који је ступио на снагу 21.09.1970, Протокола бр. 5 (ЕТС бр. 55) који је ступио на снагу 20. 12. 1971, Протокола бр. 8 (ЕТС бр. 118) који је ступио на снагу 1. 01. 1990. Текст Конвенције садржи и текст Протокола бр. 2 (ЕТС бр. 44), који је у складу са ставом 3 члана 5 овог Протокола постао саставни део Конвенције после ступања на снагу, 21. 09. 1970. године. Све одредбе које су биле мењане или допуњаване путем тих протокола измењене су Протоколом бр. 11 (ЕТС бр. 155) који је ступио на снагу 1. 11. 1998. године. Са дејством од истог дана је укинут Протокол

од пресудног је значаја Протокол бр. 1 који је потписан 20. марта 1952. године у Паризу. Имајући у виду актуелност денационализације у овој држави, у раду ће бити изложене основне напомене уз праксу Европског суда за људска права у примени и тумачењу члана 1 Протокола бр. 1 (у даљем тексту: П1-1), с посебним освртом на случајеве који се тичу захтева појединаца из бивших социјалистичких земаља против њихових држава а поводом (масовног) одузимања имовине путем национализације, експропријације и конфискације нарочито у периоду после другог светског рата.

I ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА ВЕЗАНА ЗА ЧЛАН 1 ПРОТОКОЛА БР. 1

1. Право на имовину: право на поседовање имовине или право на заштиту имовине као људско право

Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, као и Протокол бр. 1 настали су после усвајања Универзалне декларације о људским правима Уједињених нација из 1948. године која је послужила и као инспирација њиховим творцима. Ипак, одредбе које се односе на људска права поводом имовине разликују се у формулацији и потврђују дилему да ли је људско право "право на поседовање имовине" или "право на заштиту имовине".

Универзална декларација о људским правима УН у члану 17 прописује:

"1. Свако има право да поседује имовину, сам и у заједници са другима;

2. Нико не сме бити самовољно лишен своје имовине."

За разлику од ових одредби, Протокол бр. 1 у члану 1 регулише право на имовину на следећи начин:

"Члан 1 – Заштита имовине

Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

*Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни."*⁴

бр. 9, који је био на снази од 1. 10. 1994. године. Уз Конвенцију о људским правима и основним слободама на снази су: Протокол бр. 1 од 20. марта 1952., Протокол бр. 4. о осигурању одређених права и слобода уз она укључена у Конвенцију и Први протокол од 16. септембра 1963., Протокол 6. о укидању смртне казне од 28. априла 1983., Протокол бр. 7 од 22. новембра 1984.

⁴"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

Према данашњем стању друштвеног развоја, али и развоја теорије и праксе људских права не сматра се реалним концепт права на поседовање, или права на прибављање, стицање имовине. Овакав концепт могу прихватити само богата друштва у форми гарантовања одређеног минималног прихода сваком лицу који би обезбедио и минимум личне имовине.⁵ Насупрот овоме стоји концепт права на заштиту имовине, права на неометано уживање, коришћење имовине која је већ стечена, односно прибављена. Држава при том нема обавезу да делује, већ да се уздржи од мешања и ометања, што је у складу са тенденцијом да се као људска права сматрају она права која државу обавезују да се уздржи од делања.⁶

Из ових кратких навода произлази да европски систем заштите људских права под правом на имовину⁷ подразумева право на заштиту постојеће имовине од ометања државе.

2. Домашај члана 1 Протокола бр. 1 (П1 – 1)

Текст члана 1 Протокола бр. 1 обухвата три правила која су међусобно повезана (случај *Sporrong, Lönnroth v. Sweden*, пресуда од 23. септембра 1982.):

1. *начело (право) неометаног уживања своје имовине* које има општу важност и у складу са њим треба тумачити *ограничења* неометаног уживања имовине која су предвиђена у даљем тексту;
2. *правило лишавања неког имовине* је у начелу искључено, осим у одређеним случајевима, који су утемељени законом; лишавање је *законито* уколико су испуњени следећи услови: а) ако се мера лишавања неког имовине предузима у *јавном интересу*; б) ако се мера спроводи под *законом прописаним условима* и ц) ако се мера спроводи у складу са *општим начелима међународног права*; пракса суда је додала још један услов, и то да лишење или ограничавање коришћења из правила које следи треба да удовољи и захтеву *пропорционалности*.
3. *регулисање коришћења имовине* у складу са општим интересима, које врши држава или да би (држава) обезбедила наплату пореза, других дажбина или казни.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

⁵ Видети у овом смислу Н.Г. Schermers, *The International Protection of the Right of Property*, у *”Protecting Human Rights: The European Perspective”*, eds. P. Mahoney, F. Matscher, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, 565 – 580.

⁶ *Ibidem*.

⁷ У члану 1 Протокола бр. 1 употребљен је израз ”добра” (енглески *”possessions”*, француски *”biens”*). Европски Суд је у случају *Marckx v. Belgium* од 13. 06. 1979. године, A/31, утврдио да Протокол ”признајући сваком да ужива у својим добрима, чланом 1 гарантује право на имовину” (*right of property*).

Интерпретација члана 1 Протокола бр. 1 остављена је пракси Европског суда за људска права. С обзиром на то да је суштина одредбе у гарантовању, тј. у заштити права мирног уживања своје имовине најпре је било потребно одредити шта значи "имовина" да би се знало шта је предмет заштите. Исто тако је требало одредити и то шта се подразумева под "мирним уживањем". Овај појам је делимично одређен самим текстом одредбе члана 1, тачније другом реченицом става 1 и ставом 2. Пошто друга реченица става 1 предвиђа да се нико не сме лишити своје имовине, произлази да је лишавање неког имовине повреда права њеног мирног уживања, осим ако је лишење извршено у јавном интересу, под условима утврђеним законом и у складу са општим начелима међународног права. Свако друго лишење неког своје имовине представља повреду права мирног уживања исте.

С друге стране из става 2 члана 1 произлази да право мирног уживања своје имовине неће бити повређено уколико је коришћење исте ограничено законом у општем интересу или ради обезбеђења плаћања пореза, других доприноса или казни. Свако друго ограничење које није у складу са овим критеријумима представља повреду права мирног уживања имовине.

3. Шта Европски Суд за људска права подразумева под "имовином"?

Шта се подразумева под "имовином" чије мирно уживање П1-1 штити, чије одузимање забрањује (осим у јавном интересу и у складу са законом прописаним условима): то су свакако оне категорије које су уобичајене и познате – сва стварна права, својина на покретним и непокретним стварима, друга апсолутна права као што су ауторско право и право индустријске својине, приходи остварени радом и уштеђевина, наследство, акције, приходи од капитала, али и потраживања и дугови утврђени пресудом, клијентела рачуновође (пошто је приватно право и представља активу, чини имовину), право на закупнину на основу уговора о закупу, пензионско осигурање (без обзира да ли је обавезно или добровољно) које после извесног времена за осигураника ствара права која су слична власничким правима без обзира на то да је старосна пензија *очекивана имовина*.

Протокол бр. 1 штити *постојећу* имовину, тј. њено мирно уживање а не право на стицање будуће имовине, очекивану имовину (будуће наслеђе). У случају *Marckx v. Belgium* утврђено је да право на будуће наслеђе које је ускраћено ванбрачној кћери будућег оставиоца због законске дискриминације ванбрачне деце не представља имовину, па тако не ни ужива заштиту. У случају *Inze v. Austria*⁸ Суд је установио повреду П1-1 на основу тога што је ванбрачном сину, који је стекао наслеђе у тренутку смрти своје мајке дискриминаторским законом онемогућено да

⁸ Одлука Суда од 28. 10.1987, бр. Поднеска 8695/79. (Ванбрачни син је у тренутку смрти мајке стекао наслеђе, али је дискриминаторски закон онемогућио да наслеђену земљу добије у посед због тога што је, ради спречавања уситњавања земљишнихседа било предвиђено да ће само један од наследника добити имовину у посед, а остале је тај обавезан да намири у новцу. Дискриминаторни карактер аустријског прописа је био у томе што је било одређено да ће код одлучивања о томе ко ће добити земљу, син уживати предност над кћерком, а брачни син над ванбрачним).

наслеђену земљу преузме у посед. У случају *Azinas v. Cyprus*⁹ суд је утврдио повреду права на имовину у чињеници да су подносиоцу представке ускраћене пензионе повластице и одузето право на пензију¹⁰ као последица његовог отпуштања из државне службе због крађе, изигравања поверења и злоупотребе овлашћења.

4. Шта се подразумева под "лишењем" неког своје имовине?

Под лишењем неког своје имовине подразумева се губитак поседовања (државине) ствари која чини имовину и има за последицу губитак атрибута својине (*usus, fructus, abusus*) и прелаз својине на другог. Лишење обухвата национализацију, конфискацију и експропријацију. Регулисање коришћења имовине нема за последицу прелаз својине: у овим случајевима је имовина, својина сачувана али је њено коришћење ограничено.

5. Шта је "јавни интерес"?

Поводом случаја *James v. UK*¹¹ поставило се питање да ли лишавање неког своје имовине од које ће имати користи појединци (физичка лица) може да се тумачи као лишавање у "јавном интересу"¹². Подносиоци представке су тврдили да је тесту "јавног интереса" у правилу о лишавању удовољено само када се имовина одузима у јавном интересу који служи на корист заједнице уопште, а да пренос имовине са једног лица на друго лице и на корист искључиво тог другог ни у ком случају не удовољава тесту "јавног интереса". Комисија је, напротив, сматрала да принудан пренос имовине са једног лица на друго може, начелно, да буде у *јавном интересу*, уколико се спроводи ради легитимних циљева социјалне политике, тј. ако представља легитимно средство унапређења јавног интереса.¹³

⁹ *Azinas v. Cyprus*, пресуда од 20. 06. 2002., број представке 56679/00.

¹⁰ Одредба коју је подносилац представке напао је следећа: "Dismissal entails the loss of all retirement benefits. It is understood that a pension is paid to the wife or dependent children, if any, of a public servant who was dismissed as though he had died on the date of his dismissal and which will be calculated on the basis of his actual years of service."

¹¹ *James v. UK*, пресуда од 21.02. 1986.

¹² Овде је било речи о томе да су дугорочни закупци станова и кућа у одређеном делу Лондона добили овлашћење на основу закона да откупе уделе од власника под повољним условима, тј. по цени која је била нижа од тржишне.

¹³ Видети тачку 41 пресуде: "41. Neither can it be read into the English expression "in the public interest" that the transferred property should be put into use for the general public or that the community generally, or even a substantial proportion of it, should directly benefit from the taking. The taking of property in pursuance of a policy calculated to enhance social justice within the community can properly be described as being "in the public interest". In particular, the fairness of a system of law governing the contractual or property rights of private parties is a matter of public concern and therefore legislative measures intended to bring about such fairness are capable of being "in the public interest", even if they involve the compulsory transfer of property from one individual to another." Видети, такође, тачку 45.

Суд је у овом случају (*James v. UK*) потврдио да се законитост лишавања неког своје имовине цени не само по томе да се спроводи "у јавном интересу" ради постизања законитог циља, већ и по томе да мере које се предузимају ради постизања тог одређеног циља морају да буду *сразмерне* циљу који се жели постићи (начело пропорционалности између предузетих мера и постигнутог циља). Исти овај захтев је изражен и у случају *Sporrong and Lönnroth* појмом "fair balance" (правична равнотежа) која мора да постоји између захтева које поставља општи интерес заједнице и услова заштите фундаменталних права појединаца: таква равнотежа неће постојати ако лице треба да носи "индивидуални и прекомерни терет". Суд је такође нагласио да проналажење те равнотеже произлази из структуре члана 1 (П1-1).

6. Питање обештећења

Поводом друге реченице става 1 члана 1 Протокола 1 "Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права" поставља се питање *обештећења* пошто оно не произлази из самог текста, тј. оно *није укључено у текст одредбе*. Суд, међутим, сматра да је плаћање обештећења, начелно, неопходан услов код лишавања неког своје имовине и требало би га испунити у складу са правом државе чланице. Штавише, Суд сматра да би заштита имовине на основу члана 1 Протокола 1 била без начела обештећења у великој мери илузорна и без дејства. Обештећење је, такође, суштинско за процену да ли је испоштован принцип правичне равнотеже (fair balance) између различитих интереса, тј. да ли се превалјује превелики терет на оне о чијој је имовини реч.

Одузимање имовине без плаћања износа који би био сразмеран њеној вредности уобичајено би се сматрало несразмерним задирањем у имовину које се не би могло оправдати по одредбама члана 1 Протокола 1. Иста одредба, међутим, *не гарантује право на потпуно обештећење* у свим околностима. Као примери се наводе мере економске реформе, мере које имају за циљ постизање већег степена социјалне правде, када надокнада може да буде мања од пуне тржишне вредности.

7. Шта подразумевају "општа начела међународног права", "услови предвиђени законом" ?

а) Шта значе "општа начела међународног права"

У контексту друге реченице става 1 члана 1 Протокола позивање на "општа начела међународног права" подразумева правило међународног права према коме *страним држављанима* у случају експропријације њихове имовине припада одговарајуће и ефективно обештећење. Подносиоци представке су у случају *James v. UK* истицали да се ово начело међународног права односи и на *домаће држављане*.

Суд је заузео став да се ово опште начело међународног права *не* примењује када држава одузима имовину од сопствених држављана. Према аргументу Суда, принцип у питању се са аспекта међународног права примењује само на *стране држављане*, и развијен је ради заштите страних држављана, стога *се не односи на третман* сопствених држављана.¹⁴ У прилог оваквог става Суд је, између осталог, навео да таква интерпретација служи два циља: најпре, омогућава не-држављанима (страним држављанима) да се директно користе механизмом Конвенције да би остварили своје право на основу одговарајућих начела међународног права, пошто би у противном морали да траже дипломатске канале или друга средства решавања спорова у истом циљу. С друге стране, та одредба обезбеђује да је положај не-држављана заштићен и да ступање на снагу Протокола 1¹⁵ не доводи до сужавања њихових права. Суд се позвао и на *travaux préparatoires* у тумачењу ове одредбе из чега се видело да је право на обештећење било укључено у разне верзије нацрта П1-1, али је оно изостављено због противљења Уједињеног Краљевства и још неких држава. Навођење општих начела међународног права је укључено у текст после тога и у вези са овим су уследиле изјаве у којима је потврђено да се начела примењују само на не-држављане¹⁶: на захтев немачке и белгијске делегације постигнут је споразум да "општа начела међународног права, у овом контексту подразумева обавезу плаћања обештећења не-држављанима у случајевима експропријације". Комитет министара је овај став такође потврдио у резолуцији приликом одобравања текста Протокола 1 и његовог отварања за потписивање у марту 1952. године¹⁷.

б) Шта значе "услови прописани законом"?

У случајевима *James v. UK* и *Lithgow v. UK*, Суд је изрекао да "услови прописани законом" не значе само просто упућивање на национално право државе чланице, него да се мора сагледати и *квалитет* закона (прописа) с обзиром на стандарде и појам правне државе. Такође је речено да одузимање имовине у складу са условима који су прописани законом претпоставља да су одговарајући прописи државе *доступни јавности* и да су по садржини довољно *прецизни*.

У контексту лишавања неког своје имовине само под "условима прописаним законом" сматра се да ти услови обухватају обавезу плаћања обештећења сопственику од стране државе, иако ова обавеза државе није изричито наведена у тексту члана 1 Протокола 1. Тојест, ако је законом прописано да је држава дужна да плати обештећење, ова ће обавеза постојати, а ако ово није прописано законом, држава ће одлучити да ли ономе од кога је одузета имовина припада обештећење или ~~ни~~пак, до сада се искристалисао став Суда да у случају одузимања имовине из јавног интереса *постоји обавеза обештећења*¹⁸. Обештећење треба да је у *разумном*

¹⁴ Видети тачке 58-64 Одлуке.

¹⁵ Протокол 1 је ступио на снагу 18. маја 1954. године.

¹⁶ Видети тачку 64.

¹⁷ Резолуција бр 52 од 19. марта 1952. године.

¹⁸ Видети случај *James v. UK*.

износу, што значи да из Конвенције не произлази *обавеза потпуног обештећења*, али оно није ни искључено. Суд је овлашћен да *процењује* да ли је утврђени износ обештећења разуман. Главно правило јесте да оно треба да буде *сразмерно* вредности одузете имовине. У образложењима случајева James v. UK и Lithgow v. UK изречено је да *"члан 1 не обезбеђује право на пуно обештећење у свим околностима, пошто у појединим случајевима законити циљеви који отеловљују јавни интерес – као што је спровођење економске реформе или обезбеђење вишег степена социјалне правде – могу за резултат имати и плаћање обештећења које је ниже од тржишне вредности"*.

Штавише, у једном случају – Pressos Compania Naviera v. Belgium¹⁹ - Суд је дошао до закључка да одузимање имовине у складу са условима прописаним законом, а које је спроведено без плаћања икаквог обештећења не представља повреду члана 1 Протокола 1.

8. Шта значи "ограничење коришћења имовине у складу са општим интересима на основу закона"?

Регулисање коришћења имовине нема за последицу прелаз својине: у овим случајевима је имовина, својина сачувана али је њено коришћење ограничено.

Проблем у овом контексту представља чињеница да мере ограничења коришћења имовине у складу са општим интересима на основу закона *нису недозвољене* (забрањене), али свакако *утичу на право на мирно уживање имовине*. Ту се у првом реду мисли на привремене забране које се доносе у складу са урбанистичким и просторним плановима.

У случају *Sporrong i Lönnroth v. Sweden*²⁰ Суд је проширио забрану одузимања имовине из става 1 члана 1 Протокола 1 и на *незаконито ограничење коришћења имовине*. Суштина овог случаја односи се на забрану власницима земљишта у центру Стокхолма да на својој имовини врше градњу, као и на забрану продаје истог земљишта све док се детаљним урбанистичким планом не утврди где ће град подићи вијадукт и паркиралиште који би захтевао експропријацију одређеног дела тог земљишта и док се не донесе одлука о инвестирању градње тих објеката. Ово ограничење коришћења имовине је издато на основу дозволе за експропријацију коју је шведска влада издала Савету града. Пошто се усвајање детаљног урбанистичког плана развукло, забрана коришћења је трајала дуже од десет година, а да сама експропријација није спроведена. На тај начин је ограничење коришћења имовине било такво да, упркос томе што имовина де јуре није била одузета, фактички је дошло до повреде права на мирно уживање исте у супротности са ставом 1 члана 1 Протокола 1.

¹⁹ Одлука од 20. 11. 1995. г.

²⁰ Пресуда од 18.12.1984., Серија А, бр. 88.

II Заштита имовине на основу члана 1 Протокола бр. 1 (П1-1) и случајеви настали поводом денационализације имовине у бившим социјалистичким државама

Масовно одузимање имовине после другог светског рата у бившим социјалистичким земљама довело је почетком деведесетих година XX века, следствено познатим догађајима, до следеће ситуације:

- бивши власници (или њихови наследници) захтевали су реституцију имовине, или ако она није била могућа, материјално обештећење;
- саме државе (нови режими) су у одређеној мери биле спремне да изврше реституцију (углавном пољопривредног земљишта), као и на материјално обештећење, али је нарочито ово последње било тешко због лоше економске и материјалне ситуације тих земаља.

Компромисна решења су довела бивше власнике пред Европски суд за људска права. Подносиоци представки су сматрали/сматрају да су њихова права гарантована Протоколом бр. 1 повређена и да државе треба да одговарају за те повреде.

1. Како је Суд реаговао на овакве поднеске?

- Суд је овакве представке оглашавао *неприхватљивим*, пошто по правилима временског важења правних норми Конвенција/Протокол бр. 1 се примењује само на оне повреде права на имовину које су настале после ступања на снагу исте у одређеној држави чланици, а одузимање имовине се дешавало много пре деведесетих година, тј. касних четрдесетих и педесетих година. Подносиоци представки су се користили аргументима да је одузимање имовине, истина, било пре ступања на снагу Конвенције/Протокола 1 у дотичним државама, али да је стање створено таквим одузимањем имовине *трајна повреда права* мирног уживања имовине и та повреда постоји и након ступања на снагу ових међународних инструмената у тим државама. Комисија је, међутим, заузела став да је одузимање имовине *тренутни акт* а не континуирана повреда права: ако је неко на основу закона изгубио својину, на пример, 1954. године, не може се позивати на то да дејства одузимања права постоје и након ступања на снагу Конвенције/Протокола бр.1. Комисија је, на пример, донела одлуку о неприхватљивости поднеска у случају *Széchényi v. Hungary*²¹ у коме је подносилац представке навео да је пре 1945. године поседовао 1270 хектара земљишта у Почају и да је та имовина експроприсана 1945. године или нешто касније без накнаде. Комисија је из истог разлога огласила неприхватљивим и поднесак госпође *Geblusek* против Мађарске²² којој је 1952. године одузето право својине на

²¹ *Széchényi v. Hungary*, одлука од 30. 06. 1993. г., бр. Поднеска 21344/93.

²² *Geblusek v. Hungary*, одлука од 25. 03. 1994. г., поднесак бр. 23318/94.

земљишту и две стамбене зграде без компензације. Стамбене зграде су биле подељене на станове и у једном од тих станова је она живела као закупац.

- Други аргумент се односио на начин обештећења (реституција, новчана накнада, обвезнице) и на *износ обештећења* који је најчешће био само делимичан а не потпун, на дискриминацију међу ранијим власницима или њиховим наследницима који су напустили државу и променили држављанство, па у време обештећења нису више били држављани дотичних земаља. Комисија, односно Суд је одбацио ове аргументе истичући да конвенција *не познаје право на одштету као самостално право*. Ако је повређено људско право, Конвенција гарантује право на делотворан правни лек (члан 13) чија форма може да буде накнада материјалне штете или обештећење, али не може се пружити делотворан правни лек за повреде права које не спадају под временско важење Конвенције, тј. Протокола бр. 1. Овај је став потврђен и у горе наведеном случају *Széchenyi v. Hungary*, наглашавајући да право на одштету као самостално право не спада у област примене Конвенције *rationae materiae*.
- Трећи аргумент којим су се подносиоци представки служили истиче тврдњу да је одузимање имовине *било и у време одузимања противправно*, тј. да је оно спроведено супротно тада важећим прописима. Комисија и Суд су прихватили само аргумент овакве врсте, уколико су утврдили да се државни органи нису приликом одузимања имовине придржавали својих прописа или процедуре приликом одузимања имовине и проглашавали повреду става 1 члана 1 Протокола бр. 1. Такав је случај *Vasilescu v. Romania*²³ у коме је Суд изрекао да одузимање имовине коју је извршила милиција приликом незаконитог претреса куће брачног пара *Vasilescu* противно законима који су важили у време одузимања, није довело до губитка својине на златницима, те је брачни пар *Vasilescu* и у време ступања на снагу Конвенције у односу на Румунију имао право својине на златницима. Губитак могућности располагања дотичном имовином заједно са безуспешним покушајима који су чињени да би се имовина повратила довели су до озбиљних последица које су оквалификоване као *de facto* конфискација и следствено томе као трајна повреда права на имовину на основу одредбе члана 1 Протокола 1.

2. Поука за бивше власнике који су лишени своје имовине

У Србији се очекује закон о денационализацији и било какав да буде²⁴, једно је сигурно: биће много незадовољних (бивших) власника који су лишени своје имовине. Да ли се они могу надати праведном, тачније речено правичном решењу својих случајева пред Европским судом правде пошто буду исцрпљена сва правна

²³ *Vasilescu v. Romania*, пресуда од 22. 05. 1998., поднесак бр. 27053/95.

²⁴ Видети В. Тодоровић, Контраверзе денационализације у Србији, *Pro et Contra*, 1/2002, 75-84.

средства по домаћем законодавству? Имајући у виду Протокол бр. 1 уз Конвенцију о људским правима и основним слободама Савета Европе и праксу Европског суда за људска права, то ће се догодити само под следећим условима: а) ако случај спада под домаћај Конвенције и Протокола бр. 1 *rationae temporis*, б) ако случај спада под домаћај Конвенције и Протокола бр. 1 *rationae materiae*, ц) ако је лишење имовине у време када је извршено било противправно те на основу тога није престало право својине.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad*

THE PROTECTION OF PROPERTY AS A HUMAN RIGHT - BASIC COMMENTS ON THE EXPERIENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The right to property is codified as a human right within the system of the European protection of human rights in Article 1 of Protocol 1 under the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Considering the specificity and sensitivity of the issue of protection, the provision was stated rather broadly. The result of this, on one hand, is that the law offers weak protection along with numerous exceptions, while on the other, it is rather flexible and requires constant interpretation from the European Court of Human Rights. The experience of this Court is unavoidable in the application and interpretation of the right to property as a human right, which is an imminent task for domestic courts once they have ratified the instruments of the Council of Europe. Special significance will be placed on the experience of the Court in cases, which will unavoidably surface, concerning the sensitive and significant problem of denationalization in this as well as other societies.

Dr Bernadet Bordaš, professeur
Facult- de droit de Novi Sad

**LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ COMME DROIT DE L'HOMME
– QUELQUES REMARQUES FONDAMENTALES AVEC LA PRATIQUE
DU TRIBUNAL EUROPÉEN POUR LES DROITS DE L'HOMME**

Résumé

Le droit à la propriété a été codifié comme droit de l'homme dans le système européen de la protection des droits de l'homme dans l'article 1 du protocole n°1 avec la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés individuelles. Du fait de la nature spécifique et sensible de cette protection l'ordonnance a été donnée de façon étendue, ce qui d'abord pour conséquence que le droit a une faible protection avec de nombreuses exceptions, ou encore qu'il est flexible et requiert constamment l'aide de précisions dans l'interprétation de la part du Tribunal européen pour les droits de l'homme. L'expérience de ce Tribunal est précieuse pour l'application et l'interprétation du droit à la propriété comme droit de l'homme, ce qui se pose comme tâche pour les tribunaux de notre pays, après la ratification de ces instruments du Conseil de l'Europe. La pratique de ce Tribunal sera d'une aide particulière pour les cas inévitables liés au problème délicat mais signifiant de la dénationalisation dans notre société.

Др Снежана Бркић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ДОГОВОРЕНО ПРИЗНАЊЕ (PLEA BARGAINING) У АНГЛОАМЕРИЧКОМ ПРАВУ

Сажетак: У раду се обрађује установа договореног признања у англоамеричком праву. Анализирају се њена обележја, циљеви, практична примена и *pro et contra* аргументација. Посебна пажња је посвећена предлозима за њено побољшање. Закључује се да и поред теоријских контроверзи и оспоравања, ова установа неће у догледно време бити

Кључне речи: договорено признање, *plea bargaining*.

I. Званична политика подстицања признања у англоамеричком праву, довела је до појаве установе *plea bargaining* (договорено признање), чија је суштина у томе да се исход кривичног поступка јавља као резултат претходног договора странака (у Америци и суда) о предмету оптужења (*charge bargaining*) или о санкцији (*sentence bargaining*).

У *plea bargaining* систему, окривљеном се у замену за признање нуди (1) оптужење за лакши облик дела, (2) блажа казна, или (3) одустанак од прогона за нека дела у стицају.¹ Постизање споразума странака пре формално подигнуте оптужбе, у прва два случаја не подлеже контроли суда, чија се сагласност тражи само у случају накнадног преформулисања првобитне оптужбе, а понегде и обавеза тужиоца да образложи учињену редукцију.² Пракса се, међутим, задовољава стандардном формулом тужиоца да је то у интересу правосуђа, и готово аутоматским прихватањем од стране суда.³ У трећем случају, окривљеном који

¹Окривљеном може бити обећано и подизање тужбе пред неком другом врстом суда, као што је малолетнички суд, ако је то у дискреционој власти тужиоца; одрицање од кривичног прогона осталих саучесника, па чак и врста и начин извршења будуће казне, нпр. смештање у тачно одређену затворску установу (H. J. Dielmann, GA 1981, c. 561).

²Нпр. чл. 342а The New York Code of Criminal Procedure, навед. према В.А. Grocman, AJCL 3/1970, c. 506.

³W.R. LaFave, AJCL 3/1970, c. 541.

признаје оригиналну оптужбу обећава се начелно блажа казна или могућност посебних мера, као што је пробација. При томе, тужилац на себе преузима обавезу да судији препоручи доношење одговарајуће пресуде, или обећава да се неће противити таквом предлогу самог окривљеног. Овај облик је унеколико ризичнији, с обзиром на могућност суда да не подржи тужиочеву препоруку, што се, међутим, ретко дешава, јер су судије склоне да раде у складу са очекивањем странака.

Пракса преговарања се унеколико разликује у америчкој и енглеској варијанти, и то у погледу: учесника договора (државни тужилац и окривљени с једне стране, и државни тужилац и суд⁴ с друге стране, у САД; бранилац окривљеног и полиција⁵ у Енглеској); иницијатора и најзначајнијих актера (државни тужилац у САД; бранилац окривљеног у Енглеској); елемената преговора (кривично дело и кривична санкција у САД; само кривично дело у Енглеској⁶); улоге суда (у неким америчким државама суд може учествовати у непосредним контактима са одбраном или чак бити иницијатор споразума;⁷ у Енглеској он уопште није формални учесник преговора, с обзиром да врста и висина кривичне санкције није елемент преговарања, и он је у том погледу слободан⁸); момента закључења (у САД најчешће пре подизања оптужног акта, ређе на главном претресу; у Енглеској врло често и на главном претресу); захтеваних услова (у Америци задовољава стандард „добровољног и разумног пристајања окривљеног,, док се у Енглеској питање добровољности много строже поставља); учесталости примене (ова је пракса раширенија у Америци,⁹ за разлику од Енглеске, где је мање честа) и начина регулisaња (обичајно и прецедентно право, а у Америци и закон).

Основ ове процесне форме је споразум странака, а циљ брже и сигурније долажење до пресуде на бази узајамних уступака.

Plea bargaining систем почива на узајамној сагласности и уступцима процесних субјеката, из којих се истовремено црпе и услови за ову посебну процесну форму: 1) признање окривљеног; 2) добровољност; 3) ангажовање

⁴Судија дискреционо цени да ли је договор постигнут између тужиоца и окривљеног у јавном интересу, накнадно га оснажујући само ако не представља олако одустајање од оптужења за теже дело.

⁵Ово не треба да чуди с обзиром на битно другачији положај и улогу енглеске полиције у односу на америчку и континенталну, обједињавајући у себи функцију истраживања кривичних дела и функцију прогона. Осим тога, квалитет и форма доказа прикупљених од енглеске полиције је на много вишем нивоу од потребе простог констатовања вероватноће учинилаштва, због чега подлеже захтевима форме, уколико претендује на могућност употребе пред судом.

⁶У Енглеској се признање поништава ако се открије да је добијено у замену за блаже кажњавање од стране суда. Вид. случај *Regina v. Turner* (1970) 2 Q.B. 321.

⁷О различитим системима преговарања са становишта улоге суда, вид. опширније код А. Alcchuler, CLR 7/1976, с. 1061. Две трећине анкетираних америчких тужилаца је 1972. потврдило учешће судија у преговорима (Prosecution Management Report, Appendix I, навед. према Т. Weigend, op. cit., cfr/138).

⁸Међутим, управо му та неvezаност у пракси често даје за право да се фактички ангажује у том правцу.

⁹У одсуству тачних показатеља, послужићемо се проценама: од 90% осуђујућих пресуда изречених на основу признања, сматра се да најмање једна трећина уследи у процесу преговарања (Fellman, наведен према З. Мршевић, *Анали* 5/1984, с. 697).

браниоца;¹⁰ 4) тужиочев уступак у погледу предмета оптужења или кривичне санкције; 5) сагласност суда (у САД).

Режим договореног признања није унапред ограничен с обзиром на врсту суда, тежину кривичног дела, врсту кривичних санкција или категорију окривљених. Његову примену ипак могу искључити околности, као што је немогућност разлагања кривичних дела на лакше и теже облике, односно конзумирање друге судске контроверзи и оспоравања,¹² ова је установа оберучке дочекана у пракси многих земаља, а њена исправност потврђена од стране највиших судских инстанци. Ипак, нема поузданих података о томе колико се *guilty plea* изјављује захваљујући претходним преговорима. Одређено упориште можемо наћи у анкетама носилаца тужилачких и судских функција. Тако је 1972. три четвртине анкетираних америчких тужилаца изјавило да је преговарање са одбраном било присутно у више од 50% свих оптужења за тежа дела (*felonies*). Прецизније, удео тужилаштава према заступљености преговора у оптужењима за наведена дела је изгледао овако: 18,3%: 50-59%; 6,9%: 60-69%; 18,3%: 70-79%; 16,7%: 80-89%; и 16,1%: 90-99%.¹³ И други извори потврђују заснованост признања на претходној погодби у 80-90% случајева.¹⁴ Наводи се и податак да је у 1970. у Лос Анђелесу само 8,7% оптужених дало *guilty plea* већ на првом рочишту, док је 36,5% захтевало преговарање, и тек касније дало изјаву о признању кривице. То не мора да значи да је преговарање у свим случајевима било успешно.¹⁵

III. У земљама које познају систем договореног признања истичу се његове вишеструке предности. Поред својеврсне индивидуализације кажњавања и избегавања нежељених последица строгих закона, окривљеном погодује и брзина поступка, извесност у погледу коначне одлуке,¹⁶ другачији третман у евиденцији осуђених лица, као и могућност прећуткивања неких чињеница, чије му откривање не би пријало. Тужилац се одриче тежег облика оптужења као несигурнијег, јер би га морао доказивати. Тужилац може имати такав интерес чак и у присуству евидентних доказа, због ризика непредвидљивог и емотивног реаговања пороте. Осим тога, успех у преговарачком процесу се посебно вреднује у његовој каријери и сматра изразом његове способности. Све то погодује и суду, који се лишава обавезе вођења компликоване и дуге процедуре. Вредност судија се мери бројем

¹⁰Тужиоцима је забрањено да преговарају са окривљеним у одсуству браниоца. Вид. *Andercon v. State* (1963).

¹¹З. Мршевић, *Анали* 4/1985, с. 696.

¹²The National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals (1973) је препоручила забрањивање *plea bargaining* праксе (навед. према М. Halberctam, JCLC 1/1982, с. 46). Ипак, са изузетком неколико јурисдикција, овај систем се одржао на снази. Поменимо само *Alasca* и *El Paso* експерименте, који су тужиоцима забранили преговарање, да би убрзо после тога пређашња пракса ипак била озваничена.

¹³Prosecution Management Report, Appendix II, 1972 (навед. према Т. Weigend, оп. цит., с. 139).

¹⁴Навед. према С. Vouyoucas, оп. цит., с. 63.

¹⁵Има и покушаја одуговлачења поступка на тај начин, при чему се, на крају, ипак посеже за *guilty plea*, чим ова тактика прети да се изјалови (вид., Т. Weigend, оп. цит., с. 140).

¹⁶Неки ту извесност стављају на прво место, чак изнад ефекта растерећења правосудних органа. Вид. резултате анкете студената права и државних тужилаца.

решених случајева, при чему је главна препрека преоптерећеност предметима.¹⁷ Произилази да је примарни принцип функционисања *plea bargaining* корисност, јер омогућава третирање великог броја случајева на брз и ефикасан начин.¹⁸ Осим тога, спремност судија на преговарање и попустљивост доприносе њиховој популарности.

Иако је *plea bargaining* систем настао на платформи троструке критике традиционалног модела (са аспекта трошкова, утврђивања чињеничног стања и предвидљивости),¹⁹ ни сам није остао имун на приговоре. Многи од истакнутих приговора, међутим, нису неотклоњиви. Отуда константан прилив идеја у циљу побољшања ове установе. Међу њима је, пре свега, апел за озваничењем и стандардизовањем ове процедуре, која би у свом регулисању нашла и ограничења, чиме би се стало на пут досада уоченим злоупотребама.²⁰ Осим тога, не можемо се отети утиску да због премоди прагматичких разлога, критике изречене на рачун ове установе у догледно време неће водити њеном укидању.²¹

(1) Одступање од начела истине

Договорено признање почива на општем процесном правилу англосаксонског права о статусу признања као „краљевског доказа,, који уједно означава и нестанак потребе за даљим доказивањем и непосредан прелазак на изрицање казне. Но, ако смо често скептични и према обичном признању, знајући да може бити лажно, онда је та скепса утолико присутнија код договореног признања, које неки карактеришу као „тространу превару у којој активну (чак главну) улогу имају државни органи,,²² Иако није неспојиво са традиционалним принципима англосаксонског права, оно подразумева у себи извесну дозу свесног фалсификовања истине и са тог аспекта изазива подозрење. Оно што највише дискредитује ову установу је могућност да се погодба издејствује и од невиних лица, која због незнања или страха од монтирања доказа, могу бити чак спремнија од стварно кривих учинилаца на учешће у погодби.²³ Према једном истраживању у Енглеској, 58%

¹⁷Препричава се случај једног новоизабраног судије у Чикагу, који је позвао тужиоце и адвокате и рекао им: "Ја не желим да будем први у суђењу, али за име Бога, не допустите да будем последњи." (навед. према А. Alschuler, CLR 7/1977, с. 1100).

¹⁸Тако W. R. LaFave, AJCL 3/1970, с. 541. И З. Мршевић такође подвлачи потребу растерећења предметима као главни фактор у примени *plea bargaining* (Анали 4/1985, с. 696). Забележена је изјава једног судије да је у тромесечном периоду, захваљујући *guilty plea*, пресудио више предмета него што их је решило десет судија у истом периоду претходне године (вид. А. Alschuler, CLR 7/1976, с. 1102). Неки од практичара, међутим, сматрају да ефекат растерећења правосуђа није најзначајнији фактор који говори у прилог ове установе (вид. резултате анкетања државних тужилаца у једној од руралних америчких области, L. T. Winfree, Jr. and L. Kielich, The Prosecuting Attorney and the Labelling Process: an Analysis of the application of official sanction, с. 174).

¹⁹Notes, HLR 3/1977, с. 566-571.

²⁰Тако и L. T. Winfree, Jr. and L. Kielich, оп. цит., с. 177.

²¹Такве прогнозе даје и T. Weigend, оп. цит., с. 138.

²²З. Мршевић, Анали 4/1985, с. 694.

²³Наводи се случај једног познатог убиства у коме је дато више од 20 лажних признања (M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 31).

осуђених на основу *guilty plea* се сматра невиним.²⁴ У истраживању које је својевремено обавио Finkelstein, развијајући концепт „имплицитне стопе неосуђиваности,“ показало се да би више од две трећине окривљених који су пристали на *plea bargaining*, у контрадикторном поступку било ослобођено или би поступак против њих био обустављен, да су оспоравали кривицу.²⁵ Према једном другом истраживању, вероватноћа окончања осудом претреса до кога би дошло да окривљени није дао *guilty plea*, је отприлике иста као код оних који су захтевали суђење на претресу.²⁶ Прогноза вероватноће осуде на претресу је извођена из неколико варијабли: постојања материјалних доказа, броја сведока, хапшења учиниоца на лицу места, хапшења учиниоца у року од једног дана од извршења дела, броја оптужби и пуштања учиниоца на слободу пре претреса.²⁷ Анализе показују да је давање признања не само пут за скраћивање процеса, већ и средство обезбеђивања осуда које се иначе не би могле постићи. Другим речима, тужилац користи *plea bargaining* да би осудио многе окривљене, који би, независно од њихове стварне кривице, захваљујући правилима о недопуштеним доказима, били ослобођени на претресу.²⁸ Парадоксално је да се признање утолико више подстиче уколико су тужиочеви докази слабији, и да се највећи притисак на пледирање врши према окривљенима који су можда невини.²⁹ Показује се да рационалност одлуке о признању не зависи од тога да ли је оптужени крив или невин, већ од јачине доказа и учињених понуда. У посебној моралној дилеми се налази бранилац окривљеног који није убеђен у његову кривицу и треба да процени вероватан исход претреса и упореди га са понуђеним уступком.

Неки виде решење овог проблема у повећавању ингеренција судије које треба да допринесу правилном утврђивању чињеничног стања. Тако би он могао саветовати окривљеном да повуче признање у случајевима где очигледно није крив. Међутим, апсурдно би било очекивати такав гест од судије који сам учествује у прекрајању истине (САД) односно који и не зна за поступак преговарања

²⁴J. Baldwin, M. MacConville, *Anglo-American Law Review* 7/1987, навед. према A. Perrotet, оп. цит., с. 33.

²⁵M. Finkelstein, *HLR* 2/1975, с. 299.

²⁶Тако се дошло до закључка да би само 66% окривљених за разбојништво, да се није одрекло претреса, било осуђено, док је стварна стопа осуда код оних који су оспоравали кривицу на претресу износила 65%. Испитивање је обављено у оквиру PROMIS-a (Prosecutor's Management Information System by the United States Attorney's Office in Washington) за дистрикт Колумбију, према подацима из 1974, а обухватало четири кривична дела: разбојништва, провалне крађе, крађе и разбојничке крађе (вид. W. M. Rhodes, *JCLC* 3/1979, с. 370).

²⁷Показало се да материјални докази и сведоци повећавају вероватноћу осуде за разбојничку крађу, али је смањују за провалну крађу. Број подигнутих оптужби, хапшење на лицу места или у року од једног дана повећавају вероватноћу осуде само за разбојништво. Пуштање на слободу пре претреса је значајно само код разбојничке и провалне крађе. Даље, докази у прилог постојања једног дела, повећавају вероватноћу осуде и за друга дела у стицају, осим код провалне крађе. Из свега произилази да је тешко предвидети исход покренутог кривичног поступка. Рходес наводи још само једну сличну студију која му је позната као покушај предвиђања вероватноће осуде на претресу: J. Eisenstein, H. Jacob, *Felony Justice*, 1977.

²⁸Notes, *HLR* 3/1977, с. 573.

²⁹Неки пореде *plea bargaining* систем са позицијом жртве од које наоружано лице тражи новац: у оба случаја разумно лице може закључити да нема шансе (M. Halberstam, *JCLC* 1/1982, с. 32).

(Енглеска). Логичније би било отварање могућности упуштања суда у јавном интересу у утврђивање чињеничног стања као саставног дела процедуре преговарања, и то пре датог признања. Иако се чланом 11 Савезних правила о кривичном поступку (САД) претходно испитивање чињеничног стања судијама само препоручује, многе федералне јединице су својим интерним правилима то претвориле у обавезу. Али, тиме проблем није у потпуности решен, јер је одредба сведена на пуку формалност. Тако се наводи податак да у три четвртине јурисдикција, судија удовољава овој обавези, једноставно питајући окривљеног да ли је учинио дела за која је оптужен.³⁰ При томе треба имати у виду чињеницу да браниоци унапред инструктирају клијенте шта да одговоре суду, да би им *guilty plea* било прихваћено. Чак и ако суд захтева додатне доказе, они не подлежу правилима о искључењу непоузданих доказа, нити унакрсном испитивању. Комисија за реформу канадског права је 1989. сугерисала да се, пре прихватања признања, судији омогући спровођење неопходних извиђаја, да би се могао уверити у заснованост признања на чињеницама.³¹ Вероватно би систематска примена такве, минималне верификације признања могла кориговати деформирајуће ефекте *plea bargaining* праксе.

С друге стране, не треба изгубити из вида да би упуштање суда у пуно утврђивање чињеничног стања и адекватности понуђене санкције, као што предлажу неки,³² могло резултирати сличним проблемима које собом носи редовна процедура. Наиме, посебно рочиште пред судом ради преиспитивања чињеница, на које би странке могле позивати и сведоке а које би претходило давању признања, приближавало би се некој врсти мини-претреса, са свим негативним импликацијама у погледу времена и трошкова.³³

Најзад, има и предлога да се провера чињеничног стања препусти трећој, неутралној страни. То би био независан магистрат, који би ступао на сцену непосредно након подизања оптужбе, и попут истражног судије у континенталном систему, проверавао допуштеност и снагу употребљених полицијских доказа и евентуално прикупљао нове доказе ради утврђивања фактичке основе за оптужбу.³⁴ Ако оптужба не би била одбачена као недовољно заснована, од окривљеног би се узимала изјава о томе да ли жели да учествује у процесу преговарања. Негирање би водило упућивању предмета на главни претрес, а потврђивање заказивању преговарачког рочишта (*plea-screening hearing*) пред истим магистратом, у присуству тужиоца, окривљеног и браниоца.³⁵

³⁰Миллер, навед. према М. Halberstam, JCLC 1/1982, с.34.

³¹Commission de reforme du droit du Canada, Les discussions et ententes sur plaidoyers, Document de travail n. 60, 1989, навед. према А. Perrodet, оп. цит., с. 33.

³²Вид. ABA Project on Minimum Standards on Pleas Guilty.

³³Тако и Notes, HLR 3/1977, с. 584-585.

³⁴Поред провере полицијских извештаја, магистрат би могао саслушати службенике који су лишили слободе окривљеног, сведоке оптужбе и одбране који би били позвани на главни претрес. Он би омогућио и подношење допунских доказа одбране, укидање противуставних доказа, као и одустанак од недовољно засноване оптужнице.

³⁵Више о овом тзв. *magisterial participation model of plea bargaining* вид. у Note, HLR 3/1977, с. 586-591.

(2) Могућност изнуђивања погодбе

Окривљеном се и у процесу преговарања мора гарантовати право на фер поступак и отуда инсистирање на америчком стандарду „доброволног и интелигентног пристајања окривљеног,, уз учешће браниоца³⁶, који се временом искристалисао у пракси. За разлику од физичке силе или претње, који као облици спољње принуде, несумњиво имају бити искључени, проблем „унутрашње принуде,, остаје двојбен. Питање добровољности је одређивано у складу са одговарајућом интерпретацијом уставних принципа,³⁷ која се током времена мењала. Тај је критеријум годинама ширен, тако да су га, поред физичке принуде, могли искључити и екстензивно испитивање, психолошко наметање,³⁸ као и изостанак браниоца окривљеног лишеног слободе. Поставило се и питање колико признање лакшег дела дато ради избегавања теже казне, заслужује епитет „доброволно,,.³⁹ У том смислу експлицитна је пресуда донета у случају *Cortez v. United States*: „Може се рећи да већина признања резултира из преговарања са тужиоцем. Али то, само по себи, не поништава такво признање. Учиниоца кривичног дела мора увек вагати могућност осуде по свим тачкама и могућност добијања максимума казне, према могућности признања за лакша дела и изрицања лакше осуде... При томе није важно да ли је ту било преговарања, већ да ли је признање истинско од стране учиниоца који је крив; неко ко разуме своју ситуацију, своја права и последице признања, није обманут нити принуђен,,.⁴⁰ У том смислу, LaFave с правом помиње посебну врсту прећутног договора (*tacit bargain*), у коме нема формалног преговарања, већ сам окривљени даје признање због очекивања блажег става суда, које се у таквим случајевима потврђује у пракси.⁴¹ Alschuler га назива системом имплицитног преговарања, препознајући га, пре свега, у пракси федералних судова да неједнако третирају *guilty plea* учиниоце у односу на остале.⁴² Проблем добровољности је посебно потенциран у вези са смртном казном а проблематизован у једној пресуди из 1968. у случају *United States v. Jackson*,⁴³ поводом *Federal Kidnapping Act*-а, који је предвиђао да окривљеном

³⁶Негде се наглашава "адекватног тј. компетентног" (вид. *Tollett v. Henderson* 411 U.C. 258, 265 (1973), навед. према Notes, HLR 3/1977, с. 575.

³⁷Тако је оно разматрано у оквиру V Amandmana (*privilege against self-incrimination*) i XIV Amandmana (*due process clause*).

³⁸У Енглеској је у случају *Pitman* (1990), у коме је судија пре извођења окривљеног пред суд, био приватно ангажован ради преговарања о смањењу казне у замену за признање и дао у том смислу извесна обећања, жалбени суд такве преговоре оквалификовао као нерегуларне и подобне за вршење пресије на окривљеног приликом одлучивања. Изјаве суда о казнама које се стављају у изглед у случају признања и непризнања, оцењене су као недопуштен притисак на окривљеног и у ранијем случају *Clewllun* (1977). Навед. према A. Perrodet, оп. cit., с. 34.

³⁹Судови су дуго времена били на становишту да је признање, које је израз директног или индиректног обећања, недобровољно (вид. нпр. *Bram v. U.S.*, 168 U.C. 532, 542 -43 (1897).

⁴⁰337 Ф 2д 699, 701 (9тх. Цир. 1964); наведено према W.P. La Fave, АЈЦЛ 3/1970, с. 543. Супротно, *Bailey v. Mac Dougall*, 392 F. 2d 155 (4th. Cir. 1968).

⁴¹W.R. LaFave, АЈЦЛ 3/1970, с. 539.

⁴²Вид. нпр. изјаву судије James Parsons, који каже да је одлучио да за непријављивање за војну регрутацију изриче казну затвора од четири године, а *guilty plea* учиниоцима две године.

⁴³390 U.C. 570, 88 С. Цт. 1209, 20 Л.Ед. 2д1 (вид. W.P. LaFave, АЈЦЛ 3/1970, с. 543).

може бити изречена смртна казна само ако буде препоручена од пороте, из чега је следило да простим признањем кривице окривљени избегава ризик смртне казне. Врховни суд САД је током 1970. у неколико својих одлука стао на становиште да законско прописивање смртне казне представља дозвољену претњу, а не недозвољени притисак на грађане, те да опција признања од стране окривљеног, срачуната управо на њено избегавање, јесте доказ његове добровољности и рационалног избора.⁴⁴ Као што је већ напоменуто, у Енглеској се на проблем добровољности у контексту смртне казне, гледа нешто строже. Чини нам се да је најбоље добровољност ценити од случаја до случаја.

Инсистирање на обавезној стручној помоћи у процесу преговарања је у функцији заштите окривљеног, мада не пружа све гаранције у правцу добровољности. Нарочито у Енглеској је истицана бојазан олаког упуштања браниоца у преговоре, без консултовања са клијентом, и онда када то не би било у његовом интересу. Због тога је у Правилима о договореном признању изричито истакнута и потреба заштите окривљеног од наметања признања од стране сопственог браниоца.⁴⁵ Истраживања су показала да притисак бранилаца на окривљене у циљу давања признања није мотивисан једино разлозима који се тичу процене невиности, кривице и очекиване казне, већ и таквима као што су жеља за брзом зарадом, велика оптерећеност предметима, страх или неспособност суочавања са предметом, потреба одржавања добрих односа са тужиоцима и судијама.⁴⁶ Резултати репрезентативне анкете коју су спровели Schunemann и Hassemer 1987. у Немачкој такође потврђују раширену праксу упуштања у неформалне преговоре без знања клијента (50%), или без јасног саопштавања те намере (38%). Након обављених разговора, само 40% адвоката је о томе у потпуности информисало клијенте, 51% је саопштило само резултате, а 9% је све прећутало.⁴⁷ Таква пракса, осим тога, доприноси деградацији окривљеног који се тиме враћа на статус објекта процеса, што је неспојиво са демократским идејама.

Могућност изнуђивања погодбе постоји и у обрнутом правцу, када окривљени условљава признање добијањем лакше казне. Опасност манипулисања системом договореног признања у оба правца је истакнута и у Извештају посебне председничке комисије за негативности у администрирању правосуђа, 1967 (САД).

(3) Повреда начела поделе власти

Из овог важног правнодржавног начела произилази да судску власт могу вршити само судови. Чињеница је, међутим, да преговарање о казни подразумева својеврсну узурпацију судске функције од стране тужиоца. Због праксе готово аутоматског судског подржавања препоручених казни, окривљеници редовно

⁴⁴Brady v. United States 397 U.C. 742 (1970); Parker v. North Carolina 397 U.C. 790 (1970); North Carolina v. Alford 400 U.C. 25 (1970). Вид. опширнију анализу ових одлука код М. Halberstam, JCLC, 1/1982, с. 19-22. О томе и W.P.1AfAVE, AJCL 3/1970, с. 547.

⁴⁵Навед. према З. Мршевић, Анали 5/1984, с. 693.

⁴⁶Навед. према М. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 53.

⁴⁷Навед. према К-Х, Koch, ЗПИ 7/1990, с. 250.

доживљавају тужиоца као главног актера процеса. У извештају већ поменуте председничке комисије из 1967. се препоручује судији који накнадно процени потребу изрицања теже казне од оне договорене између тужиоца и окривљеног, а од њега већ одобрене, да окривљеном омогући повлачење признања.⁴⁸ У том смислу, америчка пракса се приближава енглеској, која одриче могућност преговарања о врсти и висини казне.

Ову примедбу делимично уклањају они предлози који иду за повећавањем ингеренција суда у току преговарања. Својеврсним правом вета, које омогућава суду да одбије погодбу којој се противи утврђено чињенично стање или која не одговара сврси кажњавања, судска функција се, макар у контролној фази, ставља у праве руке.

(4) Повреда начела једнакости грађана

Један од аргумената у прилог договореног признања је смањивање судске дискреције при одмеравању казни и раст предвидљивости судских одлука.⁴⁹ С друге стране, међутим, омогућавају се нови диспаритети у кажњавању, увођењем фактора који су страни сврси кривичних санкција. Договорено признање се показује неконзистентним са аспекта система рационалног кажњавања, с обзиром на могућност да учиниоци истих деликата, са истим или сличним околностима, добију различите казне.⁵⁰ Неко је описао *plea bargaining* механизам као „константан извор неправде“, који доводи до тога да неки учиниоци дају признање и када нису криви, омогућава другима да буду сувише благо кажњени, утиче на тужиоца да прецењује и стално захтева од законодавца строже казне, да би оне, након сразмерног умањења за дато признање, биле довољне за остварење сврхе кажњавања.⁵¹ Једно истраживање диспаритета казни понуђених учиниоцима који су ипак одбили да дају признање, са казнама које су им изречене након доказног поступка, је указало на њихово просечно повећање у износу од 61% код тежих казни, а код лакших преко 200%.⁵² Насупрот томе, тврди се да такав режим није супротан циљевима праведног кажњавања, јер разлика између *guilty plea* учиниоца и оног који захтева доказни поступак, произилази не само из признања, већ и из околности које га прате, а које се традиционално сматрају релевантним за

⁴⁸Ibidem, с. 705.

⁴⁹Америчка теорија се због тога почела бавити изучавањем фактора који утичу на кажњавање (неки их сврставају на личне околности окривљеног, атрибуте кривичног дела и ранију осуђиваност учиниоца), развијајући при том разне економетријске методе прогнозе. Вид. W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 364; M. Damaška, ZStW 2/1981, с. 701-722.

⁵⁰Једно истраживање више од 600 разбојничких крађа у Менхетну је показало да је просечна казна за *guilty plea* учиниоце била 3,2 године, а за оне осуђене на претресу 6,0 година. Илустративан је случај *People v. Bannister* (1974): након изјаве тужиоца да ће у случају вођења главног претреса предложити казну 20-40 година, бранилац је затражио преговоре, у којима је тужилац понудио казну 7-25 година ако окривљени да *guilty plea*, бранилац је предложио 1-5 година, а суд пристао на 1-10 година (навед. према A. Alschuler, CLR 7/1976, с. 1086, 1088).

⁵¹Вид. Kaplan, AJCL 1977, с. 215, навед. према M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 3.

⁵²H. Zeisel, *The Anatomy of Law Enforcement*, наведен према M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 8.

изрицање казне. ABA Minimum Standards on Pleas of Guilty посебно истичу да окривљени који није признао не добија казну строжу од оне коју оправдава њена сврха. Каже се да неки добијају (они који признају бивају блаже кажњени), али да нико не губи (онима који ускраћују признање изриче се „нормална казна,“). У случају *Corbit v. New Jersey* суд је нашао да није повређен XIV Амандман о праву на једнаку заштиту.⁵³ Други напомињу да је различито кажњавање које је суштина *plea bargaining* система, увек неправедно с обзиром на крајњи исход, независно од тога да ли се карактерише као блаже кажњавање оних који признају, или као строже кажњавање оних који захтевају доказни поступак.⁵⁴ По неким, сразмерно строжим кажњавањем оних који се позивају на обавезу државе да докаже своју оптужбу, истовремено се вређа и претпоставка невиности.⁵⁵

Приговор неједнаког кажњавања није неотклоњив. Разни предлози нуђени у правцу његовог ублажавања, дали би се свести на једну формулу: потребу формулисања одређених стандарда о врсти, условима и границама могућих компромиса, у циљу омеђавања постојеће широке дискреције тужилачких органа.⁵⁶ Тиме би се смањиле разлике у кажњавању, узроковане факторима који немају везе са сврхом кривичних санкција. Сличан ефекат би имао и захтев за вођењем преговора непосредно након хапшења. Смањивањем утицаја протка времена на преговарачку тактику, ублажили би се диспаритети у погледу престрогог кажњавања притвореника и преблагог третирања окривљених који су на слободи. Утврђивање смерница о стопама кажњавања, које би истовремено остављале довољно простора и за индивидуализацију санкција, могло би бити поверено самој тужилачкој служби,⁵⁷ суду⁵⁸ или трећем, неутралном органу⁵⁹. Мањкавост првог предлога произилази из чињенице да тужилачки орган, коме се препушта утврђивање смерница, најчешће није спреман на таква самоограничавања, а ни сугерирана унутрашња контрола не изгледа ефикасна. Подозрење изазива и чињеница да такав предлог, иако стар више деценија, није усвојен ни од једне тужилачке службе. Укључивање суда у преговарачки процес би поспешило рационалније одлучивање окривљеног, с обзиром на предочавање антиципиране казне од стране суда пре датог признања, и омогућило бољу индивидуализацију казне, упознавањем релевантних личних околности окривљеног. Међутим, и таква опција је предмет многих критика.⁶⁰ Чини нам се да им је најмање подложен трећи предлог.

⁵³439 U.C. 212 (1978). Вид. приказ и анализу одлуке, Sixth Amendment - Disparate Sentencing, JCLC 4/1979, с. 474-481.

⁵⁴Scott v. United States, 419 Ф. 2д 264, 278 (Д.Ц. Цир. 1969), птрмс W.P. LaFave, AJCL 3/1970, с. 546. Тако и M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 15.

⁵⁵J.P. Спенер, РИДП 3-4/1995, с. 420.

⁵⁶Тако и национални референти за САД на XIV Међународном конгресу Међународне академије за упоредно право у Атини, 1994, (вид. С. Vouyoucas, оп. цит., с. 62).

⁵⁷Иза предлога о установљењу тужилачких стандарда стоји The American Law Institute (ALI), Модел Code of Pre-Arrestment Procedure (навед. према Note, HLR 3/1977, с. 582-583).

⁵⁸Вид. Note, Yale Law Journal 1/1972, с. 286 (навед. према Note, HLR 3/1977, с. 584).

⁵⁹Вид. Note, HLR 3/1977, с. 585.

⁶⁰Вид. више о томе, Note, HLR 3/1977, с. 584.

(5) Питање поверења у државне органе и њихову коректност

Не само да договорено признање није предмет законске регулативе,⁶¹ па је много тога препуштено дискреционој оцени, већ се и конкретне преговарачке радње одвијају иза затворених врата не остављајући никаквог трага у предмету, ни у записнику, ни у пресуди, ослањајући се искључиво на поверење учесника договора. Само у неким америчким државама је предвиђена обавеза записничког фиксирања исхода договора.⁶² Управо због одсуства формалних елемената, као и чињенице да суд није субјект преговарања који би био везан договореном казном, постоји бојазан да то поверење буде изиграно.⁶³ У том смислу значајна је одлука Врховног суда САД у случају *Santobello v. New York*,⁶⁴ која штити право окривљеног на фер поступак, и у случају непридржавања датог обећања државног органа као замене за признање, окривљеном омогућава повлачење признања. У Енглеској је у случају *Smith* (1990) жалбени суд укинуо пресуду у поступку у коме је дато признање због оправданог очекивања условне пресуде, која ипак није уследила. Суд је при томе сугерисао да се преговори не обављају изван суда и да увек остане писаног трага о ономе што је речено.⁶⁵ Занимљиво је да су се и у неким земљама у којима преговарачки модел није озваничен, највише судске инстанце изјасниле у прилог заштите права на фер поступак, у случају изневеравања оправданог очекивања странке.⁶⁶ Слично дејство предвиђа и правило 11(е)4 ревидираних Савезних правила о кривичном поступку.⁶⁷ Пракса, међутим, недвосмислено потврђује спремност судија да испоштују договор тужиоца и браниоца, готово аутоматски подржавајући препоручену казну.⁶⁸

Чини нам се да наведену примедбу не би било тешко отклонити. Бројни апели за озваничењем и регулисањем ове установе, управљени су, између осталог, на то да се она учини јавном. Уместо да се договор одвија иза затворених врата, предлаже се одређивање посебног јавног рочишта у те сврхе, што подразумева и нескривено фигурирање тока и исхода преговарачког процеса у списима предмета.

⁶¹Подсећамо на чињеницу да је његов продор у америчком поступку вршен постепено и *via factu*, да би 1975. нашао места у Савезним правилима о кривичном поступку, захваљујући председавајућем Врховног суда САД, судији Бургеру, који је 1974. поднео Конгресу предлог у том смислу.

⁶²Навед. према З. Мршевић, *Анали* 4/1985, с. 703.

⁶³У случају *State v. Bonde* 521 С.W. 2д 18 (1975), тужилац је уговорио са браниоцем казну затвора од шест месеци условно, а суд је изрекао три године условно. Револтирани окривљени је хтео да повуче признање, што му суд није одобрио. Признање је ипак поништено у жалбеном поступку због тога што суд није упозорио окривљеног да није везан тужиоцевом препоруком (навед. према А. Alschuler, CLR 7/1976, с. 1066).

⁶⁴Вид. *Santobello v. New York* 404 У.C. 257, 260 (1971). Али и пре тога, *State v. Wolske*, 280 Минн. 465, 160 Н.W. 2д 146 (1968), навед. према W.P. LaFave, AJCL 3/1970, с. 542.

⁶⁵Навед. према А. Perrodet, оп. цит., с. 35.

⁶⁶Тако већ поменута одлука немачког Савезног суда од 07.06.1989 (вид. HW 36/1989, с. 2270).

⁶⁷Навед. према А. Aschuler, CLR 7/1976, с. 1071.

⁶⁸Тако је једна анкета хјустонских судија показала да *guilty plea* уследи у 94% случајева пред *felony* судовима, при чему пет судија безрезервно подржава казну предложену од стране тужиоца, а један једини не следи потпуни аутоматизам, већ то чини у 90% случајева (навед. према А. Aschuler, CLR 7/1976, с. 1064).

И док једни настоје да спрече праксу преговарања судије са окривљеним,⁶⁹ други заступају концепт директне партиципације суда у *plea bargaining* систему⁷⁰. То би такође могло допринети поштовању склопљене погодбе, јер изрицање договорене санкције више не би зависило од добре воље суда, будући да би и сам био везан њоме. Поменимо и то да су у неким америчким државама практиковани и позитивно оцењени експерименти са заказивањем јавног рочишта ради преговарања пре главног претреса.⁷¹ Таква рочишта су имала за последицу значајне уштеде времена и трошкова, а нарочито делотворним се показало учешће на њима и оштећеног.⁷² Званични апели за јавним карактером процеса преговарања могу се чути и у Канади.⁷³ И предлози за озваничењем праксе преговарања у континенталним земљама, инсистирају на обезбеђењу начела јавности, или фиксирањем резултата преговарања на главном претресу,⁷⁴ или организовањем посебног рочишта у циљу преговарања.⁷⁵ Активнијој улози суда као иницијатора и спецификатора компромиса би се, с друге стране, супротстављали следећи разлози: довођење у питање његове непристрасности на претресу при изрицању казне, уколико до погодбе не дође;⁷⁶ мала поузданост нове судске функције, с обзиром на приврженост традиционално пасивној и неутралној улози суда; могућност угрожавања добровољности признања ауторитативношћу суда; бојазан да ће активнија улога суда у иницирању, спровођењу или надзирању преговора резултирати сличним проблемима које собом носи традиционални модел претреса.⁷⁷

⁶⁹Тако ABA Standards on Pleas of Guilty ("судећи судија неће учествовати у дискусијама око давања guilty plea"); ABA Professional Ethics Committee, Informal Opinions, No. 779, 1965. ("Судија није страна која ће препоручивати да ли ће изрицање казне резултирати на основу *guilty plea* или утврђивања кривице"); President's, Commission on law enforcement and administration of justice, 1967 ("Судија нема улогу странке у преговорима, већ улогу независног испитивача, који треба да верификује да је *guilty plea* резултат разумног избора и да није заснован на заблудама или принуди."); Federal Rules of criminal procedure: Али, Model Code of pre-arraignment procedure, 1975 ("забрањено је учешће суда у договарању признања"); National Advisory Commission on criminal justice standards and goals (иако предлаже укидање преговарања, препоручује да у међувремену судије не учествују у њима).

⁷⁰Тако нпр. A. Alschuler, CLR 7/1976, с. 1060.

⁷¹Вид. J. Baldwin, HEUNI 3/1984, с. 157.

⁷²Такав једногодишњи експеримент је вођен у Dade County, Флорида (вид. X. J. Dielmann, GA 1981, с. 566).

⁷³Commission canadienne sur la determination de la peine, Reformer la sentence, une approche canadienne, Ottawa, 1987 (навед. према A. Perrodet, оп. цит., с. 36).

⁷⁴Тако W. Schmidt-Hieber (навед. према G. Maier, NW 20/1987, с. 1188); предлог смерница о преговарању у кривичном поступку, Министарство правде Хесен (K.-H. Koch, ZRP 7/1990, с.252).

⁷⁵Тако H. J. Dielmann, GA 1981, с. 571.

⁷⁶Овај приговор је отклоњив увођењем другог судије у случају изношења предмета на претрес. Према Alschulerу, то решење не би било ни једноставно, ни јефтино, а могло би се претворити и у средство за куповину судија. Он препоручује ослонац на другог судију само у случају каснијег повлачења признања или оспоравања његове валидности након осуде. У случају United States v. Gallington (1973), стало се на становиште да претходно одбијање договора странака не доводи у питање коректност судије на главном претресу (A. Alschuler, CLR 7/1976, с. 1111, 1115).

⁷⁷Навед. према Notes, HLR 3/1977, с. 584-585.

(6) Лишавање окривљеног низа права на главном претресу

Каже се да је окривљеном ускраћен јавни претрес, поротно суђење, непристрасан суд, сведочење у сопственој ствари, привилегија против самооптужења, правни лек... Као противаргумент истиче се чињеница да се окривљеном наведена права не одузимају, него их се он добровољно одриче опредељивањем за ову процесну форму.

(7) Негодовање јавности

На праксу преговарања јавно мњење често гледа као на незаслужено привилеговање окорелих криминалаца. Насупрот томе, наводи се да се олакшице не гарантују аутоматски свима. Тако резултати већ поменутог пројекта PROMIS показују да скоро потпуно изостају било какви уступци код разбојништва и крађе.⁷⁸ Код провала долази само до редукције оптужнице, док нема доказа о блажим казнама. Наиме, упоређивање казни изречених у режиму *guilty plea* са казнама очекиваним на претресу да је до њега дошло, резултирало је изненађујуће високим степеном подударности. Тако је нпр. за дело разбојништва пробација очекивана на претресу у 77% случајева, а стварно изречена при *guilty plea* у 80% случајева; код крађе тај је однос био 67:70%, код провалне крађе 51:53%. Стварно блаже кажњавање у поређењу са осуђенима после контрадикторног претреса је уочено само у случају разбојничке крађе (однос очекиване и изречене пробације је ту био 24:43%, а казне затвора преко три године 32:14%).⁷⁹ Да блаже кажњавање није главна концесија која се даје у замену за признање, сведочи још једно истраживање код кривичних дела против имовине, где је однос изречене и прогнозиране пробације био 50:48%.⁸⁰ Наведени резултати указују да у *plea bargaining* систему не треба видети само вештачку алтернативу скупом претресу са неизвесним исходом, већ и једну неуобичајену функцију - мирења. Наиме, у рутинским случајевима, где ниједна страна не оспорава чињенице, обе су уверене у кривицу учиниоца, претрес може изгледати непотребан, јер се његов исход може брзо и лако постићи или чак и побољшати путем договарања, које је ту налик пријатељском решавању цивилних спорова. То је уосталом у складу са ретким изрицањем казне затвора за разбојништва и крађе.⁸¹

С друге стране, поверење јавности не би било тешко задобити са неколико реформских потеза. Међу њима свакако треба да се нађе законско регулисање ове установе, ограничавање широких дискреционих права тужилачких органа, установљавање одговарајућих обавезујућих стандарда који треба да смање постојеће диспаритете казни, нарочито оне који немају везе са сврхом кажњавања.

⁷⁸Наиме, у 90% случајева код крађе и у 80% случајева код разбојништва дато признање је у потпуности одговарало оригиналној оптужби. Могуће објашњење се крије у правним а не стварним разлозима, наиме у природи тих дела, која тешко могу обухватити лакша дела (вид. W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 371).

⁷⁹W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 364-365.

⁸⁰T. Dungworth, наведен према W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 367.

⁸¹W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 372.

Истом циљу би водило и поверавање склапања погодбе специјализованим државним тужиоцима са великим искуством.⁸²

(8) Непотврђеност тезе о угрожавању функционисања кривичног правосуђа у случају укидања договореног признања

Бојазан да би забрањивање раширене праксе преговарања угрозило функционисање преоптерећеног система, фигурира као нескривени официјелни аргумент.⁸³ Он почива на две претпоставке: да би без подстицања *guilty plea*, њихов број опао и значајно порастао број главних претреса са доказним поступком; да би нарасли број претреса захтевао значајно веће тужилачке и судске ресурсе. Оваквој аргументацији се замера непотврђеност емпиријским путем, с обзиром да многи окривљени не би тражили претрес ни по укидању преговарања.⁸⁴ То потврђује и искуство оних земаља чији се покушај укидања или ограничавања праксе преговарања није завршио очекиваним поражавајућим последицама (El Paso, Texas, New Orleans,⁸⁵ Louisiana, Alasca⁸⁶).

(9) Трошкови и одуговлачење поступка

Један од кључних аргумената који истичу присталице договореног признања, је чињеница да оно битно снижава трошкове поступка и скраћује његово трајање. Или, како се једном приликом изразио Каплан, држава окривљеном плаћа зато што јој је уштедео трошкове.⁸⁷ Насупрот томе, тврди се да редовна процедура не повлачи нужно више времена и трошкова од *plea bargaining* система.⁸⁸ Изостављањем доказне фазе нису елиминисана сва непотребна одуговлачења, која се некад практикују и из тактичких разлога. Тако је анкета коју је својевремено спровео Alschuler међу тужиоцима и браниоцима, показала да се много времена троши у претходном усаглашавању странака.⁸⁹

⁸²Навед. према W.R. LaFave, AJCL 3/1977, с. 542.

⁸³Та идеја пробија у одлукама Santobello v. New York 404 U.S. 257, 260 (1971). i Blackledge v. Allison 431 U.S. 63.

⁸⁴M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 36.

⁸⁵Истраживање у Н. Орлеансу, у коме је била забрањена редуција оптужбе, је показало да је око 88% признања дато према оригиналној оптужби.

⁸⁶*Plea bargaining* је био забрањен у Аљасци од 1975. Оцена ефеката, базирана на четворогодишњој пракси у три највећа града, водила је закључку да је договорено признање ефикасно смањено, да није замењено имплицитним или прикривеним облицима исте праксе, и да судски поступци нису застали. Укупан пораст броја главних претреса је био мањи од 3% (M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 39).

⁸⁷Навед. према M. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 18.

⁸⁸Тако нпр. мисли M. Halberstam, која је иначе помоћник *District Attorney* in New York County (ибидем, с. 37).

⁸⁹Alschuller, Chicago LR 1/1968, с. 50.

(10) Непотврђеност тезе о утицају признања на успешнију ресоцијализацију учиниоца

Претпоставка о успешнијој ресоцијализацији учинилаца који су дали признање, у односу на оне који су порицали, није емпиријским путем проверена. На ту чињеницу је указао и Врховни суд САД. С друге стране, *plea bargaining* процес се често критикује управо због скромних рехабилитативних ефеката.⁹⁰ Нека истраживања показују да стопа рецидивизма није мања међу онима који су дали признање у односу на оне који су осуђени на основу доказа изведених на главном претресу, осим у случају обичне крађе.⁹¹ О томе сведочи и декларисање *guilty plea* учинилаца према извршеном делу, након окончања кривичног поступка, ван суда. Показало се да многи од њих, након изрицања казне, заступају сасвим супротну тезу, причајући о својој невиности, док су примери покајничког понашања веома ретки. Тако је, према једном истраживању, свега 95 од 723 испитаника, било спремно да потврди своју кривицу пробационом службенику, убрзо након давања признања на главном претресу.⁹² Осим тога, указује се да се из вршења уставних права не могу извучити никакве негативне импликације: као што тужилац не може тражити од пороте да закључи да је оптужени који ускраћује признање крив, тако се из те чињенице не може закључивати да нема кајања.⁹³

(11) Искључење окривљеног из процеса преговарања.

Иако систем договореног признања начелно повећава значај окривљеног у кривичном поступку, додељујући му раније непознату улогу саодлучивања о предмету оптужења и санкцији, он га истовремено деградира, истискујући га из процеса непосредног преговарања, у коме је присутан само посредством свог браниоца. Уместо ублажења, тиме се само још више потенцира изолација окривљеног из кривичног процеса.⁹⁴

Побољшање позиције окривљеног у овом смислу могло би резултирати из оних предлога који преговарачки процес подвргавају контроли неутралног магистрата, истовремено инсистирајући на личном присуству окривљеног, који би заједно са својим браниоцем учествовао како у фази провере чињеничног стања, тако и у фази склапања саме погодбе.⁹⁵

⁹⁰Вид. нпр. Official Report of the New York State Special Commission of Attica, Attica 30-31 (1972), навед. према М. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 16.

⁹¹За кривична дела телесне повреде, поврат је забележен у 23% случајева међу *guilty plea* учиниоцима, у 23% случајева међу ослобођенима на претресу и у 19% случајева међу осуђенима на претресу; тај је однос код разбојничке крађе 27% : 45% : 17%; код крађе 41% : 39% : 59%, а код провалне крађе 35% : 64% : 32% (навед. према W. M. Rhodes, JCLC 3/1979, с. 363).

⁹²A. Rosett, D. Cressey, Justice by Consent, 1976, с. 28, навед. према М. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 17.

⁹³М. Halberstam, JCLC 1/1982, с. 18.

⁹⁴Notes, HLR 3/1977, с. 577-578.

⁹⁵Вид. тзв. magisterial participation model, Note, HLR 3/1977, с. 594.

*Snežana Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty of Novi Sad*

PLEA-BARGAINING IN ANGLO-AMERICAN LAW

This work discusses the institution of plea-bargaining in Anglo-American law, by analyzing its essentials, goals and practical use, along with a *pro et contra* debate. In spite of the theoretical controversies and disputes, this institution has been welcomed with open arms in legal practice, while its functional use has been confirmed at the highest levels of court jurisdiction. In addition, there has been a constant influx of new ideas for its improvement. One such idea is the call for the formalization and standardization of this procedure, which would put an end to its misuse. It is concluded that due to overwhelming practical arguments, the many criticisms aimed at this institution, at least within the foreseeable future, will not lead to its abolition.

*Snežana Brkić, maître de conférence
Faculté de droit de Novi Sad*

AVEU D'ENTENTE DANS LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN

Résumé

Nous étudions ici l'institution de l'aveu d'entente dans le droit américain. Nous analysons ses caractéristiques, ses buts, sa mise en pratique et les arguments *pro et contra*. Malgré toutes les polémiques théoriques et les contestations, cette institution est largement utilisée dans la pratique, et sa validité a été confirmée de la part des plus hautes instances juridiques. D'autre part, il existe un effort d'apport d'idées pour son amélioration. L'une d'elle, en primauté, consiste en un appel pour la standardisation et l'officialisation de cette procédure, ce qui mettrait fin à son emploi abusif. En conclusion, nous constatons que les arguments pragmatiques étant les plus forts, la critique de cette institution ne résultera aucunement, dans un avenir proche, à son abolition.

*Проф. др Милан Инић и Драган Јовановић асистент,
Факултета техничких наука и Правног факултета у Нови Саду*

УЗРОЦИ ВИСОКЕ СТОПЕ САОБРАЋАЈНИХ НЕЗГОДА У ДРУМСКОМ САОБРАЋАЈУ У ЈУГОСЛАВИЈИ

***Сажетак:** У раду се указује на основне узроке због којих возачи у Југославији имају стопу саобраћајних незгода међу највишим у Европи. Узроци нису у мањем капацитету способности или било каквом природном – биолошком дефициту, него их треба тражити, пре свега, у недовољно адаптираном простору, који због тога поставља високе захтеве пред возаче и у систему припреме, формирања људи као учесника у саобраћају. Обрађени су и начини на које се ови узроци могу значајно редуцирати.*

Кључне речи: безбедност саобраћаја, узроци саобраћајних незгода, захтеви саобраћаја, стопа саобраћајних незгода.

1.- УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Саобраћај представља један од најкомплекснијих и најтежих аспеката околине човека, посебно за хендикепиране учеснике у саобраћају (деца, стари, болесни, инвалиди). Субјективни фактори некад непосредно а некад у разним комбинацијама са појавама (факторима) које карактеришу објективну ситуацију значајно утичу на саобраћајне незгоде, њихову структуру и динамику. Човек је важан фактор свих друштвених појава и оне се не могу објаснити ако се не узму у обзир сва његова својства. Личност је детерминисана разним утицајима који условљавају њено понашање. Изучавање понашања у саобраћају подразумева утврђивање феноменолошких карактеристика структуре личности, психолошке организације, капацитета способности, особина личности, као и спољних

околности које могу да утичу на човеково понашање у саобраћају. Да би се могле предузети адекватне мере и предвидети - прогнозировати будућа понашања, потребно је открити дубље, стварне узроке и механизме понашања човека у саобраћају. Занимају нас опште законитости понашања људи у саобраћају, али истовремено и механизми за објашњење појединачног понашања.

Објаснити понашање човека у саобраћају, мере утицаја на то понашање и отпорност човека према овим мерама је сложен посао. Човек је сложено интегрисани мозаик наслеђа, урођених обележја, антрополошке структуре, физичких карактеристика, умних потенцијала, али и плод друштвених услова (околине) у којима се формирао. Поред тога што је сваки човек "свет за себе", динамика његовог психичког живота је тешко доступна. Због ове сложености унутрашње физичке и психичке факторе код човека је тешко квантификовати. Поред тога, поставља се питање да ли се обележја и карактеристике личности другачије испољавају у саобраћају него у другим областима друштвеног живота.

Да би бар делимично одговорили на ова сложена питања потребно је обухватити личност човека и утврдити утицај на понашање у саобраћају, а посебно утицај:

- ◆ Структуре личности (организација особина, темперамент и особине темперамента, карактер и карактерне особине, сензорне, психомоторне и менталне способности и др.).
- ◆ Динамике личности (биолошки и социјални мотиви, склоности, навике, схватања, начин размишљања, ставови, предрасуде, интереси, способност прилагођавања и др.).
- ◆ Саобраћајне зрелости, искуства, вештине, контролне логике, склоности ризику, телесних карактеристика и др.
- ◆ Доба живота (старости).
- ◆ Пола.
- ◆ Социјално-демографских обележја (место рођења и пребивалиште, школска спрема, занимање, брачно стање, односи у породици, радни статус, међуљудске односе у радној средини и др.).
- ◆ Алкохола и других опојних средстава.
- ◆ Умора.
- ◆ Болесних стања (болести).
- ◆ Медикамената.
- ◆ Инвалидности.
- ◆ Недовољног знања и вештине за управљање возилом.
- ◆ Исхране, пушења, осталих стања и својстава.

Фактори (карактеристике, способности, обележја, особине) код човека релевантни за понашање у саобраћају су многобројни, хетерогени и многи нису константни него се мењају само неки брже а неки спорије. Са аспекта успеха са којим човек учествује у саобраћају, разумевања понашања и предузимања мера друштвене интервенције усмерених према човеку потребно

је уважавати – имати у виду следеће карактеристике и специфичности које углавном не срећемо код других фактора безбедности саобраћаја:

а).- Промене по критеријуму подложности променама:

- ♦ Стабилне факторе (карактеристике), који су дуже време непромењени (психофизичке, психичке и телесне карактеристике, дефекти који онемогућавају сигуран рад, неке карактеристике личности итд.).
- ♦ Временски зависне факторе, подложне мењању (доба старости, ниво образовања, искуство и др.).
- ♦ Краткотрајни фактори, подложни сталним променама (пажња, концентрација, будност, расположење, мотивација и др.).

б).- Промене по критеријуму квалитета учинка, фактори (карактеристике) човека се мењају тако што се неки побољшавају док у исто време квалитет других опада. Код неких фактора квалитет се једно време побољшава да би касније код истих тих фактора опадао. Нпр. са годинама искуство које се стиче у саобраћају делује делотворно док у исто време са старошћу психофизичке способности човека опадају. Како ће се то одразити на понашање у саобраћају зависи од могућности компензације, односно да ли фактори који добијају на квалитету могу компензирати губитак који је настао код других фактора.

ц).- Непроменљив фактор. У својим природним датостима (чула, нервни систем, психомоторне способности и др.), човек се не мења односно споро мења, за разлику од неких других фактора безбедности саобраћаја који су се задњих деценија значајно променили (нпр. возило, пут, опрема и др.).

д).- Хетерогена структура фактора који утичу на понашање човека. Поред природних датости на понашање човека у саобраћају утиче велики број различитих услова из социјалног, економског и другог окружења, спољни дестимулативни фактори (алкохол, лекови, високе и ниске температуре и др.).

е).- Брза промена квалитета фактора. Квалитет појединих фактора код човека се веома брзо мења (концентрација, будност, пажња, расположење, мотивација и др.), што се на деликатан начин одражава на његову поузданост у саобраћају.

ф).- Велике индивидуалне разлике. Код човека постоје веће (екстремне) разлике по старости, капацитету способности, искуству, образовању, саобраћајној зрелости, учинку него код других фактора (услови за путеве и возила су, између осталог и прописима – људском вољом у великој мери уједначени).

г).- Отпорност на мере друштвене интервенције. Људи пружају већи отпор мерама које се ради безбедности саобраћаја предузимају него други фактори (пут и возило).

х).- Губљење ефекта. Ефекти безбедности саобраћаја постигнути мерама усмереним према човеку више и брже се губе него код других фактора (пута и возила).

2.- ТРЕТМАН ЧОВЕКА КАО ФАКТОРА БЕЗБЕДНОСТИ САОБРАЋАЈА

Човек је најзначајнији али и најкомплекснији фактор безбедности саобраћаја. Он пасивно не подлеже утицају околине него је његово понашање (и реаговање на околину) условљено структуром личности која се одликује индивидуалним својствима, психичким, моралним, културним, социјалним и другим особинама односно обележјима.

Човеку се приписује велики проценат саобраћајних незгода. Зависно од истраживања у 65% до 95% незгода нађе се пропуст - грешка човека, што не значи да је увек само фактор који је ту грешку изазвао једини узрок незгоде (незгоде су најчешће производ испреплетеног, истовременог дејства већег броја фактора). Сигурно је да су пропусти субјективне природе доминантни. Међутим, човеку се приписује велики проценат незгода и због тога што друштво део своје кривице пребације на учеснике у саобраћају, на тај начин што део својих обавеза пребације на појединце (кроз захтев да понашање прилагоде и оним условима који нису оптимални и повећаном пажњом и брижљивошћу компензирају објективне недостатке). Осим тога субјективна грешка возача може настати и као последица објективних околности (пута или возила), као што је бржа појава умора због лошег пута, неудобног возила и др. Ради се о сложеној интеракцији објективних и субјективних фактора, у овом случају о утицају објективних на појаву, снагу и непосреднији утицај субјективних фактора на настајање ових појава.

Поред непосредног утицаја на безбедност саобраћаја кроз понашање човека као корисника пута, утицај човека може се посматрати и шире кроз његове пропусте који настају у току израде или одржавања возила, изградње или одржавања пута или предузимања других мера које могу утицати на степен опасности која прати одвијање саобраћаја.

3.- СТОПА САОБРАЋАЈНИХ НЕЗГОДА ВОЗАЧА

Поузданост човека и његових радних способности је основни проблем када је о ризику у саобраћају реч. Под поузданошћу возача подразумевамо способност (могућност) возача да обавља захтевану функцију (удовољи захтевима система, односно да изађе на крај са својом околином у саобраћају) под постојећим условима у току учешћа у саобраћају. Карактеристика поузданости значи вероватноћу успеха. У саобраћајно развијеним земљама више је рађено на методама процене поузданости човека у саобраћају. Поред осталих питања, поставља се и додатно питање: да ли се резултати, методи и модели за процену поузданости човека из саобраћајно развијених земаља које, поред осталог, карактерише већи ниво саобраћајне културе, могу применити и у земљама које су по томе другачије, односно значајније разликују.

Систем праћења негативних појава у саобраћају омогућава нам доступним само неке параметре на основу којих можемо судити о поузданости возача. Из Табеле 1. видимо да на 1.000.000 регистрованих моторних возила у СР Југославији гине и преко шест пута више лица него у саобраћајно развијеним земљама. Основни подаци на основу којих се може стећи приближна представа о стопи саобраћајних незгода, односно степену угрожености основних друштвених вредности у друмском саобраћају дати су у табели 1. На основу података из ове табеле може се извући неколико општих закључака:¹

**Табела 1. Основни показатељи безбедности
(угрожености) у саобраћају за 1998.²**

Држава	Бр.станов- ника на 1 км ²	Број мотор. воз. на 1000 становника	Бр. погин. на 10 ⁶ становника	Бр. погин. на 10 ⁶ мотор. воз.	Бр. погин. на 10 ⁸ возило-км
Аустрија	96	552	119	216	-
Белгија	335	542	147	-	-
Бугарска	74	228	122	536	-
Данска	123	424	94	222	1,12
Финска	15	459	78	169	0,87
Француска	106	561	144	256	2,07
Немачка	230	575	95	165	1,38*
Грчка	80	-	212	-	-
Мађарска	108	263	136	517	-
Холандија	379	462	68	146	1*
Норвешка	14	482	79	185	1,1
Пољска	124	272	183	672	-
Румунија	94	146	123	847	-
Шведска	20	480	60	125	0,81*
Шпанија	78	534	152	284	-
Турска	82	97	78	805	12,86
Вел. Британија	244	463	60	131	0,78
САД	29	-	153	-	1,01
СРЈугославија*			153	846	-

Највећи степен моторизације (мерен бројем моторних возила на 1000 становника) међу приказаним земљама (табела 1.) имају Немачка, Француска, Аустрија, Белгија и Шпанија, а најмањи Турска, Румунија, Мађарска и Пољска.

¹ - Подаци за СР Југославију не налазе се у бази података које воде надлежне међународне организације (узети су из домаћих извора). Због тога је задатак надлежних савезних органа да предузму мере да се Југославија поново прикључи овим организацијама, односно њени подаци редовно достављају. Подаци за 1997. год.

Најмањи степен угрожености становништва (мерен бројем погинулих на милион становника) имају Шведска, В. Британија, Холандија, Финска и Турска, а највећи степен угрожености имају Грчка, Пољска, СР Југославија, САД и Шпанија.

Најповољније стање безбедности саобраћаја (мерено бројем погинулих на милион моторних возила) имају Шведска, В. Британија, Холандија и Немачка, а најнеповољније Румунија, СР Југославија, Турска и Пољска. Највише погинулих (на милион моторних возила) имају земље са ниским (малим) степеном моторизације. Код ових земаља је углавном и жестина незгода највећа (најнеповољнија).

Када се узму у обзир и динамички параметри (пређени пут, односно остварени транспортни рад - податак који све земље не исказују), најповољније је стање у Вел. Британији, Шведској и Финској, а далеко најнеповољније у Турској.

На основу података из табеле 1. као и уопште код упоређивања података о безбедности саобраћаја између држава, не може се закључити на основу простог упоређивања величина садржаних у подацима. Неопходно је водити рачуна и о другим факторима, који нису садржани у подацима, а без којих закључци не би били поуздани. Нарочито треба водити рачуна о следећим околностима, односно чињеницама које се могу одразити на резултат упоређивања: статистика на међународном нивоу није потпуно усклађена; обим, интензитет и структура међународног саобраћаја је различита, а утицај ове врсте саобраћаја на безбедност у неким земљама је значајан; различити географски и климатски услови (у неким земљама нема уопште снега, магле и леда, али су високе температуре присутне највећи део године, док је у другим земљама обрнуто).

Суштинско питање, за све оне који треба да се старају о безбедности саобраћаја, је да утврде због чега су учесници у саобраћају (пре свега возачи) у Југославији толико (трагично) мање успешни у обављању истог посла (управљању моторним возилом у саобраћају) од људи из свог европског окружења. Одговор на ово питање може помоћи да се систем реаговања друштва у овој области учини ефикаснијим.

3.1. ОСНОВНИ УЗРОЦИ ВИСОКЕ СТОПЕ САОБРАЋАЈНИХ НЕЗГОДА

Нема никаквих научних ни стручних доказа на основу којих би се могло закључити да људи на овим просторима имају већу стопу незгода због слабијих биолошких и других природних предиспозиција, мањег капацитета способности за учешће у саобраћају или да се ради о било којем другом природном дефициту (психофизичка деградација или нижа врста). Сматрамо да је основни проблем, односно да узроке треба тражити у два правца:

- Недовољно адаптираној околини, односно у високој стопи објективног ризика у саобраћају коју овако недовољно адаптиран простор ствара.
- Условима у којима се људи припремају, формирају, моделирају као учесници у саобраћају.

3.1.1. Недовољно адаптирана - прилагођена околина

Недовољно адаптирана околина, због тога што није прилагођена човеку и не обезбеђује оптималне услове за безбедно одвијање саобраћаја, производи високу стопу објективног ризика у саобраћају. Ради се пре свега о ризицима повезаним са путевима, инсталисаном опремом, околином, возилима и другим условима за одвијање саобраћаја. Недовољно адаптирана околина поставља високе захтеве пред возаче, што се посебно огледа кроз:

- ♦ Већи број појава које просечно по 1 км пута возач мора уочити, обрадити и на њих одговорити (рупе, деформације на коловозу и др.).
- ♦ Већи број одлука које возач мора донети.
- ♦ Већи захтеви у погледу прилагођавања брзине и начина вожње (због уског коловоза, неадекватних кривина и др.).
- ♦ Чешће мењање режима вожње.
- ♦ Мањи број поузданих информација које возач добија.
- ♦ Повећан ритам улазних информација и појава које треба обрадити (а капацитет обраде је ограничен).
- ♦ Повећани захтеви у погледу идентификације, квантифицирања и реаговања на објективни ризик.
- ♦ Сложеније возачке задатке (од којих су неки изненадни, нетипични, ненајављени, појављују се у време када је возач већ оптерећен и сл.).

Поред високих захтева које пред возаче поставља неадаптирано саобраћајно окружење (објективни ризик), овај ризик се на разне начине конвертује у субјективни ризик. Тако кумулирани објективни и субјективни ризик повећава степен (ниво и структуру) ризика, чиме се повећавају изгледи (вероватноћа) да се овај ризик чешће конкретизује у саобраћајне незгоде.

3.1.2.- Припрема - формирање људи као учесника у саобраћају

На поузданост возача и њихову стопу саобраћајних незгода у великој мери утиче систем припреме и услови у којима се људи формирају и моделирају као учесници у саобраћају. Од њих зависи како ће се исти биолошки (људски фактор) "материјал" искористити, учинити поузданим учесником у саобраћају или "упропастити". На то посебно утиче:

- ♦ Ефикасност система припреме становништва за саобраћај.
- ♦ Ефикасност система обуке возача моторних возила, као финалног дела припреме ове категорије учесника у саобраћају којој је највише потребна помоћ друштва да би могли удовољити високим захтевима које пред ову категорију саобраћај поставља.
- ♦ Социјализација у асоцијалном, због друштвене дезорганизације, поремећеног система вредности, неефикасности институција, неизграђеног система вредности и др.

- ♦ Саобраћајно окружење (због неадекватне сигнализације возачи губе поверење у саобраћајне знакове и не поштују их и сл.).
- ♦ Социјални услови у којима се стичу навике, схватања, ставови, начин размишљања и остала обележја личности која утичу на њихово понашање у саобраћају.
- ♦ Допунско саобраћајно васпитање и образовање возача.
- ♦ Доследност и праведност у спровођењу прописа.
- ♦ Интеракција и feedback (повратна спрега), као последица понашања институција у систему безбедности саобраћаја (кад возач види да друштво не испуњава своје обавезе у погледу стварања услова за одвијање саобраћаја мисли да се ни он не мора држати својих обавеза).
- ♦ Опште културни ниво средине, а у оквиру тога и ниво саобраћајне културе.
- ♦ Други облици културног кондицирања становништва.

Све ово утиче на саобраћајну зрелост, етику и остале изворе понашања човека у саобраћају. Окружење ствара – ”пројектује” возаче. У Југославији оно је такво да са једне стране тражи висок ниво перформанси возача, а са друге стране неповољно утиче на те перформансе. Тако се долази до високих захтева саобраћајног система због високе стопе објективног ризика и неповољног учинка окружења на возаче (навике, ставови, схватања и др.).

Да би створило безбеднију средину за кориснике пута друштво треба смишљено, плански и синхронизовано предузимати мере којима ће ”нападати” наведене узроке, односно кроз прилагођавање околине смањити висину захтева које саобраћај поставља пред возаче и систем припреме људи за саобраћај учинити ефикаснијим.

3.2.- ПРОБЛЕМ ЕКСПОНИРАНОСТИ РИЗИКУ

Експонираност ризику је веома значајна компонента безбедности саобраћаја, односно није свеједно да ли је човек, макар и истом, степену ризика изложен (учествује у саобраћају) просечно пола сата или осам сати дневно. Чињеница да човека много чешће уједа пас него крокодил не значи да је крокодил за човека мање опасан од пса, него да је човек више експониран ризику од уједа пса. Иако је степен ризика од уједа пса мањи због веће изложености овом ризику настаје већи број ових уједа. Знања о броју незгода и настрадалих лица нису довољна да се потпуно одговори на специфична питања безбедности саобраћаја без потребних знања о изложености или броју изложених ризику. Број погинулих у односу на број регистрованих моторних возила су боља мера него само број погинулих, али ни то није довољно. Остају тешкоће као што су утицај: транспортног рада, пређеног пута, утицаја пола, старости, величине возила, сигурносног појаса на ризик од страдања у саобраћају итд.

Изложеност се не треба третирати као уски концепт. Ако знамо број погинулих мушкараца и жена по јединици пређеног пута (нпр. на 100.000 км), то

аутоматски не подразумева и исте услове вожње (путовања). Мушкарци више од жена возе под неповољнијим (ризицијим) условима (ноћ, лоши временски услови, комерцијална тешка возила, дуже релације итд.) и то треба узимати у обзир код вредновања изложености. Пошто је сваки параметар важан, треба рашчистити шта се мери и шта то значи, дужина вожње или повећаног ризика за време вожње. Ако се жели одредити ко ће пре доживети незгоду (нпр. мушкарац или жена) треба све укључити у изложеност што је доста тешко. Да би се боље размишљало наводимо да уколико постоје и исти услови разлика може да се појави у брзини вожње у истим условима, а и тај параметар је важан за меру изложености ризику.

3.3.- БРЗИНА И РИЗИК У САОБРАЋАЈУ

Свог природног хендикеп, споре покретљивости, човек се у доброј мери ослободио захваљујући напретку науке и технике и њиховој примени у саобраћају. Један од основних проблема јесте изложеност човека брзинама у саобраћају, односно управљању енергијом при релативно великим брзинама и то на врло ограниченом простору.

Људи су хиљадама година живели у средини у којој се споро кретало. Своје психофизичке способности (нервни систем, чула, и др.) човек је прилагодио таквим условима спољне средине и није био у стању да се у тако кратком временском периоду од 60-70 година интелектуално, физиолошки и морално адаптира на моторно возило, односно захтеве које његова безбедна употреба захтева. Брзина повећава захтеве, потенцира људске недостатке, осиромашује контакте и спора ~~зумања~~ је физиогенезом човек своје психофизичке способности развио и прилагодио одређеним условима спољне средине. При брзини пешака и оптерећењу од 1,1 КС човек може са оптимумом решавати проблеме-препреке које се јављају у савлађивању простора - кретању и животу уопште. За изложеност дејству брзине и енергије коју развијају моторна возила човек није наоружан "наменским чулом" које би му помогло да лакше и раније уочи опасност на путу. Овај недостатак човека мора се надокнадити свеукупним ангажовањем личности и пажњом, али и обавезом друштва да адаптира (прилагоди) простор за одвијање саобраћаја. Осим тога, човеком као биолошким бићем управљају биолошки закони, док је возило технички производ.

На одлуку возача о избору брзине којом ће се кретати утичу разни фактори. Међу њима је и систематско потцењивање вероватноће за настанак саобраћајне незгоде и недовољне свести о утицају одабране брзине на степен ризика. На то указују и истраживања вршена у свету у којима су возачи-испитаници оценили да су ограничења брзине на путевима постављена ниско, као и просечне брзине на путевима на којима је дошло до промене ограничења брзине (навише или наниже). Са повећањем брзине у већој мери расте ризик од повреде и смрти него ризик од саобраћајне незгоде. Ако је стопа незгода везана за брзину (V) сразмерна повећању просечних брзина, онда ће стопа повреда у незгодама бити сразмерна V^2 , а вероватноћа да ће повреда бити фатална је сразмерна V^4 . Уверљивост ових односа

налази се и у повећању стопе погинулих у САД када су повећане дозвољене брзине на руралним међудржавним путевима са 55 на 65 mph 1987 године.³

За безбедност саобраћаја није само важна брзина којом се возач креће него и правремена промена (прилагођавање) брзине. Разлике у брзинама возила у истом саобраћајном току повезане су са великим бројем незгода. Када би се возила која се крећу у истом смеру кретала истом брзином до судара између њих не би могло доћи. Истраживања у САД су показала да возачи који возе близу просечне брзине имају мању стопу незгода од возача који возе изнад или испод просечне брзине.⁴ За возаче који се крећу већом брзином од просечне објашњење је једноставније јер се са повећањем брзине повећава и ризик (повећава се темпо обраде информација и уопште решавања возачких задатака, возила која се крећу брже морају чешће претицати и изводити друге сложеније радње). Због веће брзине и жестина ових незгода је већа тако да су и стопе повређених и погинулих изнад просека.

Узроке веће стопе незгода код возача који се крећу спорије од просечне брзине треба тражити у разлозима због којих се крећу таквом брзином. У оваквим случајевима возач се опредељује за спорије кретање због неких личних разлога (смањене способности, недостатак искуства и др.) или неисправности возила. Када такав возач одлучи или буде приморан да повећа брзину до просечне то најчешће прати и повећани ризик. Међутим, стопе настрадалих лица у овим незгодама су мање од незгода које изазивају возачи који се крећу брзинама изнад просека.

Брзина, па и просечна брзина путовања, је у великој мери компромис између безбедности и мобилности. Рационалан возач може повећати просечну брзину без повећања ризика, на тај начин што ће брже возити на деловима пута који су мање ризични (мање оптерећен део пута са dobrим елементима и сл.), а брзину смањивати на деловима пута на којима је дистрибуција опасности већа.

Због великог утицаја брзине на број и жестину саобраћајних незгода, контрола брзине кретања треба да буде складно и избалансирано уклопљена у систем реаговања (одговора) друштва на негативно појаве у овој области. То значи, брзину контролисати на оним деловима пута на којима настају незгоде због непрописне брзине и у сразмери са бројем таквих незгода (на једну незгоду због непрописне брзине предузети 30 до 50 принудних мера због прекорачења брзине на том делу пута).

³ - Еванс, Л.: наведени рад (1991).

⁴ - Еванс, Л.: наведени рад (1991).

4.- ЗАХТЕВИ САВРЕМЕНОГ САОБРАЋАЈА И ПСИХОФИЗИЧКЕ СПОСОБНОСТИ ЧОВЕКА

4.1.- УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Учешће у савременом саобраћају, нарочито управљање моторним возилом, поставља релативно високе захтеве пред човека, односно његове психофизичке способности. У крајњој линији ови захтеви су последица научно-технолошке револуције која поред свог унутрашњег, технолошког има и свој спољни друштвени садржај и смисао. Она, између осталог захтева да се и сам човек мења - прилагођава у својој организованости и начину мишљења. Време у ком живимо карактерише веома брзи темпо живота. Индустријализација, механизација, саобраћај, брзо се мењају добијајући нове карактеристике. У тој силној динамици и напретку налази се обичан, просечан човек немоћан да се у потпуности прилагоди новонасталим условима.

Развитак људских психичких и физичких способности је очито спорији од развитка његових техничких способности. Радна способност савременог човека постала је неадекватна радној способности техничких средстава којима треба да рукује. Због тога се о овоме, а о саобраћајним незгодама посебно, не може квалификовано расправљати уз потпуно занемаривање биолошког хендикеп савременог човека. Хуманизам као етички став којег прихватимо обавезује нас да водимо рачуна о природи човека као вредности у сваком појединцу.

Човек није довољно прилагођен моторном возилу и саобраћају ни физички, ни психички, ни социјално. С друге стране могућности прилагођавања моторног возила човеку су ограничене, између осталог, и због све већих захтева за повећање брзине и снаге савремених моторних возила. Човек једним мозгом мисли кад иде пешке, значи кад се креће 3-5 км на час и када управља моторним возилом које развија снагу и до 150 KW и брзину од преко 200 км на час. Није хендикеп то што мора једним мозгом мислити али је опасно ако му је начин мишљења исти, због тога што су захтеви који се постављају пред њега као возача другачији и много већи од захтева који се постављају пред њега као пешака. Са аспекта брзине пешачки саобраћај изгледа природан саобраћај за човека.

У савременом саобраћају, са постојећим превозним средствима, нивоом организације одвијања, регулисања, обимом и начином презентирања информација учесницима у саобраћају, људске способности долазе у искушење. Човек може технички усавршити возило, изградити квалитетније и шире путеве, побољшати друге услове за одвијање саобраћаја, али он не може, преко одређене границе, усавршити (изменити) своје психофизичке датости. Не може се много учинити да се преко одређене мере смањи време реаговања, односно побољша реакциона способност, измени стање услед заслепљености, страха итд. Ту природа поставља одређене границе.

У настојању да објаснимо честе људске пропусте у саобраћају не можемо затварати очи пред чињеницом да захтеви у савременом саобраћају некад

превазилазе могућности човека. Несавршеност људске природе, његов крвоток, чула, нервни систем, већ од саме природе нису увек дорасли таквој брзини, снази возила и другим бројним задацима које треба у саобраћају брзо решавати. Истина, те захтеве некад повећава, тј. сам себи намеће и сам човек, јер га нпр. нико не тера да вози већом брзином и да за одређено време пређе неки пут.

4.2.- ОДНОС ИЗМЕЂУ ЗАХТЕВА САОБРАЋАЈА И СПОСОБНОСТИ ЧОВЕКА

Carl Benz је, бринући се за пласман својих производа, мислио да ће тржиште за аутомобиле бити ограничено, пре свега, због захтева које управљање возилом поставља пред човека. Зато је 1901 године рекао: “Неће бити више од милион људи који ће бити способни да се обуче за возаче”.⁵ Овај изузетан човек, који је веома заслужан за развој аутомобилске индустрије а тиме и саобраћаја, био је на почетку XX века, односно развоја моторизације, свестан високих захтева које саобраћај поставља пред човека. Од тада су се променили многи фактори од којих зависи висина и структура ових захтева (возила, путеви, брзина кретања, управљање саобраћајем и др.) и поред многих тешкоћа и недостатака, доста се научило о специфичним аспектима компоненти возачког задатка. Данас велики број људи не само да управља моторним возилима (у свету данас има око 600 милиона људи који имају лиценцу за управљање моторним возилом) него и релативно брзо, без утрошка великог времена и енергије, науче да изводе основне радње, али остаје проблем поузданости, односно учинка који гарантује безбедност.

ОДНОС ИЗМЕЂУ КОМПОНЕНТИ ВОЗАЧКОГ ЗАДАТКА И ПЕРФОРМАНСИ ЧОВЕКА

КОМПОНЕНТЕ ВОЗАЧКОГ ЗАДАТКА - ЗАХТЕВИ	СПОСОБНОСТИ - ОГРАНИЧЕЊА ЧОВЕКА (ВОЗАЧА)
Посматрање извора података (информација-појава)	Ограничене могућности уочавања-перцепције (у истом моменту човек може уочити ограничен број појава)
Уочавање (перцепција) информација (чулни пријем, опажање појава, знакова, брзине, растојања возила и др.)	Ограничене могућности предвиђања (често није лако предвидети шта ће се десити на друмској сцени 10-15 секунди унапред)
Регистровање-схватање порука (информације-појава)	Ограничено време реаговања (испод одређене границе не може се смањити а возило које се креће 100 км/х за 1. сек. пређе 27,7м)
Поред визуелних, примање информација о динамичком понашању возила (посебно о параметрима стабилности, механичким величинама, преко седишта, точка управљача, пнеуматика и др.)	Ограничене чулне способности (заслепљење, адаптација ока на светло-мрак, немогућност тачне процене брзине и удаљености другог возила, сужавање видног поља при већим брзинама и др.

⁵ - Види: Еванс, Ј.: наведено дело.

Вршење селекције информација (раздвојити потребне од непотребних, односно релевантне обрадити, а нерелевантних одбацили)	Стање услед страха (када је човек лишен могућности предузимања рационалне радње)
Очекивања (очекивање догађаја, очекивање континуитета, временско очекивање, "таласи очекивања")	Ограничен квалитет пажње (постојаност и покретљивост пажње)
Предвиђање - процена будућих ситуација на основу садашњих информација 5, 10 или 20 секунди унапред (где ће се за то време наћи покретне појаве: пешаци, возила у односу на непокретне појаве: знакове, раскрснице и др.)	Немогућност да се тачно процени удаљеност и брзина другог возила (тако да се многе одлуке доносе на основу недовољно поузданих информација)
Доношење одлука (неке доноси одмах, а неке одлаже)	Рад у покрету (радити у покрету је много теже него радити у месту)
Реализовање одлука-извођење радњи (руковање командама и вођење возила)	Друга ограничења условљена природним датостима човека
Праћење ефеката предузетих радњи (путем пријема и обраде нових информација)	Дисперзија пажње и способности (једнотрачни ум на више задатака)
Број и структура појава на које треба одговорити се стално мења (различит број, природа и брзина појава)	Сталне промене у обиму и структури ангажовања различитих способности (различит капацитет и врста способности)
Велика брзина и темпо задатака (улазних информације које треба обрадити и на њих одговорити) и њихова дисперзија по разним фазама поступка обраде (док је једна или две у фази уочавања, друга у фази процене, трећа четврта у фази одлучивања итд.)	Ограничене могућности максималног темпа и брзине обраде и извршења (учинка), па када темпо учинка буде испод темпа захтева због преоптерећености може доћи до грешке и незгоде.

Ако рашчланимо у fine детаље компоненте возачких задатака видимо да су они комплексни, јер укључују симултану контролу возила (путем управљача, гаса, кочница и др.), спознају околине која се стално мења на вишем нивоу (уочавање, препознавање, схватање и процена информација и понашања других) итд. McKnight и Adams су 1970 године идентификовали око 1500 перцептуално моторичких задатака у вожњи.⁶

Савремени саобраћај од возача захтева да континуирано симултано обавља неколико функција. Са друге стране његове психофизичке способности, перформансе (учинак) су ограничене. Због тога је потребно сагледати захтеве система (саобраћаја), са једне и капацитет перформанси, способности којима човек треба да одговори на те захтеве са друге стране.

Практично, модел задатака управљања возилом заснива се на појму: податак - схватање - расуђивање - процена - одлука - акција. Да би удовољио овим захтевима возач мора имати добар осетни (перцептивни) систем, способност расуђивања,

⁶ - Еванс, Л.: наведено дело.

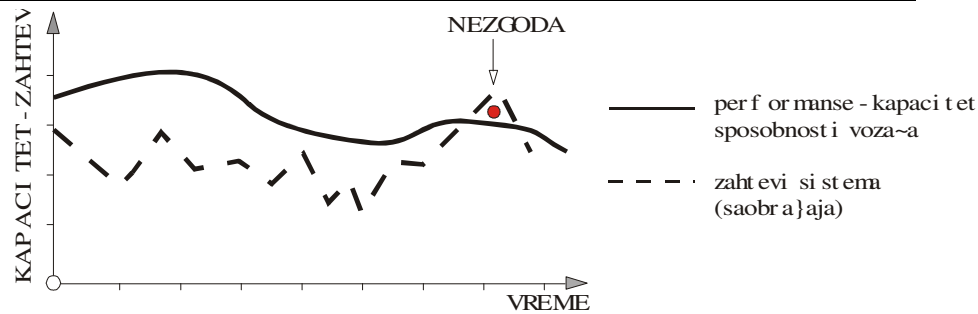
предвиђања и оцене, како би могао адекватно интерпретирати информације и правилно реаговати.

Ови задаци захтевају да возач прима улазне информације, да их обради, предвиди више алтернативних акција, одлучи се за најпогоднију, предузме акцију и прати ефекте акције путем пријема и обраде нових информација. Повољна околност је што возач најчешће има могућност да може кориговати предузету радњу ако процени да то треба учинити. Наиме, када човек баци лопту не може више утицати на њену путању, међутим код управљања возилом човек прати ефекте своје радње и често може вршити накнадне корекције.

У овом низу задатака појављују се и проблеми како због капацитета способности човека тако и због других фактора и њихове интеракције. Између осталог, ови проблеми обухватају:

- ◆ Недовољан број поузданих информација за предстојећи задатак.
- ◆ Вишеструке дисперзије већег броја појава у различитим фазама обраде (од перцепције до одговора). Пошто се сцена стално, а често и брзо, мења возач не обради до краја једну а већ се појављују нове појаве на које се мора одговорити. Може се десити да се у свакој фази обраде нађе по једна или више појава.
- ◆ Однос између брзине и темпа задатака и брзине и темпа учинка возача, ако темпо улазних информација (задатака) превазилази способности максималног темпа обраде и извршења (учинка) може, због преоптерећености, доћи до грешке па и незгоде, јер је темпо учинка испод темпа захтева (задатака).
- ◆ Тешкоће са крајње екстремним информацијама или необичним догађајима.
- ◆ Одбацивање једног броја релевантних информација (задатака) због усмерене пажње на необавезне задатке (на цигарету, окретање према путницима на задњем седишту и сл.).
- ◆ Одбацивање необавезних задатака (престанак разговора, слушања радија и сл.) када се појаве нови задаци на које се мора одговорити.
- ◆ Споро одбацивање неодговарајућих информација.

Овим сложеним захтевима није увек лако удовољити јер су природне психофизичке способности човека ограничене. Када сложена саобраћајна ситуација постави захтеве који превазилазе моменталне перформансе - капацитет - способности возача, долази до саобраћајне незгоде. На слици 1. представљен је однос између захтеваног капацитета (захтева саобраћаја) и перформанси - капацитета способности возача.



Слика 1. Упрости́ен шематски приказ односа између захтева саобраћаја и капацитета способности возача

Ако се у одређеном моменту (што може уследити брзо и изненада) захтеви повећају и превазиђу моменталне способности - капацитет возача (које могу бити умањене и због утицаја алкохола, умора, болести, лекова, недовољног знања, глади, жеђи, као и недовољне пажње, расејаности, опуштености и других бројних фактора), долази до саобраћајне незгоде. На висину захтева, између осталог, утиче:

- ◆ Брзина кретања (са повећањем брзине смањује се време за уочавање појава, обраду података и доношење одлука, смањује се централно видно поље, ограничава периферно видно поље и др.).
- ◆ Сложеност саобраћајне ситуације (број корисника пута или других појава, на раскрсницама већи захтеви него на правом путу, у насељу по правилу већи захтеви него на путу ван насеља итд.).
- ◆ Стање пута (бољи пут мањи захтеви - ниже вредности реаговања).
- ◆ Стање сигнализације и уопште система комуникација (бољи, потпунији, јаснији систем мањи захтеви, помоћ подацима постављеним унутар конуса централног видног поља, поједностављене одлуке или померањем времена за одлуку чиме се олакшава обрада података).
- ◆ Стање возила (технолошки застарела и неисправна возила већи захтеви и обрнуто).
- ◆ Околина пута.

Висина захтева зависи од нивоа и структуре објективног ризика, тј. спољних услова у којима се одвија саобраћај и човека (учесника у саобраћају). Нпр. са повећањем брзине возач повећава захтеве јер повећава темпо појава и одлука, а смањује себи време потребно да уочи, схвати, обради информације (појаве), донесе одлуку и предузме радњу. Са друге стране неповољни услови у којима се саобраћај одвија (стање пута, сигнализације, климатски услови и др.) постављају веће захтеве него повољни услови.

Задатак слободног ритма. Захтеви су мали када је спољно наметање темпа на ниском нивоу где возач може креирати ситуацију. На пример, ситуација на неоптерећеном сеоском путу где возач треба само да одржава правац кретања и

контролише брзину. Међутим и овде возач може да наметне себи неко оптерећење на тај начин што ће повећати задатак (повећањем брзине, смањивањем растојања или обраћајући се спољним стварима). У овим ситуацијама углавном сам возач одређује висину захтева и тежину возачког задатка.

Задатак форсираног ритма. У овим ситуацијама захтеви су већи јер возач мора да се прилагођава и да савлађује дате - наметнуте ситуације. То су претицања и друге сложеније радње у условима густог саобраћаја. Највеће захтеве постављају сложене саобраћајне ситуације у којима возач доноси више значајних одлука о избору понашања. Истраживања показују да са повећањем захтева код возача настаје пораст фреквенције пулса и смањење електричног отпора коже.

Када се говори о односу између захтева система (саобраћаја) и ограниченим психофизичким способностима (капацитету или природном хендикепу) човека, онда нарочито треба истаћи следеће чињенице (околности):

а).- Очекивања возача. Понашање возача претежно одређују навике, искуство и очекивања и све што се коси са тим може да изненади возача и да доведе до грешке или продуженог времена реаговања. Возачи нагињу да предвиде наредне ситуације и догађаје. У одсуству супротних доказа претпостављају да ће морати да реагују на стандардне ситуације. Уколико се очекивања остваре учинак возача ће највероватније бити без грешке. Међутим, уколико ситуација није у складу са очекивањем настају проблеми који за последицу могу имати погрешну одлуку или продужено време реаговања, односно постоји вероватноћа да ће доћи до неуспеха, а можда и до инцидента или незгоде. У саобраћају су најзначајнија три врсте очекивања:

- ◆ Очекивање континуитета. Возач очекује да ће се догађаји из непосредне прошлости, као што је континуитет у кретању возила, наставити (нпр. да возило испред неће променити брзину па због тога држи мало растојање).
- ◆ Очекивање догађаја. Када возач очекује догађај спремнији је да на њега одговори. Ако се појави нешто за чега је постојала ниска вероватноћа појаве изазива изненађење, продужено време реаговања или грешку. Или, возач очекује ситуацију без ризика, не реагује на знак или уређај а ризик се ипак појави. Возач треба да реагује на знак или уређај а не на присуство ризика (ризик се не најављује).
- ◆ Временско очекивање. Када су догађаји циклични изазивају временску неизвесност да ли ће догађај настати, било да се ради о константним интервалима (светлосни саобраћајни знакови) или варијабилним интерсигналним интервалима (теже проценити). Ако је дуже дато стање већа је вероватноћа да ће доћи до промене, то је логично очекивање али може доћи и до недоследних одговора (неки возачи убрзају према зеленом светлу, а неки успоре јер очекују да се сигнал промени).
- ◆ **Инцидентни пропусти.** Због високих захтева долази и до различитих информационих пропуста, када: информација није уопште дата; информација понуђена али је возач није примио; информација примљена али је погрешно оцењена; возач схватио информацију али није донео одговарајућу одлуку и др.

ц).- Рад у покрету. Мислити и радити у покрету не може се поистоветити са радом у месту. За све време док управља возилом сцена и испред и иза возила се

стално мења тако да возач мора на време уочити појаве, предвиђати и планирати своју активност како би могао одредити сигуран план вожње, односно одговарајуће радње предузети на време. При томе треба имати у виду да су информације о условима за предузимање неке радње (нпр. претицања) често непоуздане или недовољне што продужава време за обраду информација и доношење одлуке.

д) - Брзо мењање сцене и задатака. Поред тога што се сцена испред и иза возила стално, а често и врло брзо мења, возача некад истовремено "нападају" и по 10 дражи, па треба пре свега да их уочи, схвати њихово значење, изврши селекцију на које треба реаговати а на које не, затим како реаговати јер све не траже исту реакцију, донети одлуку и предузети одговарајућу радњу.

е) - Капацитет учинка (обrade информација). Човек прима одређене информације из околине, обрађује их и на основу тога доноси одлуке и предузима радње. Поред релевантних информација човек прима и носи са собом и друге информације које нису битне за моментално управљање возилом. Способност човека да прими, обради и користи информације је ограничена. Осим тога друге нерелевантне информације га ометају да правилно и брзо прими, обради и користи релевантне информације. Потребни и непотребни извори података надмећу се у привлачењу пажње човека. Бука, вибрације и други дестимулативни фактори умањују коефицијент информационе оптималности човека. Поред свега тога поставља се и питање колико је возило способно да правилно оствари оно што човек на основу релевантних информација предузима.

ф) - Предвиђање - процена. Грешке у процени су повезане са великим бројем саобраћајних незгода. Некад саобраћајна ситуација захтева од возача да предвиди редослед више догађаја. По правилу могућност предвиђања догађаја, који се у саобраћају брзо одвијају, је ограничена. Нпр. код претицања возач треба предвидети шта ће се догађати на друмској сцени 10-20 секунди унапред, кад има више покретних појава (друга возила, пешаци и шта ће они урадити и где ће се за то време налазити), где ће се он наћи у односу на непокретне појаве (знак, раскрсница, паркирано возило итд.). Човек има извесну могућност да предвиди извесне ситуације и последице својих поступака, међутим, кад ситуација превазилази те могућности, може доћи до грешке која за последицу има незгоду. Човек не може неограничено знати одвијање узрочног тока, поготово што нису ретки непредвиђени догађаји и нетипична понашања других корисника пута.

г) - Процена удаљености и брзине. Способност оријентације помоћу чула, посебно при већим брзинама, је умањена. Због тога се, за безбедност, важне одлуке доносе на основу недовољно поузданих података. Човеково око не може ефикасно да оцени брзину и удаљеност (раздаљине које захтевају процену најчешће се крећу од 5 до 500м) других возила што је од пресудног значаја код претицања. Амерички стручњаци су доказали да возачи почињу да прилагођавају своју вожњу возилу које се креће испред њих тек када се приближе на одстојање мање од 70 м и то када се ради о доброј видљивости. Ноћу и за време смањене видљивости оцена одстојања је још неизвеснија, готово варљива. На правом путу посматрањем црвених светала на задњој страни возила тешко је установити, на већој или средњој удаљености, да

ли се возило креће или стоји, када се приђе близу уочава кретање али не и којом брзином.⁷

х) - Способност реаговања возача, не може се преко одређене мере побољшати. Он мора чулом опазити појаву, схватити значај те појаве, донети одлуку о начину реаговања и донету одлуку претворити у целисходну радњу (за то му треба 0,8 до 1,2 сек.). Под способношћу реаговања не подразумевамо само време реакције него и сигурност реакције. Брзо реаговање није увек и најважније јер превише брз поступак може довести до грешке при избору онога што у датој ситуацији најбоље треба урадити. Неко има кратко време реакције али реагује и на надражај на који уопште не треба реаговати. Сигурност реакције састоји се у томе да возач из обиља подражаја који делују на њега изабере само оне на које треба реаговати и да на њих адекватно одговара.

и) - Ширина видног поља. Саобраћај овакав какав данас имамо, некад поставља захтеве који превазилазе биолошку меру. "Неподобности" човека за управљање моторним возилом, неотпорности према сметњама психичке и физичке природе доприноси и чињеница што се ширина видног поља зависно од брзине функционално смањује. Поље видљивости се са повећањем брзине сужава, па се, између осталог, код великих брзина не могу уочити све појаве поред коловоза. Број појава које улазе у возачево видно поље у јединици времена повећава се са брзином. Могућности да их возач региструје и схвати су ограничене, односно због брзине су смањене. Истраживања су показала да се код вожње истом деоницом пута при различитим брзинама сужава видно поље и смањује број појава које возач региструје. **Јасноћа видљивости,** које може бити изазвано светлима другог возила, јавном расветом, сунцем, површинама са високим степеном рефлексије и другим, је физичка појава која има одређен утицај на психофизичко стање учесника у саобраћају. На физиолошком плану смањује се способност чула вида што за последицу има ометање у правовременом, потпуном и јасном запажању релевантних појава у саобраћају, а на психолошком смањује конфор виђења и доводи до нервозе и замора.

к) - Квалитет (постојаност и покретљивост) пажње. Од возача у саобраћају тражи се одређен квалитет пажње. Он мора бити способан да пажњу довољно дуго одржава усмерену у једном правцу, али исто тако да је према потреби брзо управља према новом садржају (постојаност и покретљивост пажње). Претерано јачање једног или слабљење другог својства има за последицу појаву коју називамо расејаност, а то је у саобраћају опасно. Оптимална густина догађаја - појава омогућава возачу да правовремено реагује на промене на путу и стање у саобраћају. При оптималној густоћи и разноврсности појава пажња је већа. Недовољна оптерећеност - недостатак подражаја (монотон пут са малим саобраћајем) доводи до стања које спречава вишу нервну активност и изазива поспаност. **Страх,** који се може појавити услед неке опасне ситуације може за извесно време да онемогући или отежа благовремено схватање ситуације, тачно

⁷ - Вид. Минград, М.: наведени рад, 1974.

⁸ - Бабков, В. Ф.: наведени рад.

опажање и сврсисходно реаговање, што има за последицу продужено време реаговања или погрешно реаговање. Страх може изазвати прекид психосоматских животних покрета, тј. изазвати сметње у континуираним покретима људског понашања. Трајање ових сметњи услед страха зависи од јачине узрока и од степена узбудљивости личности.

љ) - Стресно стање. Саобраћај између осталог представља и стресогену средину. Стресно стање, као посебна психолошка категорија, карактерише нижа интегрисаност и осетљивост психичких функција, недовољна каналисаност психичке енергије, снижена будност и др. што смањује рационалну искоришћеност психичких потенцијала. Када је о овим стањима реч треба имати у виду да су за појаву стресног стања веома битне психолошке особине појединца а не само притисци спољне средине.

м) - Стање услед раздражености и беса, није само последица склопа личности него и понашања других учесника у саобраћају и друштвених субјеката који се брину о условима за одвијање саобраћаја. Пешаци, бициклисти, возачи запрежних возила, организације које се старају о одржавању путева и други својим понашањем често стављају у искушење стрпљење других корисника пута. Управљање возилом је рад који није ритмизиран, као многи други послови, него ритам рада зависи од фактора које није могуће унапред предвидети (густина, хетерогеност саобраћаја, стање пута и др.). Непредвиђене изненадне опасности, нарочито код људи са лабилним нервним системом могу изазвати наглу узбуђеност, те им реакција може бити продужена или брза али погрешна или да потпуно изостане. Ако је возач узбуђен, време реакције се продужава код јаких узбуђења и неколико пута. Значај тога може се најбоље оценити ако се има у виду да возило при брзини од 100 км/х за једну секунду пређе 27,7 м.

н) - Пенализација грешке у саобраћају. Последице грешке у саобраћају су по правилу теже него у другим областима људске активности. Саобраћајна незгода је најчешће пенализација грешке. Последица грешке у раду дактилографкиње је погрешно откуцано слово или реч, док последица грешке возача у саобраћају може бити смрт или повреда. Разна људска заказивања у другим подручјима људске активности по правилу немају такве последице. Саобраћај је специфична област људских односа, у којој је друштвено целисходно функционисање осетљиво и на најмању грешку. Понашање у саобраћају, управљање возилом посебно, морају бити потчињени највећој контроли свести. Сваки тренутак непажње, недораслости, несналажења, неодговорности или антисоцијалности појединаца може, зависно од конкретне ситуације, довести до веће или мање опасности која се може конкретизовати и у незгоду са трагичним последицама.

Друштво забрањује човеку да изврши убиство, крађу, као и да изазове саобраћајну незгоду. Претпоставимо да човек једнако жели да поштује, односно не прекрши ове забране. Међутим, много ће теже успети да не изазове незгоду, уколико учествује у саобраћају као возач моторног возила, него да не изврши убиство, крађу или неко друго кривично дело. Заповед не убиј и не укради лако ће поштовати онај ко хоће јер је за то довољно нормално понашање, нормална воља. Заповед не изазови незгоду, код исте воље да се не изазове као и не убије или не

украде, не успева се увек поштовати баш због релативно високих захтева у саобраћају, о којима говоримо.

Због ових разлога имамо ситуацију да се у другим областима друштвеног живота мање од једне десетине популације понаша социјално дезинтегрисано, девијантно и криминално, док у саобраћају потенцијално читава популација је у ситуацији да скриви саобраћајну незгоду, односно да има деликт с казним прогоном.

Саобраћајна патологија је у великој мери резултат трансформације која настаје у судару технике и човека, који настаје, са једне стране због потребе да се брже и слободније креће, а са друге стране због недовољне способности да се прилагоди новим захтевима, односно условима. Није довољно да човек изрази машину него се и човек мора прилагодити свом производу, што на одређен начин значи да и машина изграђује њега. Повећање одређених психофизичких напора је нужан услов егзистенције у свету технике.

Учешће у саобраћају скопчано је са одређеним ризиком. Понашање у њему се креће од сигурног до несигурног и сваки учесник се пре или касније може наћи у пољу несигурног понашања. Другим речима незгоде не изазивају само асоцијални, пијани, уморни, болесни, неспособни, него незгоду може изазвати сваки учесник у саобраћају. Иако сви учесници у саобраћају не изазивају незгоде ни један не може са сигурношћу тврдити да то неће учинити у будућности. Истраживања су показала да када бисмо из саобраћаја искључили оне који су изазвали незгоду да бисмо се у најбољем случају решили само сваке четврте или пете незгоде, док би остале изазвали они који до тада нису имали незгоду.⁹

Возач моторног возила не може као пешак стати када хоће него треба, зависно од брзине возила, ефикасности кочница, подлоге пута и др. да прође извесно време од доношења одлуке до заустављања возила. За то време возило се креће и смањује растојање до препреке на путу. Због тога мора раније предвидети и планирати како би на време могао донети одлуку, односно формулисати сигуран план вожње за конкретну ситуацију на путу и тај план промишљено спроводити. Ово опет захтева сталан напор да се у одговарајућем темпу сваки детаљ на друмској сцени уочи, процени важност онога што се види и на бази тога донесе одлука. Техничке и биолошке основе грешака у саобраћају заслужују пуну пажњу и морају добити своје место у саобраћајној и правној науци и судској пракси.

њ).- Овако биолошки несавршен човек, изложен је разним притисцима социјалне средине, спољним дестимулативним факторима, климатским и микроклиматским утицајима, буци, вибрацијама, неповољном ритму рада и одмора, умору, који у разним комбинацијама вишеструко могу утицати на његове

⁹ - Анализе вршене у САД су показале, ако би све возаче који су у протекле 3 године изазвали једну или више незгода искључили из дистрибуције незгода, у наредне 3 године би имали 79% незгода, а ако се искључе само они који су имали две и више незгода имали би 96% незгода. Сличне резултате износи и SAMPBELL који наводи да 80,7% возача у Сев. Каролини који су имали незгоде у првом двогодишњем раздобљу нису имали незгоде у следећем двогодишњем раздобљу. Вид. М. Муниврана: "Кратак преглед радова о неким карактеристикама возача са и без несрећа". Човек и промет, Загреб 1976. бр. 1.

психофизичке способности. Још није довољно испитано како човек доживљава све ове соматске, оптичке, акустичке, психолошке и друге појаве које му отежавају сналажење и могу довести до неадекватног реаговања. Цео овај конгломерат утицаја на унутрашње изворе понашања човека врши се док учествује у саобраћају, значи док се налази у ризичној ситуацији која је, између осталог, бременита изненађењима, а често и без довољно информација добијених на време.

Да би избегао опасности у саобраћају, човек мора располагати способношћу самоконтроле и одустати од вожње када је љут, узбуђен, уморан или болестан. Међутим, посебно и врло специфично је питање шта безбедност саобраћаја представља за појединог учесника, које су његове слабости у саобраћају и како поступа да не би био жртва незгоде. Човек често није свестан опасности у саобраћају док не доживи незгоду, а опасне ситуације у саобраћају не проузрокују код њега јасна поимања опасности, јер су у већини случајева сувише краткотрајне и савлађују се несвесно. Праве опасности које се завршавају незгодом разликују се од нормалних опасности у саобраћају што их по правилу на време не уочавамо или исправно процењујемо.

Учешће у саобраћају од човека захтева и способност да се прилагоди на специфичне прилике и услове у саобраћају, међу којима и на детаљно правно санкционисано понашање. Наиме, човек добар део времена проводи у разним животним ситуацијама у којима има већу слободу избора понашања. Укључујући се у саобраћај он ступа у ситуацију у којој друштво не препушта појединцима велику слободу избора понашања него оно само до у детаље прописује - намеће ~~правила саобраћаја~~ ^{Правилник о саобраћају} а ситуација ставља своје различите захтеве пред учеснике у саобраћају непрекидно, а ту су и захтеви учесника према околини, саобраћају. Психофизичка баријера је главни регулатор њихове узајамне динамичке равнотеже и регулатор активности - понашања. Код превисоких захтева саобраћаја и неумесних захтева учесника, настају поремећаји у интегритету и понашању који могу бити асоцијалног и психопатолошког карактера. Код мање толерантних људи долази до фрустрације коју карактерише: на субјективном плану напетост и тескоба; на физиолошком плану измењен рад више органа; на плану понашања поремећаји у организацији а некад и дезорганизацији активности; на социјалном плану поремећени социјални контакти уз стварање напетости у односима са околином. Фрустрације делују кумулативно, не губе се него се напетости гомилају и доводе до неадекватних реакција.

Када је реч о психофизичким способностима човека и захтевима које пред њега поставља безбедно учешће у саобраћају, посебну пажњу заслужује такозвана категорија хендикепираних учесника у саобраћају (деца, стари, инвалиди и

болесни).¹⁰ Свесно њихове недораслости захтевима савременог саобраћаја друштво својим мерама ограничава њихово учешће у саобраћају.¹¹

У односима човек - човек, човек - друштво и човек - природа, техника је својеврсно средство комуникације. Могућности науке за усклађивање технике са људском природом још нису исцрпљене. Будући да је створио материјалне услове живота човек је у стању да створи и себе, односно да се у већој мери прилагоди тим условима.

Човек је за промене способнији од свих других живих бића. Qудској несавршености као фактору настанка незгоде можемо се одупрети са једне стране прилагођавањем возила и пута човеку и стварањем других повољнијих услова за одвијање саобраћаја и прилагођавањем човека возилу и саобраћају (образовањем, јачањем свести, одговорности и др). Потребно је радити на прилагођавању спољних - објективних фактора психофизичким способностима човека, као и на прилагођавању човека захтевима саобраћаја. У мери у којој се ускладе односи и постигне већи склад између објективних чиниоца и субјективних људских фактора, смањиће се захтеви који у саобраћају стављају у искушење људске способности и ове способности обогатити могућностима које ће човека ослободити терета сопствене несавршености.

о).- Смањење захтева које саобраћај поставља пред возаче. Захтеви које саобраћај поставља пред возаче могу се смањити на различите начине. Смањењу захтева много могу допринети савремене управљачке методе и средства. Саобраћај је погодан медиј за прихватање и примену научних и техничких достигнућа у правцу постизања оптималног управљања на путевима. Увођењем савремених научних и техничких достигнућа у управљању саобраћајем и уопште повећањем степена организованости одвијања саобраћаја, смањиће се и захтеви које саобраћај поставља посебно пред возаче. На пример код обичне раскрснице, где се укрштају путеви исте важности, возач мора да обрати пажњу на већи број појава (знакове, пешаке, возила која долазе са леве и десне стране итд.), да процени понашање других корисника пута и на основу тога донесе одлуку када ће и како прећи преко раскрснице. Постављањем семафора на ту исту раскрсницу смањује се број одлука које тај возач треба донети (време проласка кроз раскрсницу "одређује" семафор, смањује се број других учесника у саобраћају о чијем понашању мора водити рачуна како би своје понашање ускладио са њиховим, смањује се број конфликтних тачака у раскрсници, мањи број појава треба запазити итд.). Изградњом денивелације на тој раскрсници захтеви се још више смањују.

Достигнути ниво науке и технике, већ сада пружа велике могућности (сутра ће оне бити још веће) да се створе повољнији услови за одвијање саобраћаја, односно да се захтеви који се постављају пред учеснике у саобраћају смање. Не

¹⁰ - У 1989. год. у Југославији међу пешацима погинулим у саобраћајним незгодама, деце до 14 год. и лица старијих од 65 год. било је 41,2% а у тој години у структури становништва ових лица било је 33,5% (1970. у структури погинулих 42,6%, а у структури становништва 35,1% чиниле су ове исте старосне групе).

¹¹ - Систем селекције великом броју ових лица онемогућава стицање возачке дозволе односно управљање моторним па и другим возилима.

ради се само о побољшању квалитета и прилагођавању возила и пута човеку него и о унапређењу система комуникација на путевима.

*Prof. Milan Inić, Ph.D. and Dragan Jovanović,
Faculty of Engineering, Novi Sad*

CAUSES OF NUMEROUS DAMAGES IN ROAD TRAFFIC IN YUGOSLAVIA

Abstract

In this paper are presented basic causes because of which drivers in Yugoslavia have among the highest rates of traffic accidents in Europe. These causes are not because of smaller ability or any other biological deficit. They should be searched, first of all, in insufficiently adapted space which requires high standards in the system of preparation and formation of human beings as traffic participants. Here are also given measures for reduction of these causes.

*Dr Milan Inić, professeur, et Dragan Jovanović, assistant
Faculté des sciences techniques et Faculté de droit de Novi Sad*

LES CAUSES DU TAUX ÉLEVÉ DES ACCIDENTS DE CIRCULATIONS SUR LES ROUTES DE YOUGOSLAVIE

Résumé

Nous nous sommes proposés ici de montrer les causes principales qui font que les conducteurs de Yougoslavie sont porteurs d'un taux d'accidents de circulation parmi les plus élevés d'Europe. Les causes ne sont pas liées à des capacités défaillantes des conducteurs ou à un déficit biologique quelconque, il faut les chercher, avant tout, dans le manque d'adaptation de l'espace, requérant aux conducteurs des qualités particulières, et posant des défis devant le système de préparation, de formation des personnes participant à la circulation. Nous avons aussi étudié différents moyens pour réduire, de manière importante, les conséquences de cet état de fait.

Др Сања Ђајић, асистент
Правни факултет у Новом Саду

ДЕЈСТВО ОДЛУКА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА У НАЦИОНАЛНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА¹

Сажетак: Пресуде Европског суда за заштиту људских права могу имати више различитих дејстава: накнада штете, средство тумачења Европске конвенције, понављање националног поступка, покретање посебног поступка, измена домаћег законодавства, забрана поновног расправљања у правној ствари о којој је правноснажно одлучио Европски суд за људска права. Државе су савесно испуњавале обавезу накнаде штете на основу чл. 46. Европске конвенције и углавном показивале спремност да прихвате тумачења Европске конвенције које је Европски суд развио у својој богатој пракси. Национална пракса показује како су државе омогућавале и понављање домаћег поступка када је то било потребно, као и какви су све правни основи коришћени да би до новог националног поступка дошло. Примери из праксе других држава и нова Уставна и законска решења у Србији и Црној Гори нам могу пружити смернице за будућу националну имплементацију одлука Европског суда у наш унутрашњи правни систем.

Кључне речи: национална имплементација одлука Европског суда за заштиту људских права, Европска конвенција за заштиту људских права, дејства одлука Европског суда за заштиту људских права, поштовање одлука Европског суда за заштиту људских права

¹ Рад је настао на основу предавања одржаних на курсу стручног усавршавања "Људска права у Европи" који је одржан на Правном факултету у Новом Саду у априлу и мају 2003. године. Овом приликом бих се захвалила полазницима семинара и предавачима на корисним сугестијама које су изнете у разговорима и на предавањима. Поједине сугестије су нашле своје место и у овом раду.

У в о д

Ефикасност сваког правног система се мери, између осталог, и степеном поштовања одлука надлежних тела. О ефикасности европског система за заштиту људских права можемо говорити када проверимо у којој мери државе чланице, односно њени судови и други органи, примењују Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године,² али и у којој мери се повинују одлукама Европског суда за заштиту људских права. Постоји неколико начина поштовања одлука и јуриспруденције Суда, који се крећу од извршења одлуке путем исплате накнаде штете од стране одговорне државе преко отклањања противправности до прихватања Конвенције и њених материјалноправних одредаба у светлу праксе Европског суда. Ми ћемо се овде осврнути на проверу ефикасности европског система у погледу извршења и других начина примене одлука Европског суда, као и на модусе који ту постоје. На тај начин ћемо показати зашто се баш европски систем за заштиту људских права сматра најефикаснијим међународним системом заштите³ и како су државе одговориле на захтев имплементације одлука Европског суда.⁴

Релевантне одредбе Европске конвенције

Постоји више релевантних одредаба у вези са поступком и начином извршења пресуда. Другим речима, постоји неколико међународноправних основа за признање дејстава одлука Европског суда за људска права. Реч је о следећим одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода:

а) Члан 46. Европске конвенције непосредно налаже савесно извршење пресуда и обавеза које су њоме утврђене за одговорну државу.

² *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (European Treaty Series, No. 5). Усвојена је у Риму 4. новембра 1950 године, а ступила на снагу 3. септембра 1953. године. Измењена је у складу са Протоколом бр. 11, који је ступио на снагу 1. новембра 1998. године, чиме је измењена нумерација првобитног текста Конвенције. Србија и Црна Гора у време писања овог текста нису још ратификовале ову Конвенцију, али се очекује да то буде ускоро учињено у складу са обавезом која произилази из чланства у Савету Европе.

³ Janis, M., Kay, R. & Bradley, A., *EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW*, Clarendon Press, Oxford, 1995, стр. 35.

⁴ Делимични подаци о националној имплементацији одлука Европског суда се могу наћи на званичној веб адреси Европског суда: <http://www.echr.coe.int/eng/effects.html>.

Шире о питању националне имплементације одлука Европског суда за заштиту људских права, као и Комитета УН за људска права, в. - Barkhuysen, Van Emerik, Van Kempen (ur.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, Boston, London, 1999.

Чл. 46 – Обавезност и извршење пресуда

1. Високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правноснажној пресуди Суда у сваком предмету у коме су странке.
2. Правноснажна пресуда Суда се доставља Комитету министара који надгледа њено извршење.

б) чл. 41 – 45 Европске конвенције утврђују основна обележја пресуда. Одређују критеријуме коначности, што је претходни услов за њихову извршност.

в) Чл. 2 – 14 и додатни Протоколи који гарантују конкретна права и слободе. Судска одлука конкретизује обавезу државе изведену из неких од ових одредаба (материјалноправни део Конвенције). Непоступање по пресуди води ка продуженом кршењу релевантних одредаба. Истовремено, ове одредбе могу послужити као правни основ за имплементацију од стране других држава које нису непосредно погођене одлуком.

г) Одредбе које се односе на овлашћења Комитета министара Савета Европе у погледу надзора над поштовањем људских права и извршењем пресуда - Чл. 46, став 2 Конвенције, Статут Савета Европе (чл. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 21) као и *Декларација о испуњењу обавеза које су прихватиле државе чланице Савета Европе из 1994.*⁵ Комитет министара може предложити Парламентарној скупштини да предузме потребне мере у случају негативног извештаја. Најстрожија мера је искључење из чланства.

Дејство пресуда Европског суда за људска права према Конвенцији и пракси Суда

Постоји више могућих дејстава које пресуда може имати: обавеза накнаде штете, обавеза повраћаја у пређашње стање, средство тумачења Конвенције, забрана поновног расправљања у истој правној ствари. Ми ћемо их изложити редом.

а) Обавеза накнаде штете (чл. 41. и 46. Конвенције) – У највећем броју случајева се изриче накнада штете као и накнада за трошкове поступка које је имао подносилац захтева. Реч је о накнади материјалне и нематеријалне штете. Она се наводи у диспозитиву одлуке и представља извршни наслов. Суд утврђује рок од 3 месеца у којем је држава дужна да исплати накнаду. Након истека рока обрачунава се затезна камата. За разлику од осталих дејстава и обавеза које могу проистећи, обавеза накнаде штете и тачан износ се утврђује у диспозитиву пресуде.

⁵ Declaration on compliance with commitments accepted by member States of the Council of Europe – Комитет министара је усвојио ову Декларацију 10. новембра 1994. године на 95. заседању.

Досадашња пракса је показала да су државе савесно и скоро без изузетка (један случај неизвршења у преко 3000 пресуда) извршавале ове обавезе. Обавеза накнаде штете на основу одлуке је конкретног карактера и односи се само на одговорну државу у односу на подносиоца захтева. Ова пресуда постаје извршни наслов када постане коначна.

б) Обавеза повраћаја у пређашње стање и отклањање противправности – Обавеза може укључити радњу понављања поступка или измену домаћег права. Ову обавезу држава има у односу на подносиоца представке, ако је реч о понављању поступка, односно у односу на Савет Европе ако је реч о измени прописа. За разлику од накнаде штете, ова обавеза проистиче из образложења пресуде. Такође, Комитет министара Савета Европе води рачуна о томе да ли је дошло до измене спорног прописа или не. Ако до измене не дође, односно ако не дође до понављања поступка, не постоји кршење чл. 46. Конвенције *stricto sensu*. У том случају постоји само продужено кршење Конвенције и могућност покретања новог поступка ради накнаде штете.

Обавеза понављања поступка постоји само у односу на оштећено лице, односно подносиоца захтева. Оваква обавеза не постоји у свим случајевима, већ само у онима у којима то произилази из околности случаја и врсте кршења. Као пример нам може послужити дужина трајања поступка када долази до кршења чл. 6, става 1 Конвенције који налаже да се о индивидуалним правима пред домаћим судом одлучи у "разумном року". Ако је поступак трајао дуго, лице по правилу добија накнаду штете, али је свако понављање поступка потпуно беспредметно. Обавеза понављања поступка може укључити понављање било ког судског или управног поступка, брисање кривичне осуде, окончање притвора и ~~државе~~ су слободне да саме изаберу начин националне имплементације одлука. Овде је такође видљиво обележје Европског суда као међународног суда, а не суда више инстанце.

в) Одлуке као средство тумачења Европске конвенције за заштиту људских права

Јуриспруденција Суда је неопходна да би се у потпуности разумеле обавезе које проистичу из Конвенције, тако да су пресуде истовремено и средство тумачења Конвенције. Пракса суда се на овај начин односи на све државе чланице, а не само на оне које су непосредно укључене у поступак. Ако Суд, на пример, утврди да политичке јавне личности имају ограничено право на накнаду штете због увреде, поводом неке информације која је важна за формирање мишљења јавног мњења и бираче, то је упутство судовима свих држава како да поступају са тужбама за накнаду штете, односно кривичним пријавама, када оне укључују политичку и јавну личност. Из овог и из других примера се јасно види да се одредбе не могу у потпуности разумети без познавања праксе Суда (шта је то разуман рок, шта то значи да лишење слободе мора

ман рок, шта то значи да лишење слободе мора бити временски ограничено, шта су то грађанска права покривена чл. 6, итд).

г) Забрана поновног одлучивања у истој правној ствари

Када Европски суд донесе одлуку, она је коначна и о истом питању се више не може расправљати. (чл. 35, став 2, тачка б). Ако одговорна држава поступи супротно она крши чл. 46. Конвенције и одговарајућу одредбу Конвенције која гарантује конкретну слободу.

Постоје разлике између обавезе накнаде штете и обавезе повраћаја у пређашње стање. Док је прва обавеза део диспозитива, друга се само имплицитно изводи из образложења. Постојање ове разлике није ирелевантно. Ако би друга обавеза постојала као саставни део диспозитива, то би значило да је Европски суд посебна врста уставног суда или суда више инстанце и да може укинати или поништити прописе. Како он то није, а то се посебно наводи у низу одлука као и у Упутству за подношење захтева за покретање поступка, он није у могућности да такву обавезу наложи у диспозитивном делу. Са друге стране, ако држава не поступи сходно обавези повраћаја у пређашње стање, сматраће се да и даље постоји кршење за коју је држава већ претходно била проглашена одговорном. Основ одговорности ће тада бити оне одредбе Конвенције које су биле и у првој пресуди, али не и чл. 46. Конвенције. Подносилац захтева тада поново може покренути поступак, а Комитет министара ће саставити негативан извештај у погледу извршења пресуде.

Последице непоштовања дејства одлука

Ако држава не исплати накнаду штете тиме ће прекршити чл. 46. Европске конвенције. Непоштовање пресуде у погледу других дејстава може довести до кршења одговарајуће одредбе Европске конвенције. Наиме, ако држава не отклони узрок противправности (не измени пропис, не изврши повраћај у пређашње стање, не понови поступак) реч је о продуженом кршењу одговарајуће одредбе Европске конвенције. Оштећено лице тада има право да поново покрене поступак по истом основу као и у првом поступку, односно преко материјалноправне одредбе која је била основ првобитног захтева. У таквим случајевима се укључује и чл. 13 (право на ефикасни правни лек), пошто је држава пропустила да исправи противправност. Такође, могуће је да основи одговорности буду заједно чл. 46. са неком другом материјалноправном одредбом Конвенције. Крајња последица је негативан извештај Комитета министара и санкције које може предузети Савет Европе.

Примери из праксе

Дајемо преглед неколико случајева који показују начине извршења и последице поступања супротно обавезама које се налажу пресудама, односно Европском конвенцијом.

1) *Loizidou v. Turkey*

Европски суд је 1996. године прогласио Турску одговорном због кршења чл. 1. Протокола I уз Европску конвенцију (заштита имовине) према госпођи Луизиду (*Loizidou*), грчког етничког порекла, због ометања мирног уживања имовине на северном делу Кипра.⁶ Обавезу накнаде штете је Европски суд утврдио у посебној пресуди наложивши Турској да исплати износ од 320.000 кипарских фунти на име накнаде материјалне и нематеријалне штете и 120.000 кипарских фунти на име трошкова вођења поступка.⁷ Турска је јавно изјавила да никада неће извршити пресуду Европског суда за заштиту људских права. Турска није признала ниједно обавезујуће дејство пресуде: није исплатила накнаду штете, није омогућила повратак госпођи Луизиду на северни део Кипра, односно могућност да поново користи своју имовину. Комитет министара је донео Резолуцију (2000) 105 којом је потврдио кршење Конвенције и обавезу сваке државе, у овом случају Турске, да безусловно изврше пресуде.⁸ Ово је једини случај када је држава отворено одбила да изврши пресуду у делу који се односи на накнаду штете.

2) *Olsson v. Sweden (Olsson I)*⁹ и *Olsson v. Sweden (Olsson II)*¹⁰

Први случај Олсон против Шведске је пред Европским судом за људска права покренуо брачни пар Олсон због одлуке органа старатељства којом је родитељима био ограничен приступ и посете деци стављеном под старатељство. Установљени програм посета није био поштован, услед чега су родитељи доста ретко и уз потешкоће виђали своју децу. Европски суд је у одлуци *Olsson I* нашао да је повређен чл. 8. Европске конвенције, јер је Шведска неоправдано ограничавала родитељски однос између природних родитеља и њихове деце, иако су одлуке о смештају под старатељство и одбијању захтева за поништајем ове одлуке, према мишљењу Суда, биле у складу са Конвенцијом. Сам начин извршења домаће одлуке о старатељству, која је *per se* била у складу са Европском конвенцијом, била

⁶ *Louizidou v. Turkey*, Пресуда од 18. децембра 1996. године (ECHR Reports 1996-VI).

⁷ *Louizidou v. Turkey (Article 50)*, Пресуда од 28. јула 1998. године (ECHR Reports 1998-IV).

⁸ У својој резолуцији Комитет министара је нашао, између осталог, и следеће: "Пропуст државе уговорнице да се повинује пресуди је без преседана. Комитет налази да одбијање Турске да изврши пресуду Суда доказује очигледно непоштовање њених међународних обавеза, како као стране уговорнице тако и као чланице Савета Европе. Имајући у виду озбиљност питања, Комитет инсистира на томе да се Турска у потпуности и без даљег одлагања повинује пресуди од 28. јула 1998. године." - Committee of Ministers of the Council of Europe, Interim Resolution DH (2000) 105 concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 28 July 1998 in the case of *Loizidou against Turkey* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 July 2000 at the 716th meeting of the Ministers' Deputies).

⁹ Пресуда од 24. марта 1988. године (ECHR Reports 1988).

¹⁰ Пресуда од 27. новембра 1992. године (ECHR Reports 1992).

је основ одговорности Шведске. Суд је досудио накнаду штете коју је Шведска тужиоцима благовремено исплатила.¹¹ Међутим, након ове одлуке проблем извршења плана посета и начина вршења старатељства је и даље остао нерешен. Тиме се за учеснике поступака и судове отворило ново питање: да ли је исплатом накнаде штете извршена одлука Европског суда или је саставни део обавезе извршења и отклањање узорка одговорности Шведске установљене одлуком *Olsson I*, односно испуњење плана посета и омогућавање остварења родитељског односа? Шведски судови нису дозволили поновно разматрање одлуке о старатељству, нити су пружили накнаду штете због кашњења у извршењу домаће одлуке о начину спровођења старатељства.¹² Након тога су родитељи поново покренули поступак против Шведске пред Европским судом. Предмет овог захтева је био исти као у случају *Olsson I* у оном делу који се односио на извршење плана посета у периоду који је покривен првом одлуком Европског суда, али је био допуњен новим чињеницама неизвршења тог плана у периоду након доношења одлуке *Olsson I*. Нова представка је била допуњена и захтевом за утврђивањем одговорности Шведске на основу чл. 53. Европске конвенције (садашњи чл. 46) због непотпуног извршења прве пресуде.

Суд је нашао да Шведска није одговорна за кршење чл. 53. јер је исплатила накнаду штете. Даље одлагање извршења води само продуженом кршењу чл. 8. Суд је чл. 8. и 53. Европске конвенције потпуно одвојио и целокупно деликтно поступање Шведске везао само за чл. 8 наставши да не постоји посебан правни захтев на основу чл. 53.¹³ Потребно је напоменути да се деликтно понашање односило само на време након доношења пресуде *Olsson I*, али не и на оно поступање о којем је пресудом *Olsson I* већ било одлучено.

3) *Marckx v. Belgium u Vermiere v. Belgium*

У првом случају, *Marckx* против Белгије, Европски суд је нашао да је законска дискриминација између законите и незаконите деце, односно деце рођене у браку и ван њега, супротна чл. 8. и 14. Европске конвенције и да представља недопуштено и неоправдано мешање у приватни и породични живот. Дискриминација се у конкретном случају односила на законска ограничења деце да буду тестаментални и законски наследници својих природних родитеља, иако таква ограничења у погледу тестаменталног наслеђивања нису постојала за било које друго лице. Пошто је Европски суд установио несагласност домаћих прописа са Конвенцијом, поставило се питање дејства ове пресуде не само у конкретном случају, већ и у погледу низа сличних случајева који су окончани или који су били у току. Такође, поставило се питање да ли се белгијски закон може и даље примењивати на будуће

¹¹ Комитет министара је у свом редовном извештају то потврдио. – Resolution (DH (88) 18, усвојена 26. октобра 1988. године).

¹² Наведено према: R. Ryssdal, *The Enforcement System Set Up Under the European Convention on Human Rights*, у: COMPLIANCE WITH JUDGMENTS OF INTERNATIONAL COURTS (Bulterman, M.K., Kuijer, M., (ur.)), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1996, стр. 57-58.

¹³ 93. и 94. параграф пресуде *Olsson II*.

случајеве до доношења новог закона, који би био сагласан Конвенцији. Европски суд се у својој пресуди осврнуо на то питање нашавши следеће:

Неизбежно је да се дејство одлуке Суда протегне ван граница овог конкретног случаја, нарочито онда када је кршење непосредна последица законских одредаба, а не појединачних државних мера, али сама одлука не може поништити или укинути такве законске одредбе: одлука Суда је у суштини деклараторна и оставља држави право избора начина извршења своје обавезе на основу чл. 53. Конвенције мерама свог унутрашњег права. Ипак, и даље стоји чињеница да је влада Белгије упозната са временским дејством ове одлуке. У погледу овог питања потребно је позвати се на два општа правна начела које је Суд правде Европских заједница недавно применио: “практичне последице било које судске одлуке се морају пажљиво размотрити”, али “немогуће је у томе отићи тако далеко и занемарити објективност права и његову примену у погледу прошлих ситуација а у вези са таквом судском одлуком (8 April 1976, *Defrenne v. Sabena*, Reports 1976, стр. 480).” (...) Имајући у виду све околности, као и начело правне сигурности, које је саставни део Конвенције и комунитарног права, Белгија није обавезна да поново разматра случајеве који су претходили доношењу ове пресуде. Шта више, слични случајеви постоје и у одређеном броју других држава уговорница које имају уставно судство: њихов јавни поредак ограничава ретроактивно дејство одлука уставних судова којима се законодавство укида.”¹⁴

Суд јасно ограничава дејство своје пресуде, али не искључује њену непосредну примену на будуће случајеве пред националним судовима. Начело правне сигурности, према мишљењу Суда, само искључује ретроактивну примену. Међутим, непосредна примена одлуке није обавезна, с обзиром да се наглашава слобода избора начина извршења путем средстава унутрашњег права. Иако Суд то овде посебно не помиње, јасно је да то не даје право држави да се позивањем на унутрашње право ослободи поштовања обавезе, односно новог тумачења Конвенције. Уколико држава не отклони противправност, она ће се опет наћи у деликту за кршење исте одредбе, што се могло видети у случају *Olsson I и II*. Неизвршење конкретне одлуке *stricto sensu* према учесницима међународног поступка може довести до кршења чл. 53. (садашњег 46) Европске конвенције, али тек као секундарног и помоћног основа одговорности за који се Суд теже опредељује.

Белгија је изменила спорно законодавство тек 1987. године. У међувремену су белгијски судови нижих инстанци непосредно примењивали пресуду *Marckx* да би отклонили оспорену дискриминацију. Када се *Aristid Vermiere* јавила као наследник као ванбрачно дете, Првостепени суд у Бриселу јој је непосредно на основу пресуде *Marckx* признао статус законског наследника на исти начин као и осталим наследницима, који су ову одлуку оспорили пред Апелационим судом позивајући се на одредбе тада још важећег белгијског закона који је установљавао разлику између законите и незаконите деце. Апелациони суд је жалбу усвојио, отклонио примену тумачења утврђену пресудом Европског суда и применио домаћи пропис искључивши *Aristid Vermiere* као законитог наследника у својству унукe. Европски

¹⁴ Случај *Marckx v. Belgium*, оп. cit., параграф 58.

суд је и у овом случају утврдио кршење чл. 8. и 14. Европске конвенције. Суд је том приликом користио случај *Marckx* и темпорално дејство ове пресуде, те је утврдио да кршење постоји у погледу наслеђивања имовине једног од оставиоца, али не и другог (пошто је расправа о наслеђивању имовине у случају другог оставиоца започела пре доношења пресуде *Marckx*, 13. јуна 1979. године).¹⁵ Међутим, Суд посредно налаже поновно отварање оставинске расправе г. *Vermiere* као оставиоца, пошто у диспозитиву напомиње да Белгија није обавезна да понови поступак у случају г-ђе *Vermiere*. Из тога се може закључити да је Белгија обавезна да понови онај оставински поступак за који је утврђено кршење Конвенције.

Да је Белгија извршила општу обавезу измене законодавства на основу пресуде *Marckx*, до случаја *Vermiere* не би ни дошло. Суд је зато у случају *Vermiere* посредно одлучивао и о одговорности Белгије због неизвршења одлуке *Marckx*. Утицај претходне пресуде је евидентан у образложењу Суда. Правило примењено у случају *Marckx* је на исти начин примењено и у случају *Vermiere*, што се види и из темпоралног дејства пресуде *Marckx* на случај *Vermiere*. Да је било речи само о примени чл. 8. и 14., Суд не би временско дејство правила везао за претходну пресуду. Зато се и може рећи да обавезујуће дејство пресуде *Marckx* проширено и на стране ван конкретног поступка.¹⁶

Национална имплементација одлука Европског суда за заштиту људских права

Имајући у виду каква дејства могу имати одлуке Европског суда, јасно је да су следећи начини имплементације на располагању националним судовима: одлука као средство тумачења Европске конвенције и домаћих прописа, накнада штете и повраћај у пређашње стање.

а) Одлуке као средство тумачења Конвенције и домаћег права

Као што је већ напоменуто, чест је случај у пракси да се одлуке имплементирају посредно током примене Конвенције, односно путем примене домаћих прописа у светлу праксе Европског суда. Како све државе и сви национални судови могу на овај начин користити целокупну јуриспруденцију,

¹⁵ Судија *Martens* је због овакве одлуке у погледу временског дејства пресуде *Marckx* приложио супротстављено мишљење сматрајући да кршење чл. 8. и 14. постоји и у овом делу оставинског поступка. Он је сматрао да је Белгија била дужна применити ново тумачење Конвенције и на случајеве који су у време доношења пресуде *Marckx* били у току. Према његовом мишљењу, интерес трећих лица и овакво тумачење временског дејства пресуде није у сукобу са начелом правне сигурности.

¹⁶ "Суд се руководио чл. 53 више него чл. 8. и 14., иако госпођа *Vermeire* није била учесник у поступку *Marckx*. Чл. 53. није био поменут, али приступ Суда упућује на закључак да је Суд овај случај сматрао кршењем обавезе из чл. 53." - S.K. Martens, *Commentary*, у: COMPLIANCE WITH JUDGMENTS OF INTERNATIONAL COURTS (Bulterman, M.K., Kuijer, M., (ur.)), Martinus Nijhoff Publishers, Hague, Boston, London, 1996, стр. 77.

јасно је да је овакав начин имплементације и најчешћи. За домаћи суд једино је важно да је у одлуци дато тумачење неког индивидуалног права које је предмет домаћег поступка.

Примери су многобројни, а ми ћемо навести само неке. Норвешки суд је у поступку накнаде штете због клевете, који је 1990. године покренуо један норвешки политичар против новинске агенције, усвојио тумачење чл. 10. Европске конвенције (слобода изражавања и штампе) које је дао Европски суд за заштиту људских права у случају *Lingens v. Austria*.¹⁷ Реч је о случају који се такође односио на тужбу због клевете коју је покренуо тадашњи аустријски канцелар Бруно Крајски. Шведски суд је правни стандард "лишење слободе" тумачио у светлу одлуке *Guzzardi v. Italy*¹⁸ и подвукао обавезу националних судова да поштују јуриспруденцију Европског суда.¹⁹ Врховни суд Шведске је тако одлучио да понови кривични поступак у случају *Andersson*, јер у жалбеном поступку окривљени није био саслушан.²⁰ Врховни суд је нашао да овај пропуст води кршењу чл. 6. Европске конвенције, пошто је у случају *Ekbatalani v. Turkey* Европски суд за људска права управо такво поступање окарактерисао као кршење ове одредбе Конвенције. Савезни суд Швајцарске и Уставни суд Шпаније су тумачили стандард "независни и непристрасни суд" у светлу пресуде *DeCubber v. Belgium*,²¹ на основу чега је у Швајцарској дошло до измене праксе судова, а у Шпанији до поништаја закона. Уставни суд Шпаније је врло отворен за јуриспруденцију Европског суда. Сматра се да захваљујући овом телу против Шпаније пред Европским судом постоји мали број поступака и неповољних одлука, ако се узме у обзир величина државе и број становника. Судови Кипра користе пресуде Европског суда без навођења посебног правног основа, не само када примењују Европску конвенцију, већ и када расправљају о питањима унутрашњег права.

Пропуст националних судова да усвоје јуриспруденцију Европског суда као средство тумачења Европске конвенције не води *ipso facto* одговорности за кршење Конвенције. За државу је више упутно да прихвати јуриспруденцију као саставни део Конвенције, јер је једина негативна последица могућност поступка пред Европским судом за људска права. Другим речима, ако домаћи суд пропусти да поступи на овај начин, Комитет министара то неће сматрати кршењем Конвенције. Одлуку о кршењу Конвенције у оваквим случајевима доноси искључиво Европски суд за људска права у поступку који је покренут на одговарајући начин.

¹⁷ Пресуда од 8. јула 1986. године, 103 ECHR.

¹⁸ Пресуда од 6. новембра 1980. године, 39 ECHR, ser. A, 1980.

¹⁹ "Упутство за решење овог случаја се може наћи у пракси Европског суда у вези са значењем концепта лишења слободе, што има одлучујући значај и за примену Конвенције у случајевима попут овог." - *Nytt Juridiskt Arkiv* (1989), 131.

²⁰ Пресуда Врховног суда Шведске од 21.11.1988. године.

²¹ Пресуда од 26.10.1984, ECHR Reports 1984, Series A, no. 86.

б) Накнада штете

Реч је о обавези чије испуњење је у пракси било најмање спорно. Како се износ накнаде штете и обавеза њене исплате утврђује у диспозитиву, пресуда Европског суда у овом погледу има статус извршног наслова. Обавеза накнаде материјалне и нематеријалне штете се састоји у исплати новчане накнаде изражене у валути државе којој припада оштећени појединац. Рок за њено извршење је најчешће три месеца.

в) Повраћај у пређашње стање: национална имплементација

Обавеза повраћаја у пређашње стање не постоји у свим случајевима. Да ли она постоји и каква је њена садржина зависиће превасходно од околности конкретног случаја. Такође, избор начина који води повраћају у пређашње стање припада држави. Проблеми који се реално могу поставити пред домаћим органима у таквим случајевима јесте избор правног основа за такво поступање, што ће врло често зависити и од положаја међународног права у унутрашњем правном систему.

Могућа решења, како то показује упоредни преглед праксе националних судова различитих држава, јесу следећа:

а) Основ за повраћај у пређашње стање, без обзира на врсту повраћаја (искључење примене спорног закона, понављање поступка, престанак притвора и сл.) може бити сама Европска конвенција за заштиту људских права. Одредбе које су овде значајне јесу: чл. 46, 13, 2-14.

б) Основ може бити и домаћи пропис који се тумачи тако да омогућује признање дејства одлуке као основа за повраћај у пређашње стање. То могу бити уставне одредбе, одредбе закона о кривичном и парничном поступку у делу који се односи на ванредне правне лекове и могућност понављања поступка, и други домаћи извори права.

в) Специјални домаћи прописи који јасно предвиђају да су одлуке Европског суда основ за понављање поступка, односно основ за неки други поступак.

г) Основ се понекад може наћи и непосредно у самој пресуди Европског суда за заштиту људских права.

Примери из праксе других држава

1) Апелациони суд у Атини, Грчка, Одлука из 1990. године

Пример Апелационог суда у Атини показује како одредбе Европске конвенције непосредно омогућавају признање неког од дејстава међународних одлука. Апелациони суд је на основу чл. 52. и 53. Европске конвенције о људским правима (данашњи чл. 46.) суспендовао поступак јер се у истом предмету против

Грчке водио поступак пред Европским судом за људска права.²² Суд је у овом случају признао двоструку литиспенденцију као процесну препреку домаћем поступку на основу уговорне одредбе која то експлицитно не налаже (ове одредбе предвиђају само коначност и обавезност одлука). Није тешко закључити да би исте одредбе могле послужити и као основ за признање коначне одлуке Европског суда и шире од њеног деклараторног дејства.

2) *Случај Jersild (Врховни суд Данске)*²³ - *Jersild v. Denmark (Европски суд за људска права)*²⁴ - *Случај Jersild – понављање кривичног поступка (Апелациони суд Источне Данске)*²⁵

Jersild је, као новинар на националном радију, интервјуисао тројицу припадника групе *Greenjackets* који су том приликом дали неколико расистичких изјава. Интервју је касније објављен у информативном билтену радија. Јавни тужилац је потом покренуо поступак против ових лица због извршења кривичног дела ширења расне мржње и ксенофобије, али и против Јерсилда и власника радио станице због саучесништва. Сва оптужена лица су била и осуђена, али су *Jersild* и власник радио станице били осуђени само на новчане казне. Јерсилд је покренуо поступак против Данске због кршења чл. 10. Европске конвенције (слобода изражавања). Суд је представку усвојио наставши да је слобода изражавања била неоправдано ограничена мером кривичне санкције у конкретном случају. Наиме, *Jersild* није имао намеру да шири расну мржњу, већ само да информише јавност о појавама у данском друштву, тако да је током самог интервјуа постављао питања која сама по себи нису имала за циљ придобијање симпатија јавности за чланове групе *Greenjackets*. Влада Данске се, између осталог, бранила и својим међународним обавезама из Конвенције УН о елиминацији свих облика расне дискриминације из 1965. која у чл. 4. и 5. предвиђа обавезу држава да инкриминишу све облике извршилаштва и саучесништва ширења расне дискриминације. Европски суд се сложио да се Европска конвенција треба тумачити тако да не доведе у питање друге међународне обавезе држава чланица, али је одбио да тумачи значење и домаћај поменутих одредаба Конвенције против дискриминације. Европски суд је нашао да у конкретном случају, на основу поступања самог *Jersilda* и према другим важећим прописима Данске, попут Закона о медијима, уопште није постојало саучесништво. На овај начин је Европски суд избегао сукоб са Конвенцијом против дискриминације, али је истовремено посредно поступио као виши кривични суд. Наставши да је дошло до ограничења слободе изражавања које се не може сматрати оправданим у демократском

²² Одлука Апелационог суда Атине (Грчка), бр. 10616/1990. – Наведено према: E. Roucouas, *Grèce*, u: THE INTEGRATION OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN COMMUNITY LAW INTO THE NATIONAL LEGAL ORDER (Eisemann, P.M. (ur.), Kluwer, Hague/London/Boston, 1996, стр. 313.

²³ Врховни суд Данске (*Højesteret*) је потврдио кривичну пресуду нижих судова 13. фебруара 1989. године. Доношењем ове пресуде су искоришћени сви локални правни лекови, те се управо поводом ове одлуке водио поступак пред Европским судом за људска права.

²⁴ *Jersild v. Denmark*, ECHR Reports 1994, Пресуда од 23. септембра 1994. године.

²⁵ Пресуда Апелационог суда Источне Данске (*Østre Landsret*) је донета 4. јуна 1996. године.

друштву, Европски суд за заштиту људских права је досудио накнаду штете коју је Данска благовремено исплатила.

Поставило се питање да ли супротна међународна одлука може отклонити изречену кривичну казну која је била основ одговорности Данске, односно да ли чл. 46. Европске конвенције, који предвиђа савесно повиновање одлуци Европског суда подразумева и друге начине извршења поред накнаде штете? Ако се случајеви *Jersild* и *Olsson* упореде, питање је да ли би извршавање кривичне пресуде представљало нови основ одговорности на основу чл. 10. Европске конвенције, или би Данска била одговорна на основу чл. 46? Европски суд, ипак, никада није дошао у прилику да о овом питању одлучује, пошто је у кривичном поступку поновљеном на захтев Јерсилда дански суд ослободио осуђеног и досудио му накнаду свих трошкова.

Понављање кривичног поступка је било одобрено на основу става 3, чл. 977. Закона о кривичном поступку Данске, који предвиђа да осуђени може тражити понављање поступка ако, између осталог, "постоје посебне околности које јасно упућују да се о доказима није одлучивало на одговарајући начин." Апелациони суд је супротну пресуду Европског суда подвео под посебне околности, дозволио понављање поступка и ослободио Јерсилда кривичне пресуде наложивши при том и накнаду свих трошкова који су настали како у претходном тако и у накнадном кривичном поступку. Тако је дански суд признао двоструко дејство пресуде Европског суда – накнада штете и отклањање основа одговорности путем признавања субјективног права појединцу непосредно на основу међународне пресуде.

Постоје и друге државе које користе постојеће прописе о понављању поступка као основ за понављање због пресуде Европског суда. Комитет експерата за унапређење поступака заштите људских права посебно анализира редовне и ванредне правне лекове у кривичном, парничном и управном поступку.²⁶ Све законске одредбе за које Комитет утврди да допуштају понављање поступка на основу одлуке Европског суда, иако сама одредба ове одлуке не помиње, могу се сматрати законским основом за имплементацију одлука. Судови Данске прихватају захтев за понављањем кривичног поступка на основу одговарајуће одлуке Европског суда, сматрајући одлуку "новим податком који би, да је био познат током поступка, довео до ослобађајуће пресуде или умањења казне", чиме је тумачење дејства одлуке прилагодио општим основима за понављање поступка предвиђеним у чл. 977. Закона о кривичном поступку.²⁷ Врховни суд Финске је у одлуци од 31. маја 1995. године поништио одлуку парничног суда због непоштовања равноправности странака и расправног начела, позивајући се на

²⁶ Committee of Experts for the Improvement of Procedures for the Protection of Human Rights – "Reopening of Proceedings before Domestic Courts Following Findings of Violations by the European Court of Human Rights", 9. август 1999. године, DH-PR (99) 10.

²⁷ Комитет експерата сматра да је, иако не постоји пракса у Данској по овом питању, могуће поднети захтев за понављањем парничног и управног поступка. У оба ова случаја реч је о "околностима које оправдавају понављање" из чл. 399 (3) Закона о парничном поступку. Према томе, ни код ових поступака не постоји посебна одредба посвећена искључиво одлукама ECHR.

одлуке Европског суда за људска права које, према мишљењу Врховног суда, одговарају постојећем основу предвиђеном у одељку 31, чл. 7, став 4 Закона о судском поступку ("Правноснажна пресуда се може поништити уколико се заснива на очигледно погрешној примени права"). Сличан став има и Словачка, која одлуке Европског суда подводи под "нову чињеницу" која је признат основ за покретање поступка.²⁸

3) *Специјални прописи који предвиђају да је одлука Европског суда основ за понављање поступка или покретање посебног поступка*

Специјалне прописе који допуштају понављање поступка на основу одговарајуће пресуде међународног суда имају Пољска (повнављање кривичног поступка због постојања супротне одлуке неког међународног суда) и Норвешка (повнављање кривичног и грађанског поступка на основу супротне одлуке међународног суда). Велики број држава има прописе којима експлицитно предвиђа да ће управо супротна одлука Европског суда довести до понављања поступка: Аустрија, Бугарска, Хрватска, Словенија, Немачка Луксембург, Словенија, Литванија, Малта, Швајцарска и др.

Аустријски закон о кривичном поступку дозвољава понављање кривичног поступка након доношења одговарајуће одлуке Европског суда за људска права. Ова одредба гласи: "Ако Европски суд за људска права пресудом утврди кршење Конвенције или једног од Протокола које је проузроковано одлуком кривичног суда, поступак по овом питању мора бити поновљен, уколико се не може искључити могућност да утврђено кршење не би имало негативни утицај на конкретно лице у вези са одлуком кривичног суда."²⁹ Повнављање поступка је у овим случајевима допуштено по захтеву оштећене странке и државног правобраниоца. Швајцарски закон о организацији судства из 1992. године садржи две одредбе (чл. 139а и 141ц) које дозвољавају понављање свих поступака у случају постојања супротне одлуке Европског суда, под условом да је адресат одлуке исто лице и да се захтев за понављањем поступка постави у року од три месеца од достављања одлуке. Управо је по овом основу допуштено понављање поступка због одлука Европског суда у случајевима *E.L., R.L. and J.O.L. v. Switzerland*,³⁰ и *A.P., M.P. and T.P. v. Switzerland*,³¹ којима је утврђено кршење чл. 6, став 2 Европске конвенције. Новом пресудом је Савезни суд Швајцарске изменио првобитну одлуку, према којој су наследници морали платити порез изречен оставиоцу, те су кантоналне пореске власти биле дужне да врате износ са урачунатом каматом.³² Сличне одредбе садрже закони о кривичном поступку Хрватске, Бугарске,

²⁸ У вансудском поравнању поводом случајева *Bolakova v. Slovakia* и *Machova v. Slovakia*, Словачка је пристала на понављање поступака по основу да ће се одлука Комисије сматрати "новом чињеницом" пред управним и редовним општинским судовима.

²⁹ Изменама овог закона 1996. године је унета нова одредба (НР. 363а), која гласи: "Ако Европски суд за људска права пресудом утврди кршење Конвенције или једног од Протокола које је проузроковано одлуком кривичног суда, поступак по овом питању мора бити поновљен

³⁰ Пресуда од 29. августа 1997. године.

³¹ Пресуда од 29. августа 1997. године.

³² Одлука Савезног суда Швајцарске од 24. августа 1998. године.

Немачке, Луксембурга, Словеније.³³ Законодавство Литваније предвиђа специјалне поступке понављања поступка у кривичним, грађанским и управним стварима, уколико постоји судска одлука Европског суда за људска права или одлука Комитета министара којом је установљено кршење Конвенције. Малта је донела посебан закон (Закон о Европској конвенцији) који предвиђа директно дејство одлука Европског суда, тако да су оне извршне на исти начин као и одлуке Уставног суда Малте. Својство извршности ових одлука укључује и могућност понављања поступка на основу одлуке.

4) Непосредна примена одлука Европског суда

Иако ретки, у пракси постоје примери непосредне примене одлука Европског суда. Разумљиво је да је из разлога правне сигурности потребно јасно дефинисати правни основ за понављање поступка, или покретања неког посебног поступка, без обзира да ли је он међународни или унутрашњеправни. Као што се могло видети на примеру случаја *Marckx*, белгијски судови су непосредно примењивали ову одлуку и изједначавали брачну и ванбрачну децу у погледу наслеђивања све до случаја *Vermiere*, односно до измене домаћег прописа. Уставни суд Шпаније је одлуци Европског суда у случају *Barbera, Messegue and Jabardo* признао непосредно дејство у домаћем кривичном поступку и донео одлуку о понављању поступка без посебно наведеног правног основа за такво поступање.

Национална имплементација путем измене законодавства

Реч је о врло честом облику имплементације одлука када се имплицитно налаже измена прописа, што је био случај у четвртини случајева пред Европским судом. Државе су мењале различите врсте прописа: Белгија је изменила закон о наслеђивању и законске одредбе о бескућницима, Данска је изменила прописе о одређивању притвора пре почетка суђења, Финска је изменила прописе о старатељству над децом, Француска је изменила прописе о прислушкивању, Италија је донела пропис по којем се адвокат одбране мора појавити у свим фазама кривичног поступка, Холандија је изменила прописе о смештају лица у психијатријске установе, Шведска је изменила прописе о обавезној верској настави, Турска је изменила прописе о трајању полицијског притвора, Велика Британија је укинула телесне казне, итд.

³³ Чл. 416. Закона о кривичном поступку установљава одлуку Европског суда као посебан основ за понављање поступка и измену одлуке домаћег суда, али његова употреба је супсидијарна, пошто се ова одредба има применити тек уколико ниједан од општих основа за понављање поступка не буде могао послужити као основ за понављање поступка.

Национална имплементација одлука Европског суда за људска права у Србији и Црној Гори: Могућа решења

Разумљиво је да се поставља питање како ће се извршити имплементација одлука Европског суда за заштиту људских права у нашем унутрашњем правном систему. И у нашем случају различите врсте имплементација могу доћи у обзир: тумачење, повраћај у пређашње стање и накнада штете (могуће је расправљати и о признању одлуке Европског суда као препреке домаћем поступку по питању о којем је већ решено пред Европским судом. Овај пут ћемо изоставити расправу о том питању.).

Прихватање јуриспруденције као средства тумачења Европске конвенције је могуће спровести по узору на праксу других држава. Такође, могуће је тумачити и домаће прописе у светлу јуриспруденције Европског суда. Правни основ за такво поступање се може пронаћи у Европској конвенцији и релевантним одредбама које покривају права и слободе. Уставна повеља Србије и Црне Горе³⁴ нормира приоритет међународног права³⁵ и непосредну примену норми о заштити људских права,³⁶ што олакшава све видове имплементације. Ако је могуће непосредно применити Европску конвенцију за заштиту људских права, онда је могуће непосредно применити и јуриспруденцију Европског суда као саставног дела овог међународног уговора. Додатни домаћи извор права који успешно може олакшати имплементацију тумачења датог у јуриспруденцији свакако јесте и *Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама*. Такође, могуће је усвојити тумачења Европског суда преко домаћег института претходног питања: ако се за домаћи суд као претходно питање јави тумачење Европске конвенције, он се путем процесног механизма одређеног за претходно питање у унутрашњем поретку може користити одлукама Европског суда у домену тумачења појединих права и слобода.³⁷

Обавеза повраћаја у пређашње стање се може састојати од обавезе измене прописа који је довео до противправности, односно од обавезе понављања поступка или покретања неког посебног поступка. Измена прописа ће бити обавеза сваки пут када је основ одговорности општи правни акт који је супротан Конвенцији у светлу праксе Европског суда. Реч је обавези чије испуњење зависи превасходно од законодавца. Ипак, судови могу избећи примену таквог прописа позивањем на чл. 46. и/или другу одговарајућу одредбу Конвенције, а у вези са чл. 10. и 16. Уставне повеље.

³⁴ Службени лист Србије и Црне Горе бр. 1/2003 од 4. фебруара 2003. године.

³⁵ Чл. 16. Уставне повеље Србије и Црне Горе (*Примат међународног права*) гласи:

”Ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица.”

³⁶ Чл. 10. Уставне повеље Србије и Црне Горе (*Непосредна примена међународних уговора*) гласи:

”Одредбе међународних уговора о људским и мањинским правима и грађанским слободама који важе на територији Србије и Црне Горе непосредно се примењују.”

³⁷ Ауторство за ово решење припада госпођи Јелици Бојанић Керкез, судији Окружног суда у Зрењанину и председници Друштва судија Србије у Зрењанину, која је била учесник курса ”Људска права у Европи” одржаног у Новом Саду. О овом решењу ће бити више речи и у даљем тексту.

Ако постоји обавеза понављања кривичног поступка, решење за поступање по одлуци Европског суда за заштиту људских права већ постоји у нашем Законнику о кривичном поступку. Члан 428. Законика о кривичном поступку Југославије³⁸ (*Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде*) гласи:

“Захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде подноси се у року од месец дана од дана када је окривљени примио правноснажну пресуду домаћег суда или одлуку међународног суда којом је утврђена повреда његовог права или основне слободе у кривичном поступку пред домаћим судом.”

Реч је о ванредном правном леку који може поднети окривљени који је правноснажно осуђен на безусловну казну затвора или казну малолетничког затвора. Ако се захтев усвоји, домаћи суд може одложити или прекинути извршење правноснажне пресуде.³⁹ Као и у случају Пољске и Норвешке, међународна судска одлука може бити основ индивидуалног захтева, али одлуку суд не узима у обзир по службеној дужности. Иако то није посебно наглашено, јасно је да се Европски суд за заштиту људских права може сматрати међународним судом. Поред ове могућности, оштећено лице увек може поднети молбу за помиловање, нарочито зато што је дошло до промене околности. Ипак, потребно је напоменути да је дејство помиловања ограничено.

У случају грађанског поступка не постоји, као у случају кривичног поступка, посебно предвиђен правни основ за понављање. Преглед праксе других држава показује да судови користе постојеће правне основе и ванредне правне лекове да би понављање поступка омогућили. Домаћи суд у парничном поступку може одлуку Европског суда сматрати одлуком надлежног суда о решењу претходног питања која би, ако је битно другачија од закључка до којег је наш суд дошао у првобитном поступку, могла довести до понављања поступка.⁴⁰ Понављање поступка било би могуће и ако би се, по угледу на праксу других држава, супротна одлука Европског

³⁸ Законик о кривичном поступку Југославије, Сл. лист СРЈ, бр. 70 од 28.12.2001, бр. 68 од 19.12.2002.

³⁹ Члан 431, став 6 Законика о кривичном поступку Југославије.

⁴⁰ Закон о парничном поступку (са последњим изменама од 18. јануара 2002) чл. 421, став 1, тачка 8 у вези са чл. 12.

Члан 421.

Поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може се по предлогу странке поновити:

.....

8) ако се одлука суда заснива на другој одлуци суда или на одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно преиначена, укинута, односно поништена.

Члан 12.

Кад одлука суда зависи од претходног решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању још није донео одлуку суд или други надлежни орган (претходно питање), суд може сам решити то питање ако посебним прописима није другачије одређено.

Одлука суда о претходном питању има правно дејство само у парници у којој је то питање решено.

У парничном поступку суд је у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан за правноснажну пресуду кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим.

суда сматрала новом чињеницом или новим доказом који воде повољнијем исходу поступка за странку.⁴¹

З а к љ у ч а к

Постоје различите врсте дејстава пресуда Европског суда за заштиту људских права и различити начини за њихову националну имплементацију. Државе су врло савесне када је реч о извршењу обавезе накнаде штете утврђене диспозитивом, те можемо закључити да је један од разлога успешности и ефикасности европског система заштите људских права управо висок степен поштовања одлука Европског суда од стране одговорних држава. У погледу признавања осталих могућих дејстава, попут измене прописа, понављања поступка, покретања посебних поступака и забране расправљања у правној ствари о којој је правноснажно одлучио Европски суд за заштиту људских права, може се рећи да су државе и њихови судови углавном одговарали на захтеве директно или индиректно утврђене одлукама. У овим ситуацијама се као главни проблем пред судовима постављало питање правног основа за такво поступање, односно решење односа међународног и унутрашњег права. Такође, национални судови су у великој мери прихватили тумачења Конвенције од стране Европског суда и примењивали Европску конвенцију у светлу судске праксе. Поуке за националне судове Србије и Црне Горе су вишеструке, пошто пракса Европског суда и националних судова других држава пружа решења за будућу имплементацију одлука Европског суда у наш унутрашњи правни систем, која се може кретати од прихватања тумачења до понављања домаћег поступка.

⁴¹

Члан 421.

Поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може се по предлогу странке поновити:

.....

9) ако странка сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла бити донета повољнија одлука да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку.

Sanja Đajić, Ph.D. Assistant
Law Faculty of Novi Sad

THE EFFECTS OF JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN NATIONAL LEGAL SYSTEMS

Abstract

The effects of judgments of the European Court of Human Rights are multiple and diverse: compensation for pecuniary and non-pecuniary damage, method of interpretation of the European Convention, re-opening of domestic proceedings, amendments of national legislation, issue and claim preclusion, etc. Member states have complied with their obligation to pay compensation in accordance with Article 46 almost without exception and have shown readiness to accept interpretations of the European Convention given in a well-settled jurisprudence of the Court. National judicial practice shows the methods and avenues that were used by national courts to enable and facilitate re-openings of national proceedings in accordance with the particular decisions of the European Court. Comparative overview and new Constitutional and statutory provisions in Serbia and Montenegro may give directions for future national implementation of decisions and jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Dr Sanja Đajić, assistant
Faculté de droit de Novi Sad

L'EFFET DES DÉCISIONS DU TRIBUNAL EUROPÉEN POUR LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LES SYSTÈMES JURIDIQUES NATIONAUX⁴²

Résumé

Les jugements du Tribunal européen pour la protection des droits de l'homme peuvent avoir plusieurs effets différents: indemnité de dommages, moyen d'interprétation de la Convention européenne, renouvellement de la procédure nationale, initiation d'une procédure particulière, transformation de la juridiction du pays, défense de

⁴² Ces réflexions sont faites après un cours de formation " Les droits de l'homme en Europe", tenu à la Faculté de droit de Novi Sad en avril et mai 2003. Je désire remercier, par cette occasion, tous les participants de ce séminaire, pour leurs suggestions utiles données lors des cours et des conversations. Certaines d'entre elle se trouvent mentionnée ici.

renouvellement d'un procès concernant la chose jugée par arrêt irrévocable du Tribunal européen pour les droits de l'homme. Les pays ont consciencieusement répondu à l'obligation d'indemnisation des dommages en vertu de l'article 46 de la Convention européenne et se sont montrés généralement prêts à accepter les interprétations de la Convention européenne, que le Tribunal européen a développé tout au long de sa riche expérience. La pratique nationale nous montre que des pays ont donné la possibilité de renouvellement de la procédure quand ils l'ont jugé nécessaire, et quels étaient les fondements juridiques utilisés pour une nouvelle procédure nationale. Les exemples de la pratique d'autres pays et le renouveau dans la Constitution et les lois de la Serbie-et-Montenegro peuvent nous indiquer la voie vers une future incération nationale des décisions du Tribunal européen dans notre système juridique intérieur.

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

УЗРОЧНОСТ КАО ЕЛЕМЕНТ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ДЕЛА ПОДРЕЂЕНИХ (КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ)

Сажетак: У решавању проблема узрочности као елемента одговорности за дела подређених (командне одговорности) судска већа Хашког трибунала поступају на уобичајен начин. Некритички се преписују решења оних судских већа која су се већ бавила проблемом. То значи да ако прво веће не донесе добру одлуку она ће се преписивањем пренети кроз примену трибунала. Иако се десило и узрочности као елементу одговорности за дела подређених (командне одговорности). Судско веће у случају Челебићи је извршило мањкаву и недостатну претрагу извора Међународног (кривичног) права. Сасвим природно донело је погрешан закључак о поменутом проблему. Поступајући на описан начин друга судска већа су преписивањем овог решења повећале обим проблема. Има и изузетних случајева где једно судско веће није добро схватило решење проблема у пресуди коју је преписивало па је пресуди-извору приписало став који она не заступа.

При свему овоме прво судско веће које је решавало ову недоумицу поступа на крајње недоследан начин. Нашавши да узрочност јесте елемент одговорности за дела подређеног (командне одговорности) оно пропушта да овом закључку да одговарајућу тежину у самој пресуди. Нити у попису елемената одговорности за дела подређеног нити у самом поступку доказивања није се осврнуло на свој сопствени закључак.

Кључне речи: одговорност за дела подређених, командна одговорност, међународни обичај, узрочност, пресуда, примена, судско веће, Хашки трибунал, извори, међународно кривично право

1. Увод

Питањем узрочности као елемента доктрине одговорности за дела подређених (командне одговорности) бавило се неколико судских већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Само је судско веће у случају Челебићи темељно размотрио овај проблем. Судска већа у случајевима Блашкић и Кордић и Черкез, углавном су се ослонила на мишљење претходно поменутог већа.

Уобичајен начин рада пред Хашким трибуналом јесте да се судска већа ослањају на решења појединих проблема пред другим судским већима. У суштини све се своди на, англосаксонски правној традицији ближи, начин рада судова, где се пресуде појављују као извори права.

Ослањајући се на решење поменутог проблема из случаја Челебићи, друга судска већа преписала су и лоше стране тог решења. Посебан проблем који смо уочили јесте да су приликом преписивања заборавили да узму у обзир целокупно мишљење судског већа које им је било узор. С друге стране, мишљења смо да је судско веће у случају Челебићи пропустило да узме у обзир све чиниоце неопходне за потпуно и заокружено одлучивање у овој ствари. Посебности Међународног кривичног права на плану врсте и поретка извора права доводе до стања у којем је сасвим могуће донети погрешну одлуку. Природно је да друга судска већа која су се некритички ослонила на одлуку у случају Челебићи, без темељне расправе овог проблема, нису ни могла имати правилну представу о овом елементу командне одговорности.

Посебно је питање да ли пресуде судских већа трибунала имају правну снагу, односно да ли пресуде трибунала јесу извора права или не. Чини нам се да се и поред начелног одричног одговора на ово питање у Међународном јавном праву, у Међународном кривичном праву ово питање нико није озбиљно размотрио. Узевши у обзир да је Међународно кривично право у повоју и да се тек развија, сасвим је могуће да на ово питање, сада, није ни могуће дати целовит одговор.¹

2. Узрочност као елемент доктрине у одлукама Трибунала

Од три судска већа Трибунала која су се дотакла узрочности код доктрине одговорности за дела подређених (команде одговорности), једино је судско веће у случају Челебићи поставило проблем и покушало да пружи решење. Судска већа у случају Блашкић и у случају Кордића и Черкеза су се некритички осврнула на решење из случаја Челебићи и нису стварно размотрила проблем.

Иако смо питање вредности пресуда трибунала у смислу извора права оставили отворено, ми ћемо се држати оног значаја који пресудама судских већа

¹ У пресуди Жалбеног већа Трибунала у случају Алексовски овом питању посвећени су параграфи 92-115. Жалбено веће је, између осталог, разматрало да ли је оно само обавезно да следи своје раније одлуке. Начело обавезних прецедента не важи у праву које се примењује пред Трибуналом, али Жалбено веће ће веома ретко одступити од својих ранијих пресуда: Aleksovski case, Para. 92-115.

Хашког трибунала придаје сам трибунал односно његова друга судска већа. Разлог је врло једноставан. Трибунал је једино место где се сада примењује међународно кривично право и једино где ова претрага коју ћемо извршити има смисла и може наћи примену. Следствено томе ова претрага се ради у систему вредности и правила која познаје сам Трибунал. Само тако она може бити од неке користи.

2.1. Поставка првог проблема (одговорност за дела подређених која надређени није спречио)

У параграфу 398 пресуде судског већа у случају Челебићи налази се одлука о узрочности као елементу командне одговорности.² У њему се начелно признаје

“...средишње место које заузима начело узрочности у кривичном праву...”.

Истовремено се тврди и да:

“...узрочност традиционално није била постављена као *conditio sine qua non* за излагање надређених кривичној одговорности...”³

На одређени начин судско веће у случају Челебићи, ипак, признаје да узрочност до одређене мере јесте елемент командне одговорности. У параграфу 399 пресуде оно каже да се захтев за узрочношћу као елементом командне одговорности:

“...може сматрати одговарајућим у вези са делима извршеним од стране потчињених и пропустом надређеног да предузме мере у његовој моћи да спречи та дела.”⁴

² Анализу захтева за узрочношћу у појединим државама континенталног правног система судско веће у случају Челебићи извршило је у фусноти 435 пресуде: “An examination of various domestic legal systems reveals that: in England a ‘substantial’ or ‘significant’ contributing cause is sufficient: *R. v. Hennigan* [1971] 3 All E.R. 133; in Australia a ‘substantial’ or ‘significant’ contributing cause is also the test: *Royall v. R.* (1991) 172 CLR 378 (High Court); in the United States, most jurisdictions require an ‘operative cause’, being sufficiently direct or operative: *Commonwealth v. Rementer* 598 A. 2d 1300; in Canada the requirement is for a contributing cause greater than de minimus: *Smithers v. R.* (1977) 75 DLR (3d) 321. Belgium requires ‘adequate causation’ to be established: see *Hennau and Verhaegan*, *Droit Pénal Général* (1991). The test in Norway is also ‘adequate causation’: see *Johannes Andenaes*, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (1965), p. 211ff. Under German law, a ‘significant and operative cause’ is required: see *Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (1996), pp. 275, 286-289. The Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) has referred to the ‘reasonable imputability’ of the consequences to the accused: see *Hazewinkel-Suringa*, *Inleiding tot de Studie van het Nederlands Strafrecht* (1995), pp. 184-186.”

³ Čelebići case. Para. 398. “Notwithstanding the central place assumed by the principle of causation in criminal law, causation has not traditionally been postulated as a *conditio sine qua non* for the imposition of criminal liability on superiors for their failure to prevent or punish offences committed by their subordinates. Accordingly, the Trial Chamber has found no support for the existence of a requirement of proof of causation as a separate element of superior responsibility, either in the existing body of case law, the formulation of the principle in existing treaty law, or, with one exception, in the abundant literature on this subject.”

⁴ Čelebići case. Para. 399. “This is not to say that, conceptually, the principle of causality is without application to the doctrine of command responsibility insofar as it relates to the responsibility of superiors for their failure to prevent the crimes of their subordinates. In fact, a recognition of a necessary causal nexus *may be considered to be inherent in the requirement of crimes committed by subordinates and the superior’s*

Која је то мера до које се узрочност може сматрати елементом командне одговорности судско веће у случају Челебићи расправља у параграфу 400 пресуде. Узрочности није елемент командне одговорности код дела потчињених које командант није казнио, држи судско веће.⁵ Судско веће овде даје за право тужилаштву које сматра да сама чињеница да постоји овакво начело одговорности без захтева за узрочношћу јесте довољна за тврдњу да се у случају командне одговорности код кривичних дела потчињених које командант није казнио, узрочност не тражи. Ова тврдња захтева посебну претрагу и о њој ћемо се изјаснити посебно у развоју става већа у параграфу 398. Прво се признаје средишње место узрочности у кривичном праву уопште, без да се одреди шта значи "средишње место". Да ли то значи да је узрочност, можда, начело кривичног права? Затим се даје налаз претраге коју је судско веће извршило у: а) постојећој примени; б) уобличавањима овог "принципа" у уговорном праву; или у в) обилној литератури о овом предмету. Нигде нема узрочности, тврди судско веће. Све то не значи да узрочност нема значаја код командне одговорности. Судско веће сматра да узрочности има места у командној одговорности, али само код командне одговорности за дела потчињених која надређени није спречио.

Чини се као да узрочност није била призната као елемент командне одговорности у дотадашњем Међународном кривичном праву, већ му је место нашло судско веће у случају Челебићи.

Судско веће у случају Блашкић, у параграфу 339 пресуде, сложило се са виђењем судског већа у случају Челебићи у погледу узрочности као елемента командне одговорности. Чињеницом да је одлучујући о истом питању навело одредбе параграфа 399 пресуде у случају Челебићи оно се јасно определило за овај став. Судско веће у случају Кордић и Черкез је погрешило јер је одредбе параграфа 398 пресуде у случају Челебићи навело без осврта на следећи параграф 399. Наведени параграф је саставни део одлуке о овом питању и мора се читати заједно

failure to take the measures within his powers to prevent them. In this situation, the superior may be considered to be causally linked to the offences, in that, but for his failure to fulfil his duty to act, the acts of his subordinates would not have been committed. "

⁵ Čelebići case. Para. 400. "In contrast, while a causal connection between the failure of a commander to punish past crimes committed by subordinates and the commission of any such future crimes is not only possible but likely, the Prosecution correctly notes that no such casual link can possibly exist between an offence committed by a subordinate and the subsequent failure of a superior to punish the perpetrator of that same offence. The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognised under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility."

⁶ Blaškić case. Para. 339. "As stated earlier in this Judgement, in the case of instigation, proof is required of a causal connection between the instigation, which may entail an omission, and the perpetration of the act. In the scenario under discussion, this means it must be proved that the subordinates would not have committed the subsequent crimes if the commander had not failed to punish the earlier ones 576 . However, with respect to the Defence's submission that under Article 7(3) of the Statute proof is required that the commander's omission caused the commission of the crime by the subordinate, the Trial Chamber is of the view that such a causal link may be considered inherent in the requirement that the superior failed to prevent the crimes which were committed by the subordinate. In other words, "the superior may be considered to be causally linked to the offences, in that, but for his failure to fulfil his duty to act, the acts of his subordinates would not have been committed." 577"

са параграфом 398.⁷ Да су читали и тумачили ове параграфе заједно дошли би до истог закључка до којег је дошло судско веће у случају Блашкић претражујући тај исти део пресуде Судског већа у случају Челебићи.

Претрага коју је извело судско веће у случају Челебићи поводом ове недоумице није имала никакве примењене последице. Иако је судско веће сврстало узрочност као елемент командне одговорности за дела подређених која надређени није спречио, оно је пропустило да том ставу да одговарајућу тежину у самој пресуди. У набрајању елемената командне одговорности није побројало узрочност, нити ју је утврђивало током суђења. Другим речима овај став судског већа је остао мртво слово на папиру.

Слично је било и у случају Блашкић. Судско веће наводи став већа у случају Челебићи, саглашава се с њим, али ништа даље од тога. Никакве примењене последице није изазвало уврштавање узрочности међу елементе командне одговорности у случају, барем теоретски, сврставање узрочности у елементе командне одговорности морало би да доведе до последице на плану доказивања. Поред три основна елемента командне одговорности, који за трибунал несумњиво постоје (1. однос надређеног и подређеног; 2. учињена кривична дела подређеног; и 3. пропуст надређеног да предузме мере;), морао би се доказивати и четврти-узрочна веза између пропуста надређеног и учињених кривичних дела подређеног.

Веће у случају Кордић и Черкез, иако је исте навело ставове судског већа у случају Челебићи (као и веће у случају Блашкић) и позива се на њих, налази управо супротно. Узрочна веза пропуста надређеног и кривичних дела подређених није неопходна односно она није елемент доктрине командне одговорности. Разлог за ту грешку је чињеница је навело само параграф 398 пресуде у случају Челебићи, а не и параграф 399 који такође чини мишљење већа у овом случају. Са овако делимично и непотпуно узетим у обзир ставом на који се позива, веће у случају Кордић и Черкез није могло имати праву слику о узрочности као елементу командне одговорности.

2.2. Да ли је налаз судског већа у случају Челебићи тачан?

Већ смо рекли да се само једно судско веће (Челебићи) одлучило да изradi претрагу извора Међународног кривичног права да би пронашло узрочност као елемент доктрине командне одговорности. Стога се само њему може приписати мањкавости у претрази која је извршена. Осталим већима се не може приписати

⁷ Kordić, Čerkez case. Para. 447. "The Celebici Trial Chamber found that a requirement of causation as a separate element was not necessary:

Notwithstanding the central place assumed by the principle of causation in criminal law, causation has not traditionally been postulated as a *conditio sine qua non* for the imposition of criminal liability on superiors for their failure to prevent or punish offences committed by their subordinates. Accordingly, the Trial Chamber has found no support for the existence of a requirement of proof of causation as a separate element of superior responsibility, either in the existing body of case law, the formulation of the principle in existing treaty law, or, with one exception, in the abundant literature on this subject.⁶²⁴

The Trial Chamber finds no reason not to agree with this statement."

непотпуна претрага, већ некритичко преписивање и безрезервно усвајање налаза и ставова другог већа.

Судско веће у случају Челебићи није помно прегледало све случајеве командне одговорности, нити је прочитало све одредбе командне одговорности у међународним уговорима. Судско веће није проучило ни све ставове које наука заузима о овом проблему.

Тако се у члану 28. Статута Међународног кривичног суда налази узрочност као елемент ове врсте одговорности. Он је дат као захтев да су:

“...дела у надлежности Суда извршена од стране снага под његовим/њеним стварним заповедништвом и надзором, или стварном влашћу и надзором, у зависности од случаја, као исход [резултат] његовог/њеног пропуста да оствари надзор.”⁸

Видимо да Статут Међународног кривичног суда захтева да су дела потчињених исход (резултат) пропуста надређеног да спроводи надзор. Реч “result”, из изворног текста има, у енглеском језику, значење речи “узрок” односно ове две речи су синоними.⁹

У параграфу 1. члана 86. Првог допунског протокола налази се начелна обавеза:

“да се спречавају и сузбијају повреде које исходују [резултирају] из пропуста да се делује.”¹⁰

У следећем параграфу налази се посебна одговорност надређеног:

⁸ www.igc.apc.org/icc/: Responsibility of commanders and other superiors. “In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court: 1. A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for *crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case maybe, as a result of his or her failure to exercise control* properly over such forces, where: (a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and (b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. 2. With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph 1, a superior shall be criminally responsible for *crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control* properly over such subordinates, where: (a) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes; (b) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and (c) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution

⁹ *Webster's New Collegiate Dictionary*, G.&C. Merriam Co. Publishers, Springfield, 1959, p. 723: “...To proceed, spring, or arise, as a consequence, effect, or conclusion; to terminate; to end;-with from or in.-1. *That which results, as a consequence*, issue, or conclusion; sometimes, beneficial effect; fruit. 2. Something obtained by calculation or investigation.-Syn. see EFFECT”

¹⁰ www.icrc.org: Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Article 86. Failure to act: “1. The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall repress grave breaches, and take measures necessary to suppress all other breaches, of the Conventions or of this Protocol *which result from a failure to act* when under a duty to do so.”

“...који није предузео мере, које је био у могућности да предузме, да спречи и сузбије повреду извршену од стране потчињених.”¹¹

Званични коментар Протокола нам јасно указује да је други параграф само посебна изведба првог параграфа. Другим речима одговорност из првог параграфа јесте општа одговорност, одговорност за сваки пропуст да се делује. Одговорност из другог параграфа јесте посебан облик или изведба одговорности из првог параграфа. Из овога следи да све што важи за основну врсту одговорности важи и за њен посебан облик. Да је ово тако говоре нам даљи наводи из званичног коментара Протокола који јасно указују да се други параграф члана 86. мора читати и тумачити у вези са првим параграфом истог члана.¹² Из свега реченог следи да повреда (обичне или тешке) подређених морају исходovati из пропуста надређеног да делује, када говоримо о одговорности из другог параграфа члана 86.

Из врло сиромашне примене доктрине командне одговорности осврнућемо се на чувени случај генерала Јамашите из Другог светског рата и на случај капетана Медине из Вијетнамског рата.

У случају генерала Јамашите Врховни суд САД је мудро одбио да се изјашњава о кривици Јамашите већ се изјашњавао само о томе да ли Комисија може да суди јапанском генералу. Правилно увидевши да је суштина проблема у томе да ли постоји обавеза команданта да предузима мере у надзору потчињених, у сврху спречавања аката кршења ратног права, Суд поставља себи задатак да одреди да ли ратно право установљава такву обавезу за команданта и да ли командант може бити лично одговоран:

“...за његов пропуст да предузме те мере када исходују повреде [повреде ратног права].”¹³

Сасвим је јасно да се “...повреде...” које се овде спомињу “...исходују...” из “...пропуста да се предузму мере...”. Истовремено Суд закључује да је очигледно да ће вођење ратних:

¹¹ www.icrc.org: Commentaries of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. 3524 “A failure to act (omission) consists of failing to do or say something. In a legal sense it consists of failing in a duty to act. Paragraph 1 covers all breaches resulting [p.1006] from a failure to act, contrary to a duty to act, while paragraph 2 is devoted to the special responsibility of a superior *who has not taken measures which he was able to take to prevent or repress a breach committed by a subordinate*.”

¹² www.icrc.org: Commentaries of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. 3541 “Paragraph 2 -- Responsibility of superiors... This provision, *which should be read in conjunction with paragraph 1* and Article 87 (Duty of commanders), ' which lays down the duties of commanders, raises a number of difficult questions.”

¹³ “The question then is whether the law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for prevention of the specified acts which are violations of the law of war and which are likely to attend the occupation of hostile territory by an uncontrolled soldiery, *and whether he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result...*”: In *Re Yamashita*, 327 U.S. 2 (1946), наведено према: 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, p. 96.

“...операција од стране трупа чије деловање није зауздано наређењима или напорима њихових заповедника скоро сигурно исходovati [резултирати] у делима које ратно право треба да спречи.”¹⁴

Овом ставу Врховног суда САД не треба коментар.

Судија Howard, који је водио случај капетана Медине, дао је упутство поротницима за које се сматра да јесте списак елемената командне одговорности у овом случају. На том списку се сасвим јасно и на другом месту налази и узрочност.¹⁵ Судија упућује пороту да мора да дође до закључка да су смрти цивила исходовале (резултирале) из пропуста надређеног да спроведе надзор над подређенима који спомињу и узрочност као елемент командне одговорности поред, С. М. Bassiouni-а којег је поменуло и судско веће у случају Челебићи, поменимо W. J. Fenrick-а. Он пише да надређени може да одговара за злочине потчињених који су исход (резултат) пропуста надређеног да делује.¹⁶

2.2.1. Недостатна претрага узрокује погрешан став

Ова кратка претрага по све три врсте извора Међународног (кривичног) права које наводи судско веће у случају Челебићи нам говори да следећа тврдња овог већа не стоји:

“...судско веће није пронашло потпору за постојање захтева за доказом узрочности као одвојеним елементом одговорности надређеног [командне одговорности] било у постојећим пресудама, у уобличавању овог принципа у уговорном праву или, са једним изузетком у обилној литератури о овом предмету.”¹⁷

¹⁴ “...That this was the precise issue to be tried was made clear by the statement of the of the prosecution at the opening of the trial. *It is evident that the conduct of military operations by troops whose excesses are unrestrained by the orders or efforts of their commander would almost certainly result in violations which it is the purpose of the law of war to prevent.* Its purpose to protect civilian populations and prisoners of war could with impunity neglect to take reasonable measures for their protection. Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates”: In Re Yamashita, 327 U.S. 2 (1946), navedeno prema: 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, p. 96.

¹⁵ “...the court was instructed: 1) That an unknown number of unidentified Vietnamese persons, not less than 100, are dead; 2) *That their deaths resulted from the omission of the accused in failing to exercise control over subordinates* subject to his command after having gained knowledge that his subordinates were killing noncombatants, in or at the village of My Lai, Quang Ngai Province, Republic of Vietnam, on or about 16 march 1968; 3) That this omission constituted culpable negligence; and 4) That the killing of the unknown number of unidentified Vietnamese persons, not less than 100, by subordinates of the accused and under his command was unlawful.”: Weston D. Burnett, navedeno delo, p. 124.

¹⁶ 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, p. 124: “A superior may be held liable for the commission of an offence as a result of a failure to act if the...”

¹⁷ Čelebići case. Para. 398. “Notwithstanding the central place assumed by the principle of causation in criminal law, causation has not traditionally been postulated as a *conditio sine qua non* for the imposition of criminal liability on superiors for their failure to prevent or punish offences committed by their subordinates. Accordingly, *the Trial Chamber has found no support for the existence of a requirement of proof of*

Извори које смо ми претражили да би смо проверили овај став судског већа су међу најзначајнијим у овог грани права.

Статут Међународног кривичног суда је сигурно најзначајнији извор Међународног кривичног права. Данас га стручна јавност назива “малим озакоњењем Међународног кривичног права”. Како је могуће да га је судско веће у случају Челебићи прескочило? За нас не би било толико нејасно да судско веће Трибунала користи најважнији извор Међународног кривичног права, па да га не разуме, колико нам није јасно да га уопште не помиње.

Одлука у случају Јамашита спада у класичне изворе за командну одговорност. Несхватљиво је да су је пренебрегли и да нису утврдили шта је став комисије која је осудила Јамашиту. У питању је први случај командне одговорности уопште или боље рећи случај у којем је командна одговорност постављена.

Што се тиче W. J. Fenrick-а и његовог стручног мишљења треба само рећи да се наведени писац налази на положају специјалног саветника тужилаштва Трибунала, баш за питања командне одговорности.

Одговор на питање како је могуће да су ови извори остали непроверени вероватно нећемо добити, али свакако је претрага судског већа мањкава, недостатна и недовољна. Узрок погрешног става судског већа у случају Челебићи о проблему узрочности као елемента командне одговорности је горе наведена претрага.

2.3. Поставка другог проблема (одговорност за дела подређених која надређени није казнио)

У параграфу 400 пресуде судског већа у случају Челебићи излази се у сусрет ставу Тужилаштва у вези са узрочношћу код кривичних дела потчињених које надређени није казнио. Став Тужилаштва јесте да сама чињеница да постоји овакав принцип одговорности надређеног, који по природи ствари не може садржати узрочност, у Статуту Трибунала и обичајном праву, јесте доказ да се у овом случају не тражи узрочност.¹⁸

Занимљиво је да Тужилаштво ничим не образлаже свој став. Оно не потврђује основу од које полази било каквим чињеницама или наводима из извора обичајног права или било ког другог извора међународног (кривичног) права. Ми знамо да је у Статуту Трибунала, у члану 7(3) предвиђена ова врста одговорности, и то не споримо, међутим нико није урадио претрагу да ли она постоји и у међународном обичајном праву. Тужилаштво једноставно тврди да поменути облик командне

causation as a separate element of superior responsibility, either in the existing body of case law, the formulation of the principle in existing treaty law, or, with one exception, in the abundant literature on this subject.”

¹⁸ Čelebići case. Para. 400. “In contrast, while a causal connection between the failure of a commander to punish past crimes committed by subordinates and the commission of any such future crimes is not only possible but likely, the Prosecution correctly notes that no such casual link can possibly exist between an offence committed by a subordinate and the subsequent failure of a superior to punish the perpetrator of that same offence. The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognised under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility.”

одговорности постоји у обичајном праву и судско веће једноставно узима да је овај став исправан. Нити Тужилаштво нити судско веће нису проверили ову тврдњу. Зашто судско веће има неограничено поверење у мишљење Тужилаштва које није ничим поткрепљено? Ми ћемо покушати да дамо одговор да ли обичајно право садржи овај вид командне одговорности односно одговорности надређеног.

Понављамо да не споримо постојање ове врсте одговорности у Статуту Трибунала, међутим тужилаштво не даје никакав доказ да она не садржи узрочност као елемент. Подсетићемо да Статут не познаје никакво рашчлањивање овог вида одговорности на елементе. Набрајање елемената одговорности надређеног извршила су судска већа у пресудама. Узрочност се не помиње као елемент одговорности надређеног односно командне одговорности. Пошто је ово набрајање извршено збирно, без осврта на поједине видове одговорности надређеног. Тужилаштво једноставно полази од претпоставке да овај вид одговорности по природи ствари не може садржати узрочност.

2.3.1. Шта су тужилаштво и судско веће пропустили да претраже?

Приликом заузимања оваквог става тужилаштво није потпуно сагледало све изворе Међународног (кривичног) права који су од значаја за овај вид одговорности.

Да је тужилаштво потпуније сагледало све изворе Међународног (кривичног) права утврдило би да многи од њих уопште не познају командну одговорност за дела потчињених која је надређени пропустио да казни. У том случају не би стајала тврдња Тужилаштва да:

“...постојање принципа одговорности надређеног за пропуст да казни је, тако, признато по члану 7(3) Статута и обичајном праву...”.

Знамо да члан 38. Статута Међународног суда правде одређује међународни обичај као доказ “опште праксе која је прихваћена као право”.

“Из ове дефиниције се јасно издвајају два елемента међународног обичаја: 1) материјални или објективни и 2) психички или субјективни. Први је, у ствари, општа пракса а други свест о обавезности неког понашања. Први захтева једнообразно и сукцесивно понављање истог спољног акта од стране чланова међународне заједнице. **Једнострано понављање од стране само једног или мањег броја држава, или повремено, испресецањем, не може створити опште или универзално обичајно правило.**”¹⁹

Kunz пише да ни пракса “већине држава” није довољна за успостављање међународног обичаја.²⁰ Потребно је да пракса буде “општа”.²¹ У пракси Сталног

¹⁹ Смиља Аврамов и Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, Савремена администрација, 1997, стр. 47.

²⁰ Jozef L. Kunz, Editorial Comment: *The Nature of Customary International Law*, American Journal of International Law, Vol. 47, No 4, 1953, стр. 666.

²¹ Jozef L. Kunz, наведено дело, стр. 666.

суда међународне правде односно Међународног суда правде указује се на потребу “константне”, “једнообразне међународне праксе”, “на праксу готово универзалну”, “на континуирану праксу” или “на константну праксу”.²²

То значи да уколико докажемо да пракса није “константна, једнообразна међународна пракса”, нити је “пракса готово универзална”, нити је “континуирана пракса” односно “константна пракса”, онда нема ни међународног обичаја.

Прва писана одредба командне одговорности, уопште, потиче из 1957. године.²³ У овој одредби командна одговорност јесте дата на начин како тврди Тужилаштво у случају Челебићи а судско веће прихвата. Уведена је између осталог, одговорност за дела подређених која надређени није казнио.

Међутим, у првој писаној одредби командне одговорности у међународном праву, одредби командне одговорности у Првом додатном протоколу из 1977. године на Женевске конвенције из 1949. године, нема командне одговорности за пропуст да се казне дела потчињених. Одредба познаје командну одговорност за дела подређених која надређени није спречио или сузбио, али нигде нема командне одговорности за дела подређених која надређени није казнио.²⁴

Следећи извор међународног кривичног права који помиње командну одговорност јесте Статут Трибунала који у одредби 7(3) садржи одговорност за дела подређених која надређени није казнио.

²² Смиља Аврамов, Миленко Крећа, наведено дело, стр. 48.

²³ <http://nile.ed.umuc.edu/~nstanton/FM27-10.htm>: Field Manual No 27-10. 501. Responsibility for Acts of Subordinates. "In some cases, military commanders may be responsible for war crimes committed by subordinate members of the armed forces, or other persons subject to their control. Thus, for instance, when troops commit massacres and atrocities against the civilian population of occupied territory or against prisoners of war, the responsibility may rest not only with the actual perpetrators but also with the commander. Such a responsibility arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order of the commander concerned. The commander is also responsible if he has actual knowledge, or should have knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or to punish violators thereof."

²⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Article 86(2): "The fact that a breach of the Conventions or of the present Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from penal responsibility if they knew or should have known that he was committing or would commit such a breach and if they did not take measures within their power *to prevent or repress the breach*."; Commentaries of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Para. 3524: "A failure to act (omission) consists of failing to do or say something. In a legal sense it consists of failing in a duty to act. Paragraph 1 covers all breaches resulting [p.1006] from a failure to act, contrary to a duty to act, while paragraph 2 is devoted to the special responsibility of a superior who has not taken measures which he was able to take *to prevent or repress a breach committed by a subordinate*."; Para. 3543 "Under the terms of this provision three conditions must be fulfilled if a superior is to be responsible for an omission relating to an offence committed or about to be committed by a subordinate:

a) the superior concerned must be the superior of that subordinate ("his superiors"); [p.1013]

b) he knew, or had information which should have enabled him to conclude that a breach was being committed or was going to be committed; c) *he did not take the measures within his power to prevent it*."; Para. 3547 "This last clause deals with the central purpose of this paragraph: the superior who is responsible and who is aware of the facts *must act to prevent or repress the breach*."

Након Статута Трибунала указали би смо на Законик злочина против мира и безбедности човечанства из 1996. године. Одредба из члана 3. је јасна и она не познаје командну одговорност за дела подређених која надређени није казнио.²⁵ Оно што познаје је слично Првом додатном протоколу. То значи да има одредбу о одговорности за дела подређених која надређени није спречио или сузбио.

Сигурно најважнији извор међународног кривичног права јесте Статут Међународног кривичног суда. У члану 28. налази се одредба о командној одговорности.²⁶ У одредби члана 28. као и у одредбама два претходно наведена извора нема командне одговорности за пропуст да се казне дела потчињених.

Иако оно строго узевши није извор Међународног кривичног права треба поменути и југословенско Упутство о примени правила Међународног ратног права у ОС СФРЈ из 1988. године. Суштина је да оно може да говори о пракси држава, која нам је неопходна за утврђивање да ли постоји међународни обичај. Други разлог је тај што је у питању акт државе ради које је и основан Трибунал.

Одредба тачке 21, која говори о одговорности за поступке потчињених, слично претходно наведеним актима, не познаје одговорност за дела потчињених која надређени није казнио. У Тачки 21 стоји да ће одговарати надређени који не извести надлежне власти о делима потчињених, али, понављамо нема одреднице о одговорности за дела подређених која надређени није казнио.

Још један од извора на који желимо да укажемо је белгијски Закон о универзалној надлежности из 1993. године који такође познаје одговорност за радње другог. Разлог због којег га помињемо је исти као и код југословенског Упутства. Додатно овом разлогу треба рећи да белгијанци користе овај закон као

²⁵ Article 3. : "An individual shall be responsible for a crime set out in article 17, 18, 19 or 20 if that individual: a) intentionally commits such a crime; b) orders the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted; c) ***fails to prevent or repress the commission of such a crime*** in the circumstances set out in article 6". Article 6. : "Responsibility of the superior . The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power ***to prevent or repress the crime.***"

²⁶ ICC Statut, Article 28. : "Responsibility of commanders and other superiors. In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court: 1. A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case maybe, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where: (a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and (b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power ***to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*** 2. With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph 1, a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where: (a) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes; (b) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and (c) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power ***to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.***"

акт кроз који испуњавају обавезе преузете прихватањем Статута Међународног кривичног суда. Пошто члан 28. Статута прописује одговорност надређеног, јасно је да ће белгијанци обавезу да овај облик одговорности унесу у своје право испунити баш овим законом. Одредба одговорности за радње другог у овом закону слично претходно наведеним изворима има предвиђену одговорност за пропуст да се спречи или сузбије туђе дело, али нема одговорности за пропуст да се казни туђе дело.²⁷

2.3.2. Супротна и различита примена држава не ствара обичај

Чини нам се да је став Тужилаштва погрешан. Ако је тачна горња тврдња Тужилаштва да је постојање командне одговорности за пропуст да се казни призната у Статуту Трибунала и обичајном праву онда не сме бити никакве несагласности између различитих извора међународног кривичног права који познају командну одговорност. Сви претходно претражени извори морали би бити усаглашени, како смо на почетку ове претраге објаснили, да би наведена тврдња Тужилаштва била тачна. Мислим да смо доказали да пракса држава није константна, једнообразна, нити је готово универзална, нити је континуирана, што би све било потребно да докажемо постојање међународног обичаја. Исто тако показали смо да најважнији извори међународног кривичног права, укључујући Статут Међународног кривичног суда, не познају командну одговорност за пропуст надређеног да казни подређене, већ само командну одговорност за пропуст да сузбије или спречи дела подређених. Не само да нема сагласности потребне да би неко правило међународног обичајног права постојало, већ је већина извора међународног кривичног права сагласна баш, супротно. Нема командне одговорности за пропуст да се казне подређени. Овај облик одговорности из члана 7(3) познаје само Статут Трибунала и амерички Field Manual No 27-10 (који строго узевши није извор међународног кривичног права).

Сви остали извори је не познају. Вероватно најважнији је Статут Међународног кривичног суда. Норме установљене овим Статутом јесу правац у којем ће се развијати Међународно кривично право. Једнако важан је и белгијски Закон о универзалној надлежности. Једини југословенски извор права који познаје одговорност за радње потчињеног, Упутство о примени правила Међународног ратног права у ОС СФРЈ, нема командну одговорност за пропуст да се казне дела потчињених.

²⁷ Article 4, Law on Universal Jurisdiction, published in: Marco Sassoli and Laura Olson, *How Does Law Protect in War*, ICRC, Geneva, 2000, p. 538; "The following shall be punishable by the penalty provided for completed breaches: a) an order, even when it is not carried out, to commit one of the breaches listed in Article 1; b) a proposal or offer to commit such a breach and the acceptance of such proposal or offer; c) incitement to commit such a breach, even when it is not carried out; d) participation, within the meaning of Article 66. and 67. of the Penal Code, in such a breach, even when it is not carried out; e) *failure to act to the extent available to them by persons who had knowledge of the orders given to commit such a breach or of acts initiating the commission thereof and who were able to prevent or put to an end to such a breach*; f) any attempt, within the meaning of Articles 51-53. of the Penal Code, to commit such a breach."

Не само да нема сагласности извора Међународног кривичног права потребне да би командна одговорност за пропуст да се казне потчињени била призната у обичајном праву, већ се већина извора креће у супротном правцу. Извори који познају командну одговорност за пропуст да се казне потчињени јесу изузетак у међународном кривичном праву.

Из свега реченог следи да командна одговорност за пропуст да се казне подређени није призната у обичајном праву.

Оваква налаз о обичајном карактеру командне одговорности за пропуст да се казне подређени чини налаз судског већа у случају Челебићи, из параграфа 400 пресуде, релативним. Подсетићемо да судско веће налази да:

“...само постојање принципа командне одговорности за пропуст да се казни подређени, признатог од стране обичајног права и Статута Трибунала, демонстрира одсуство захтева за узрочношћу као одвојеног елемента доктрине командне одговорности.”

Будући да смо доказали да овај принцип није признат у обичајном праву, налаз судског већа није потпуно утемељен. Тачно је да Статут Трибунала познаје ову врсту командне одговорности, међутим када би овај извор био довољан онда се не би судско веће позивало и на обичај као извор међународног права. Очито да сам Статут, у свести судија, нема довољну снагу и зато они траже помоћ у обичајном праву. Мислимо да је разлог за овакву грешку судског већа некритичко ослањање на став Тужилаштва, што се види из текста.²⁸

Утицај нашег налаза о непостојању одговорност за дела подређених (командне одговорности) која надређени није казнио у међународном обичајном праву, на питање да ли постоји узрочност као елемент командне одговорности се сам намеће. Ако командна одговорност за пропуштање да се казни није призната у међународном кривичном праву сасвим је јасно да није тачна тврдња Судског већа у случају Челебићи да овај “принцип” одговорности:

“...демонстрира одсуство захтева за узрочношћу као одвојеним елементом доктрине командне одговорности.”

Пошто овај принцип одговорности не постоји у обичајном праву као једном од извора међународног кривичног права, онда он ништа ни не може да демонстрира, а понајмање одсуство захтева за узрочношћу као одвојеним елементом командне одговорности.

²⁸ Čelebići case, Para. 400: “In contrast, while a causal connection between the failure of a commander to punish past crimes committed by subordinates and the commission of any such future crimes is not only possible but likely, *the Prosecution correctly notes that no such casual link can possibly exist between an offence committed by a subordinate and the subsequent failure of a superior to punish the perpetrator of that same offence.* The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognised under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility

3. Закључак

Закључак је следећи.

Приликом одређивања да ли је узрочност елеменат доктрине одговорности за дела подређених (командне одговорности) судско веће у случају Челебићи је једино урадило претрагу која би се могла назвати потпуном. Остала два судска већа која су се бавила овим проблемом нису урадила никакве претраге проблема већ су се ослониле на налаз већа у случају Челебићи. Од тога је једно веће (Кордић и Черкез) направило грешку и наводећи само део одлуке већа у случају Челебићи, тако да су њен став о овом проблему пренели непотпуно. Потпуно погрешно су узели као став судског већа у случају Челебићи да узрочност није елеменат доктрине.

Веће у случају Блашкић је исправно пренело став већа у случају Челебићи ослањајући се на њега у решавању истог проблема.

Међутим судско веће у случају Челебићи је пропустило да сагледа све изворе Међународног кривичног права када је устврдило да не може да пронађе узрочност као елеменат доктрине одговорности за дела подређених (командне одговорности) у постојећем међународним уговорима, пресудама и литератури.

Ми указујемо да је вероватно најважнији акт Међународног кривичног права Статут, Међународног кривичног суда, садржи узрочност у одредби одговорности за дела подређених (командне одговорности) у члану 28.

Од малог броја пресуда које су се заснивале на овој доктрини указујемо на Одлуку Врховног суда САД у случају Јамашита и на упутство судије Howard-а пороти у случају капетана Медине. Обе ове одлуке садрже, поред осталих захтева које су тужиоци морали да докажу, и узрочно-последичну везу између пропуста надређеног и кривичних дела подређених.

Што се литературе тиче указујемо, поред мишљења Bassiouni-a, на мишљење W.J. Fenricka. Оба писца сматрају да је неопходно да постоји узрочно-последична веза пропуста надређеног и кривичних дела подређених.

И само судско веће у случају Челебићи је у параграфу 399 закључило да:

“...У ствари, признање неопходне узрочне везе може се сматрати да је у складу са захтевима који се стављају пред дела потчињених и пропуст надређеног да предузме мере у својој моћи да их спречи...”

На овај начин је веће признало да узрочност јесте елеменат доктрине командне одговорности у случају кривичних дела потчињених која надређени није спречио.

Што се тиче кривичних дела подређених која надређени није казнио показали смо да се судска већа позивају, поред слова статута Хашког трибунала, и на међународни обичај. Разлог је несигурност на коју су наишла судска већа у ослањању на текст Статута. Судије знају да се налазе на несигурном терену и зато потврђују свој став (основан на Статуту) позивањем на међународни обичај. Ипак показали смо да ту греше. Међународни обичај не ствара се кроз разнородну и различиту примену држава, каква је била у вези са овим проблемом. Потребна је универзална, јединствена, општа, константна или једнообразна примена за

верзална, јединствена, општа, константна или једнообразна примена за настајање обичаја који желимо уздићи на раван извора међународног права. Не само да нема сагласности извора Међународног кривичног права потребне да би одговорност за дела подређених (командна одговорност) која надређени није казнио била призната у обичајном праву, већ се већина извора креће у супротном правцу. Извори који познају командну одговорност за пропуст да се казне потчињени јесу изузетак у међународном кривичном праву.

Стога закључујемо да одговорност за дела подређених (командна одговорност) која надређени није казнио није део међународног обичајног права.

*Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant
Law Faculty of Novi Sad*

CAUSALITY AS AN ELEMENT OF ACCOUNTABILITY FOR THE ACTIONS OF SUBORDINATES (COMMAND ACCOUNTABILITY)

Abstract

Upon determining as to whether causality is an element of the doctrine of accountability for the actions of subordinates (command accountability), the judicial council in the case of Čelebići completed an examination that can only, conditionally, be described as complete. Nevertheless, the judicial council in the case of Čelebići, failed to consult all sources of International Criminal Law when ascertaining that no cases of causality as element of the doctrine of accountability for the actions of subordinates (command accountability) could be found in existing international treaties, judgments and literature.

From the very few judgments which were based on this doctrine, the author points the U.S. Supreme Court Decision in the case of Yamashita and to Judge Howard's instruction to the jury in the case of Captain Medina. Both decisions contain, among other claims which the prosecutors had to prove, a cause-and-effect connection between the neglect of the commanding and the criminal acts of the subordinates.

Regarding literature, along with the views of Bassiouni, the author also points to those of W.J. Fenrick. Both authors consider the existence of a cause-and-effect connection between the neglect of superior and the criminal acts of the subordinates as a necessity.

The remaining two judicial councils which were engaged in this issue failed to undertake any examinations of this problem, but instead, merely relied on the council's findings in the case of Čelebići. Out of these, one council (Kordić and Kerkez) made the

mistake in citing only a portion council's decision in the case of Čelebići, thereby not fully conveying its stance in this matter. The council wrongly interpreted the council's stance in the case of Čelebići, deciding that causality is not an element of the doctrine.

In the case of Blaškić, the council correctly conveyed the stance of the council in the case of Čelebići, while relying on it in dealing with the same problem.

It was only the judicial council in the case of Čelebići which, in Paragraph 399, concluded that the recognition of an indispensable causal relationship can be considered as being in accordance with claims which are placed in view of the acts of subordinates and the neglect of the superior to take all measures within his/her power to stop them.

*Mr Branislav Ristivojevic, assistant
à la Faculté de droit de Novi Sad*

LA CAUSALITÉ COMME ÉLÉMENT DE RESPONSABILITÉ POUR LES ACTIONS DES SUBALTERNES (LES RESPONSABILITÉS DE COMMANDE)

Résumé

Pour déterminer si la causalité est un élément de la doctrine de la responsabilité pour les actes des subalternes (responsabilités de commande) le Conseil du tribunal n'a fait de recherche complète, ou presque, que dans le seul cas de Čelebići. Pourtant le Conseil du tribunal a omis de considérer, dans le cas de Čelebići, toutes les ressources du Droit pénal international en affirmant qu'on ne peut trouver de causalité, comme élément de la doctrine de la responsabilité pour les actions de subalternes (responsabilités de commande), dans les contrats internationaux existant, dans les jugements et la littérature. Nous désirons montrer que le document le plus important du Droit pénal international est probablement son Statut, comportant la notion de causalité dans la détermination de la responsabilité de commande dans l'article 28.

Dans les jugements peu nombreux se basant sur cette doctrine nous soulignons l'arrêt de la Cour de cassation des Etats-Unis dans le cas de Jamashita, et les consignes du juge Howard aux jurés dans le cas du capitaine Medina. En dehors de ce que les plaignants ont été requis de prouver, ces deux arrêts sous-entendent aussi une relation de cause-et-conséquence entre les négligences des supérieurs et les crimes des subalternes.

Nous avons retenu, dans la littérature, l'opinion de Bassiouni mais aussi celle de W.J. Fenrick. Ces deux auteurs pensent que la liaison des causes-et-conséquences entre les négligences des supérieurs et les crimes des subalternes est fondamentale.

Les deux autres Conseils juridiques, qui ont traité ce problème, n'ont pas étendu leurs recherches, ils se sont reposés sur les conclusions du Conseil dans le cas de Čelebići. L'un des Conseils (Kordić et Čerkez) a même omis de citer une partie de l'arrêt du Conseil dans le cas de Čelebići, ce faisant il n'a pas transmis entièrement la position

seil dans le cas de Čelebići, ce faisant il n'a pas transmis entièrement la position de ce Conseil face à ce problème. Cette erreur a eu pour conséquence la mal interprétation de la position du Conseil dans le cas de Čelebići, la causalité a été éliminée de la doctrine.

Dans le cas Blaškić le Conseil a bien repris la position du Conseil dans le cas de Čelebići, et l'a utilisée comme support pour résoudre le même problème.

Le Conseil dans le cas de Čelebići, lui-même, a conclu dans le paragraphe 399 que l'admission de la liaison de causalité peut être considérée en accord avec les demandes posées devant les actes des subalternes et les négligences des supérieurs, pour qu'ils prennent les mesures en leurs pouvoirs pour les empêcher.

*Bosko Tripkovic, Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

THE ITALIAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION -The Diffuse System and the Centralized System Perspective-

*Mentor:
Alessandro Simoni, PhD*

Summary: *This paper will cover the system of judicial review in Italy in the following manner:*

I An overview of the systems of judicial review (general characteristics of the diffuse system, general characteristics of the concentrated system), which will explain the main differences between the two systems.

II The Italian system of judicial review will be examined through its history, legal sources, structure and independence of the Constitutional Court, the jurisdiction of the Constitutional Court, its scope and methods, the effects of the decisions of the Constitutional Court and methods of broadening the control of constitutionality.

III In the conclusion, it will be discussed whether the Italian system of judicial review is the centralized system or not.

Key words: Judicial Review, Italian Legal System, Constitutionality, Constitutional Court

I INTRODUCTION - AN OVERVIEW OF THE SYSTEMS OF JUDICIAL REVIEW

Judicial control of the constitutionality of legislation is an institution which exists in many countries of the contemporary world. The systems of judicial review differ

from state to state but, generally, it could be said that there are two basic systems: a diffuse and a concentrated one. Although the line between these two systems nowadays cannot be drawn with absolute preciseness, because of theoretical reasons they are often separated and compared by scholars. Nevertheless, this is one of the crucial features which determine the system of judicial review: the state's choice of either centralized or decentralized (diffuse) system¹. In the diffuse system, all judicial organs have the power to determine the constitutionality of legislation. On the contrary, in the centralized system, a single judicial organ has this power.

GENERAL CHARACTERISTICS OF THE DIFFUSE SYSTEM

As it is mentioned above, the diffuse system empowers all the judges and the courts of a particular country to act as constitutional judges and courts. This right is not only reserved for Constitutional or Supreme Court of a country. This power is the consequence of the principle of the supremacy of the Constitution², which implies that if there is a conflict between a law and the Constitution the higher law must prevail: *lex superior derogat legi inferiori*. So, it is to the judiciary not to enforce such law in the concrete case.

The decentralized system is typical for common law countries. That is because of the doctrine called *stare decisis* which ensures that different courts don't have different decisions on the issue of constitutionality of the particular law³. Under the *stare decisis* doctrine the courts are bound by their prior decisions and by the decisions of higher courts in the same jurisdiction⁴. Enforcing the diffuse system of judicial review of legislation in civil law countries without this doctrine would cause a lack of legal certainty. Although there are countries of Roman law tradition which have implemented this kind of system⁵ with larger or smaller changes, it is more suitable for common law countries.

Besides decentralization, other main characteristics of the diffuse system are⁶:

– **Nullity of the unconstitutional state act and declarative effect of the court's decision**

This rule means that the unconstitutional state act is null and void and it cannot produce any effect and there is no need for another state act to be produced to withdraw its quality of state act. So, the act is null and not annulable. Because of legal certainty, only courts have the power to declare acts void. That is why the court's decision is declarative. The act is considered as if it had never been valid and as if it had always been

¹ They are also called Austrian and American system

² A. R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 127.

³ See F. RubioLlorente, *Constitutional Jurisdiction as Law-Making, Law in the Making*, ed. by Alessandro Pizzorusso, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1988, p. 159-161.

⁴ Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 138-142.

⁵ For example, in Mexico, Argentina, Brazil, and it also existed in Switzerland, Portugal, Greece and in Italy (from 1948 to 1956), M. Cappelletti, *supra*, p. 134, A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 128-131.

⁶ See A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 131-135.

null and void. Consequently, court's decision on this matter has *ex tunc*, retroactive effects. The law is null and void from its enactment.

– **The initiative power of the courts**

In a concrete case judges must apply the Constitution. So, it is their duty to consider the constitutionality of the law even if the parties in the particular process don't raise that question. On the contrary, this is not the case in most of the countries of the centralized system.

– **The incidental character of judicial review**

Above mentioned duty of the courts can only be exercised through a concrete cases brought before them. This system can operate only if the issue of constitutionality of the law is relevant to the decision in the concrete process.

– **The *inter partes* effect of the decision**

Because of incidental character of the system the court's decision on this matter has the effect which is restricted to the parties in the process. If the act is considered unconstitutional it only means that it is not applicable in that particular case. It doesn't mean that it can't be enforced in other cases. This rule is followed by the *stare decisis* doctrine because of the necessity of the legal certainty.

Despite this, every country's diffuse system has its own solutions and this general overview of the decentralized system of the judicial review of legislation is useful for comparison with centralized systems. This is only the basic logic of the diffuse system which, applied in a concrete legal system, can be modified in many ways.

GENERAL CHARACTERISTICS OF THE CONCENTRATED SYSTEM

The main characteristic of the concentrated system is that there is one single organ empowered to review the legislation. That organ is either Supreme Court of a country or a court specialized for that kind of jurisdiction (Constitutional Court, Council or Tribunal).

This system was enforced for the first time in Austria in 1920. Since then it has been used in many countries of civil law legal tradition. Only a few common law countries gave power to a single court to review the legislation⁷.

Like in the diffuse system, the basic principle of the concentrated system is the supremacy of the Constitution. Unlike the decentralized system, the power to review the legislation is not given to all the courts but to one single court. That is the main difference which causes the majority of other differences between the two systems.

Cappelletti finds that there are three main reasons for civil law countries to adopt such a system⁸:

The first one is the continental conception of separation of powers. In civil law countries, invalidation of statute is considered as a political, a legislative act. Therefore, it

⁷ For example Ghana, Papua New Guinea and Uganda, A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 186-188.

⁸ Mauro Cappelletti, *supra*, p 137-146.

must be conducted by legislative branch. It is generally accepted that some sort of control of the constitutionality must exist, but this power was never given to ordinary courts because of this conception.

The second reason is the absence of the *stare decisis* doctrine. In the diffuse system this doctrine ensures the uniformity of decisions on the question of constitutionality. This is why the decentralized system didn't work in Weimar Germany and in post war Italy. In Norway, Denmark and Sweden this problem is minor because the decentralization of the system in these countries is rather unimportant and exercised by judges with extreme moderation⁹.

The third one is unsuitability of the ordinary courts in civil law countries. The highest courts in these countries often have no structure to exercise this kind of jurisdiction. They already have plenty of cases and their procedure is unsuitable for reviewing the legislation. Cappelletti¹⁰ alleges that the problem also arrives from the fact that continental judges are often "career judges" who have skills in application of the law but not in making policy judgments.

For all these reasons, the majority of civil law countries have chosen the centralized model of controlling the legislature by courts. Like in the case of the diffuse system it can be said that there are some general characteristics of all centralized systems besides the fact that there is only one organ dealing with the constitutionality of statutes. The main characteristics of the system are¹¹:

– **Judicial review must be established and regulated by the Constitution**

This principle has its roots in rigid conception of separation of powers. Only the Constitution can give power of annulling the laws to a non-legislative body. Because of non-legislative character of the courts this system cannot be established by, for example, the decision of the Supreme Court.

– **The annul ability of unconstitutional state acts and the constitutive effects of the decisions**

This is a guarantee of constitutionality and legal certainty. The laws brought by the legislative branch must be considered valid and effective until they are annulled by the organ entitled by the Constitution to do so. Consequently, when a constitutional judge decides that the law is unconstitutional, generally, the decision has constitutive effects. In the majority of cases it has *ex nunc*, or *pro-futuro* effects. That is why a distinction between absolute and relative nullity of the law exists in this system. In the case of relative nullity the decision has *ex nunc* effects and in the case of absolute nullity the decision has *ex tunc* effects.

– **The power to initiate the judicial review**

In most of continental law countries, the Constitutional Court cannot raise the question of (un)constitutionality of the law. In general, the ordinary courts have this initiative power and duty. But once the issue is raised, the Constitutional Court has the power to consider questions of constitutionality other than the ones that are already raised.

⁹ Mauro Cappelletti, *supra*, p. 141.

¹⁰ Mauro Cappelletti, *supra*, p. 143.

¹¹ See A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 185-194.

– **Principal (direct) and incidental character of the judicial review**

There are two ways to bring an issue before the Constitutional Court. These two ways are called principal and incidental way. In the first case, which is normal for the centralized systems, questions are brought by a direct action of a state organ or through *actio popularis*. In the second case questions are brought by the ordinary court because the issue occurred in a process before that court. The latter doesn't change abstract character of the proceeding before the Constitutional Court. The Court is deciding without taking into account the facts of the concrete case in which the question of constitutionality occurred. That leads to another characteristic of the concentrated system.

– **Legislative character of the decisions and the *erga omnes* effect**

When the Constitutional Court is deciding, the question is only if there is a logical compatibility between the law and the Constitution. Consequently, decisions have quasi-legislative effect. The Court is playing a role of legislative organ. This power is only exercised in a negative manner, because the Court annuls the laws and never brings a new one. The system is often called "a system of negative legislation"¹². This raises many controversial questions and one of them is of the huge importance: the problem of legitimacy of the judicial review of legislation¹³.

The main consequence of this rule is the *erga omnes* effect of the Court's decision. The decision annuls the unconstitutional law and that must be respected not only by the parties to the process, but also by both state organs and citizens.

It must be said that dividing all systems of judicial review in two groups can only be theoretical. Most of countries combine these two systems and it is 'the mixed system' that prevails in contemporary world, especially in Europe. The Italian system of judicial review is a good example of the centralized system with many elements of the diffuse system.

II THE ITALIAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW

The Constitutional Court was introduced in Italy for the first time under the Constitution of 1948. Before that, some kind of control of the constitutionality of laws had been discussed in 1925, but had lain dormant until the fall of the fascism¹⁴. In 1946, when the Constituent Assembly started to work on the new Constitution, the only models of such an institution were the United States Supreme Court and Hans Kelsen's Austrian Court (1920-1934). The latter system inspired the drafters of the Italian Constitution¹⁵. The draft was presented to the Assembly on January 21st 1947, and this Constitutional Court solu-

¹² This is Hans Kelsen definition taken from A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 191.

¹³ See Eivind Smith, *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – a Comparative Approach*, Constitutional Justice Under Old Constitutions, edited by Eivind Smith, Kluwer Law International, the Hague, 1995, p. 363-402.

¹⁴ See Mary L. Volcansek, *Constitutional Politics in Italy- The Constitutional Court*, St. Martin's Press, Inc., New York, 2000, p. 13-20 .

¹⁵ Commission that consisted of 75 members of the parliament

tion was subjected to criticism. It was said that this solution is not democratic and that control of the constitutionality of laws is not susceptible to control of the people. It was even said that constitutional system which places the judges above the parliament is "bizarre"¹⁶. There was also an idea that this power should belong to the highest of ordinary courts, the *Corte di Cassazione*. Nevertheless, the final form of the Constitution was adopted on December 22nd 1947 and took effect on the first day of 1948, including the part called "Constitutional Guarantees", which describes the Constitutional Court.

The Constitutional Court was introduced mainly because of the experience that was a mixture of flexible Fundamental Law (*Statuti Albertini*) of 1848 and fascistic government. There was a strong need to protect the Constitution and human rights against legislative power. Despite this, the Italian Constitutional Court did not begin to function until 1956. That is because the article 137 of the Constitution required parliamentary action to determine "all other provisions necessary for the establishment and functioning of the Court". The implementation of the Constitutional Court was not on the top of the agenda of the governing party because of political reasons. In the meanwhile, the diffuse system of judicial review persisted. From 1948 to 1956 all ordinary courts had the power not to apply laws they considered unconstitutional.

Finally, the legislation necessary for the functioning of the Court was passed by the same political forces that had approved the Constitution, and April 23rd 1956, the Court held its first session¹⁷.

LEGAL SOURCES¹⁸

The rules concerning the Constitutional Court cannot be found only in the Constitution. There are also other documents relevant for the existing system of judicial review in Italy. Articles of the Constitution which regulate judicial review are 127 and 134-137. Article 137 leaves to the legislator to regulate the definition of the conditions, the forms, the methods of access, the guarantees of independence of the constitutional judges and every other necessary issue relevant for this matter and not already regulated in the Constitution. The rules implementing article 137 are actually governing the procedure before the Constitutional Court. They can be found in constitutional statutes no. 1 of 1948 and no. 1 of 1953, and in ordinary statute no. 87 of 1953. Although article 137 refers only to future primary legislation, statute no. 87 of 1953 also mentions other sources. These sources have regulatory nature and they were adopted by the Court itself in 1956¹⁹ and 1958²⁰. Leaving to the Court to establish its own rules is a solution not so common in countries of Roman law tradition. "Considering that in Italy, as in most civil law countries, the courts (even those at the top of the judicial hierarchies) are not vested with any

¹⁶ Palmiro Togliatti, communist member of the Parliament, Mary L. Volcansek, *supra*, p. 14.

¹⁷ Vittoria Barsotti – Vincenzo Varano, *Standing to Raise Constitutional Issues*, Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Brisbane, 2002, p. 602.

¹⁸ More detailed information on legal sources can be found on <http://www.corteconstituzionale.it>

¹⁹ Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale

²⁰ Regolamento generale

rule making power, and that generally every step of the ordinary civil and criminal procedure must be regulated by statute, the power recognized to the Constitutional Court is of considerable importance and shows its peculiar role in the Italian system of government. In fact, in order to justify the nature of the Court's power, these norms are qualified as 'rules of a supreme body', and therefore ranked as primary sources, given the position of the Court as a 'constitutional organ' independent from all other state organs"²¹.

STRUCTURE AND INDEPENDENCE OF THE COURT

The independence of the judges of Constitutional Court is a result of the paritarian system of their appointment. Their naming is not attributed to representative organs, like in some other countries, but to the three traditional powers of the state. The Constituent Assembly chose to divide authority for naming the Court's 15 judges between the President of the Republic, the Parliament and the judicial power. The judges are appointed in the following manner: one third is appointed by the President of the Republic, another one-third by the two houses of the Parliament in a joint sitting and the final third by the judges of the ordinary and administrative courts. The judges are chosen from among judges, law professors and lawyers with at least 20 years of experience.

The five judges that are appointed by the judiciary are divided into three groups: three are elected by the Court of Cassation, one by the Council of State and one by the Court of Accounts. These provisions are established by statute no. 87 of 1953 and the procedure has been slightly moderated during the time (such as provision for second ballots in the event of no majority on the first).

The same statute of 1953 establishes rules for the judges elected by the Parliament. They are elected in a joint sitting of two chambers using secret ballot. To win on a first ballot a nominee must get three-fifths of the total number of members of the Parliament. On succeeding ballots required majority drops to three-fifths of those voting²².

The implementing legislation didn't regulate the naming of the judges by the President. That was a cause of disputes because of an apparent conflict between articles 89 and 135 of the Constitution. Article 89 states that actions of the President are valid only if countersigned by the proposing ministers. On the other hand, article 135 mentions the President alone as the appointing authority for the Constitutional judges. The problem was solved by the appointment of the first presidential appointees who were named by the President alone. The precedent was set. The President appoints the judges without formal consultation, the Council of Ministers co-signs the appointment but that is now a mere formality²³, although these appointees follow partisan affiliations of the Parliament.

Tenure of the judges is 9 years (from 1967) and they have a single, non-renewable term. They are granted immunity for their votes and opinions. Their salaries are equiva-

²¹ Vittoria Barsotti - Vincenzo Varano, *supra*, p. 603.

²² According to Mary L. Volcansek the "super-majority" was designed to prevent any judgeship from going to the Communists

²³ Mary L. Volcansek, *supra*, p. 23.

lent to those of the judges of the highest ordinary courts and they are prohibited from practicing their professions and from accepting any other positions during their tenure.

THE JURISDICTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

There are four main competences of the Court:

I The first one is the competence to solve disputes over which body is entitled to exercise a certain power.

- a) The Italian Republic is a decentralized state. There is a distribution of state powers in the vertical sense, over territorially autonomous units called Regions. So the conflict may arise between the State and Regions, or between Regions, when the State invades the sphere of regional authority or if a Region exceeds its own sphere. In such cases the conflict arises as a consequence of an administrative act. When rendering a decision the Court decides not only to which level of state powers the challenged attribution belongs, but also has the power to annul the administrative act²⁴.
- b) Conflicts may also arise between the various national constitutional organs. In this case the Court must determine to which organ the challenged power belongs. When an act which infringes a constitutional norm is produced the Court must annul it. The most of the disputes in this jurisdiction during the Court's history were between executive and legislative branch over the use of decree laws by executive branch.

II The second general competence of the Court refers to cases of charges against the President of the Republic (impeachment). Until constitutional statute 16 of 1989 the Court had also jurisdiction in cases of impeachment of Ministers²⁵. The President is not responsible for acts performed in the exercise of his functions and can be prosecuted only for treason or offence against the Constitution. In these cases, the accusation can only be brought before the Court by an absolute majority of members of Parliament in a joint session sitting, and the composition of the Court is enlarged by 16 lay judges. That kind of proceeding has, of course, a strong political subtext²⁶.

III The third jurisdictional power of the Constitutional Court refers to referenda. The Court has jurisdiction to decide on the admissibility of referenda, based on the fact that tax or budgetary laws, laws granting amnesty or pardon, and laws authorizing ratification of international treaties cannot be subject to referendum. There is no actual case of controversy and the Court performs its duties *ex officio*.

IV Finally, the fourth jurisdictional power refers to judicial review of constitutionality of legislation (statutes and other state acts with the same force). This is the most important jurisdiction of all and it will be analyzed in the following part of this paper in more detail.

²⁴ A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 217.

²⁵ Vittoria Barsotti -Vincenzo Varano, *supra*, p. 607.

²⁶ Mary L. Volcansek, *supra*, p. 73-91.

THE SCOPE OF THE ITALIAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW

Judicial review of legislation in Italy is exercised by a single body, the Constitutional Court. The term "legislation" comprises all statutes and other state acts with the force of law. This means that the Court has jurisdiction over the statutes of the State and the Regions, over delegated legislation, over Government's decrees and over the Charters of the Ordinary Regions. The Constitutional laws are also submitted to constitutional review.

According to A. R. Brewer-Carias²⁷, a few questions have been raised regarding the scope of judicial review concerning legislative acts.

The first issue refers to whether the Constitutional Court has the power exercise control over laws which were passed before the enactment of the Constitution, and which could be considered repealed by it. This control can only be exercised through incidental method.

The second question would be: is there a possibility to raise the issue of constitutionality with respect to repealed laws which have already lost their force? The Italian Constitutional Court has declared its competence to solve disputes over these repealed laws. The explanation is that these laws could have created situations which justify constitutional control after their repeal.

The third issue is whether the Constitutional Court can only determine statute's consistency with the Constitution in its normative contents or has it also a formal control over the procedures followed for its sanctioning.

Finally, the question has arisen as a consequence of the terms used in article 134 of the Constitution. That article indicates that the court has jurisdiction to settle disputes dealing with "constitutional legitimacy" of laws and state acts with the force of law. Although statute no. 87 of 1953 expressly states that any kind of value judgments of policy nature are excluded, the Court has, since 1960, controlled arbitrariness of the legislator based on the principles of equality and non-discrimination controlling the "rationality" of the distinctions established in legislation.

METHODS OF JUDICIAL REVIEW

I The Direct (Principal) Method

The direct method plays a minor role in the Italian system of judicial review at least from statistical point of view²⁸. It is a procedure which is considered abstract in the sense that constitutionality of the statutes is challenged *per se*. This method can be demonstrated in two ways:

²⁷ A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 219-220.

²⁸ See table, Mary L. Volcansek, *supra*, p. 28-29.

The first situation is when a region brings a direct action against national or another region's statute or another act with the force of law²⁹.

The second way of demonstrating this method is a preventive one. The Council of Ministers can bring a direct action against regional statutes before their enactment³⁰. The enactment of the challenged regional statute must be suspended until a decision is brought. The statute won't be promulgated if it is found to be unconstitutional.

II The Incidental Method

The Incidental method of Judicial Review is undoubtedly the most important method for keeping statutes within the framework of the Constitution. This is expressly regulated in article 1 of constitutional statute no. 1 of 1948. The incidental method is regulated in detail by statute no. 87 of 1953.

In this method the ordinary judge has the power and a duty to raise issues of constitutionality before the Constitutional Court so as to obtain a binding decision from that body. So the question must be raised by a judge in the course of a judicial proceeding. The proceeding is then suspended until the Court decides the preliminary issue of constitutionality. The constitutional question alleged by the parties to the process or by the Public Prosecutor can be rejected by the judge *a quo* when he considers that it has no relevance or no due foundation. Since the "judge" has all these powers it is very important to see who can be considered a judge in this special meaning.

According to the various sources that regulate this method, there are various terms and norms of relevance to it. The constitutional question must be raised "in the course of a judicial proceeding" by a "judge"³¹, "in the course of a judgment before a judicial authority"³². Interpretation of the relevant statute hasn't always been consistent. "In some occasions the opinions, through a broad reading of the notion of 'judge', favored access to the Court, and consequently the abstract and general interest in the legitimacy of the legal order prevailed; in other occasions, the word 'judge' was given a more strict sense, reducing the accessibility to the Court"³³. According to Vittoria Barsotti and Vincenzo Varano³⁴, two different periods can be identified in the Court's case law regarding this issue.

During the first period (1956-1971) in order to annul the great number of fascist laws access to the court was favored and the notion of a "judge" was interpreted in a broad sense. An authority who could raise the issues of constitutionality before the court had to be permanent part of the judiciary and capable of deciding a case. Following this notion of a "judge", the Court gave the right of standing to various bodies such as National Bar Association and Patent and Trademark Commission. A Court also allowed ref-

²⁹ Article 2 of constitutional statute no. 1 of 1948.

³⁰ Article 127 of the Constitution

³¹ Constitutional statute no. 1 of 1948, article 1.

³² Statute 87 of 1953, article 23.

³³ Vittoria Barsotti -Vincenzo Varano, *supra*, p. 614.

³⁴ Vittoria Barsotti -Vincenzo Varano, *supra*, p. 614-617.

ferals from non-contentious proceedings. Finally, the Court gave itself the right to raise the questions of constitutionality.

From the early seventies, the Court gave the notion of a "judge" a more narrow meaning, requiring not only that the referring authority has to be a part of the judiciary and capable of bringing a final decision over the case, but also that it has to exercise jurisdictional and not administrative functions. The reason for this was the changed position of the Constitutional Court after first twenty years from its constituting. The Court was no longer a new body in a search for its authority. It has been a body so important that it can regulate and limit its jurisdiction. Of course, there was no more need for promoting and encouraging judicial control of legislation.

Besides this, there are two more conditions which are necessary for starting the procedure before the Constitutional Court successfully: the judge *a quo* must verify that the question is relevant for deciding the case and not manifestly unfounded.

The first condition makes an objective connection between the original proceeding and the process before the Constitutional Court. The question of constitutionality can reach the Constitutional Court only if there is a "case or controversy". It is very important to mention that this leads to a way of deciding where constitutionality of statutes is not in doubt *per se*, but in concrete application to an actual case.

The judge *a quo* has also to verify that the constitutional question is not manifestly unfounded. So, he has to play an active role. In the last two decades the Court suggested that judges were abusing and misusing their power by an excessive use. This might lead to the idea of "case selection" which is not accepted, at least formally.

THE EFFECTS OF THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

The decisions are brought in the following manner: the majority of judges must vote for a decision in order for it to be brought and in a case of tie, president's vote carries the decision. The reporter judge votes first and he is followed by other judges according to age, beginning with the youngest and ending with the president, who votes after the oldest judge. Voting is secret and the prescribed form of the decision is unitary, with neither dissents nor concurrences. A single, undivided form of the decision protects the independence of the Court and insulates judges from political and other pressures³⁵.

The decisions can be either judgments (*sentenze*) or decrees (*ordinanze*), with the former constituting a final order that concludes the case, while the latter decides only on procedure or a question, but doesn't settle the case. The decisions of the Constitutional Court have *erga omnes* effect and the act cannot be applied onwards from the day the decision is published³⁶. So, the decisions have *ex nunc* effect. The decisions' character is

³⁵ Judges voted against Court's rules, and made their positions public at least on two occasions (1980 and 1994), according to Mary L. Volcansek, *supra*, p. 27.

³⁶ A. R. Brewer-Carias, *supra*, p. 223.

constitutive in a sense that they annul the laws. Although it has *pro-futuro* effect, it produces effect on juridical situations not yet exhausted, when they can still be regulated in a different manner as a consequence of the decision. The decisions can have retroactive effects only when applied in criminal cases or when annulling the statutes already repealed.

This *erga omnes* effect, in our opinion, cannot be applied when the Constitutional Court is rejecting the question of unconstitutionality for relevance to the concrete case and lack of foundation. Although in the latter case it might be said that if the question is manifestly unfounded then it would also be unfounded in the future, *pro futuro* and *erga omnes* effects would be a barrier for possible future challenges. Also, because *erga omnes* effects of courts' decisions are an exception in Italian law and must not be interpreted extensively.

METHODS OF BROADENING THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Every system of judicial review, once the provisions are made for its functioning, moves away from the limits deriving from the original model through the case law. There are a few limits that can be identified in the Italian system of judicial review. The initial model according to Enzo Cheli and Filippo Donati³⁷ had these limits:

- a) The decision of the Court is abstract and refers to laws that are in conflict with constitutional rules. Judgement on constitutionality should not exceed these limits of just comparing the norms of statutes with the Constitution, without involving the values and interests underlying those norms.
- b) The model excludes the initiative power of the Constitutional Court. All the activities of the Court depend on external factors (especially other judicial bodies).
- c) The judgments of the Italian Constitutional Court have to remain within certain alternatives: they can admit a question and annul the statute or reject it, leaving the statute unchanged.
- d) Within the Court's control of legality the evaluations of political nature are excluded and so is any control of use of discretionary powers of the Parliament.

The same authors³⁸ state that the Court has, through the case law, moved away from this original set-by-norms model:

- a) In practice, the judgments changed from being judgments on rules to be judgments on principles. The contents of the Italian Constitution are not treated as absolute rules, but rather as principles. The aim is the protection of certain interests or the expression of certain values.

³⁷ Enzo Cheli and Filippo Donati, *Methods and Criteria of Judgement on the Question of Rights to Freedom in Italy, Human Rights and Judicial Review*, ed. David M. Beatty, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994, p. 232-233.

³⁸ Enzo Cheli and Filippo Donati, *supra*, p. 233-241.

- b) Trying to overcome the fact that constitutional issues cannot be raised independently, the Court has tended to interpret the terms of the questions proposed. In that way, the Court frequently tried to widen its room for manoeuvre. Sometimes, the Court becomes its own judge *a quo* by raising the preliminary question in the course of its own proceeding. Also, it happens that when the Court already accepts the question of constitutionality, it extends the scope of the annulment, defining which the other rules are whose unconstitutionality follows as a result of the decision.
- c) The Court adopts in many cases "interpretive" decisions: 1) The "judgments of interpretive rejection", which refuse the question as unfounded interpreting it in terms different from those advances by the judge *a quo* in his referral. These decisions are binding only for the judge who raised the question. 2) The "manipulative judgments" that lead to the formation of a new norm. The effect of this judgment imposes upon judges the application of a norm defined by the Court instead of the one which had been declared unconstitutional.
- d) Although it is against the rules, constitutional review in Italy frequently effects the sphere of discretion of the legislator. Such control regards aims, internal coherence, consistency of laws and other aspects connected to their "reasonableness".

IV CONCLUSION – IS THE ITALIAN SYSTEM OF JUDICIAL REVIEW THE CONCENTRATED OR THE DIFFUSE SYSTEM?

The answer to this question is far more complicated than it seems. Something has already been implied in the previous parts of this paper, but to determine which system does the Italian system belong to, it is necessary to overview the elements of the two systems and compare them with the Italian.

From the aspect of the main characteristic which divides the two systems, and that is whether there is one single organ empowered to review the legislation or all of the courts have that kind of jurisdiction, the Italian system is the centralized one. Only the Constitutional Court has this power in Italy.

In the centralized systems, the institute of judicial review must be established and regulated by the Constitution. In Italy, the Constitutional Court is established by the Constitution but its work is not entirely regulated by the Constitution. So, this condition is only partly fulfilled. Nevertheless, the establishment of the Constitutional Court by the Constitution is the essence of this characteristic, because only a legislative body can empower a non legislative body to annul the laws and therefore it can be said that the Italian system is the concentrated system from this standpoint.

In the Italian system, the Constitutional Court's judgments have constitutive and *pro-futuro* effects, like in other centralized systems. The laws are annulable and when the court annuls them, they are not valid and effective *ex nunc*. Only in a small number of cases, which were mentioned above, the judgment can have retroactive effect like in many other countries of the centralized system of judicial review.

Regarding the power to initiate judicial review, the Italian system is different from other centralized systems. In the countries that belong to the centralized system the Constitutional Court cannot raise the question of constitutionality. In the Italian system, this question can be raised by the Constitutional Court. This rule is not established by constitutional provisions or provisions of any other kind, but as we have seen, the Constitutional Court has found the ways of initiating judicial review. Also, unlike the countries of the centralized system, where the court can consider questions other than the ones that are already raised, and where this kind of jurisdiction is regulated by law, in the Italian system this jurisdiction is not regulated by law, but it is established through case law. From the aspect of the power to initiate judicial review, it cannot be said that the Italian system is a pure centralized system.

When comparing the Italian system with the centralized (and the diffuse) systems, with taking into consideration whether the character of judicial review is direct or incidental, the most ambiguities of the Italian system can be seen. The traditional distinction between the centralized and the diffuse systems is no longer sufficient. In Italy, the most important way of accessing the Constitutional Court is not direct, but incidental. The decision making process is centralized but the initiative is diffuse. Therefore, the situation is opposite from the majority of centralized systems, where the direct access is a normal way of starting the judicial review and the incidental method is an exception. Despite this, the Italian system could be considered centralized if the next characteristic didn't exist.

Legislative character of the decisions and their *erga omnes* effects is not a rule without an exception in the Italian system of judicial review. When the decisions have legislative character, the question to be decided upon is whether there is a logical compatibility between the statute and the Constitution, or not. The decision is strictly abstract. The law is valid or it is annulled by the judgment. In the Italian system this is not always the case. In some occasions, when the access to the court is incidental, there is an intense relation between the decision of the Court and the concrete case in which the question of the constitutionality occurred. The laws whose constitutionality is doubtful are not examined *per se*, but in their concrete application to an actual controversy. There must be a "case or controversy". The other case of non legislative character of the Court's judgment is when it is making the "interpretive" decisions. In this case, there is no annulment of laws. The "interpretive" decisions have also an influence on *erga omnes* effects of decisions because they are sometimes an exception to this rule. They can sometimes be binding only for the judge *a quo* (for the case in which the question of constitutionality occurred). Also, the decisions don't have *erga omnes* effects when the Constitutional Court is rejecting the question of constitutionality for a lack of relevance to the concrete case and for no foundation.

This comparison of the Italian system of judicial review with the centralized and the diffuse systems leads us to a conclusion: undoubtedly, the Italian system is not a pure centralized system. Although its characteristics at first glance seem to be characteristics of a pure centralized system, when a deeper research is made, many of the characteristics of the diffuse system occur. That especially goes for recent case law developments regarding "interpretive" decisions. Also, it is important to mention once again that the

situation which exists in Italy is not much different than the situation in other European systems of continental law, where it is nowadays very hard to find a pure centralized system. So, the practice has shown that the distinction between the two systems can only be theoretical.

IV BIBLIOGRAPHY

- Barsotti Vittoria –Varano Vincenzo, *Standing to Raise Constitutional Issues*, Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, 2002.
- Brewer-Carias A. R, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Cappelletti Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Cheli Enzo and Donati Filippo, *Methods and Criteria of Judgement on the Question of Rights to Freedom in Italy*, *Human Rights and Judicial Review*, ed. David M. Beatty, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1994.
- Comba Mario, *Constitutional Law, Introduction to Italian Law*, ed. by Jeffrey S. Lena and Ugo Mattei, Kluwer Law International, the Hague, 2002.
- Elliot Mark, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Nagel Robert F., *The Mentality and Consequences of Judicial Review*, University of California Press, Berkeley, 1989.
- RubioLlorente F., *Constitutional Jurisdiction as Law-Making, Law in the Making*, ed. by Alessandro Pizzorusso, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1988.
- Smith Eivind, *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – a Comparative Approach, Constitutional Justice Under Old Constitutions*, edited by Eivind Smith, Kluwer Law International, the Hague, 1995.
- Volcansek Mary L, *Constitutional Politics in Italy - The Constitutional Court*, St. Martin's Press, Inc., New York, 2000.

SARADŃA PRAWNOG FAKULTETA U NOVOM SADU SA INOSTRANSTVOM

УДК

Предато:

BIBLID: 0550-2179,37(2003),1-2;p.273-283

*József Szabadválvi, Ph.D., Full Professor
Miskolc Faculty of Law*

NEO-KANTIAN LEGAL PHILOSOPHICAL THINKING IN HUNGARY

Three great periods are to be distinguished (natural law, legal positivism, Neo-Kantianism) – considering the most outstanding representatives–in the history of legal philosophy in Hungary until the mid-twentieth century. When we describe the Hungarian tradition of legal philosophy, two general remarks are to be mentioned.¹ Firstly, we have

¹ See from the literature on the subject of History of Hungarian legal philosophy: *Tivadar Pauler*, *Adalékok a hazai jogtudomány történetéhez* [Studies on history of Hungarian jurisprudence], Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1878; *Bódog Somló*, *Die neuere ungarische Rechtsphilosophie*, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1 (1907-08) pp. 315-323.; *Ferenc Finkey*, *A tételes jog alapelvei és vezéreszméi* [Principles and ideas of positive law], Budapest, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1908; *Barna Horváth*, *Die ungarische Rechtsphilosophie*, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 24 (1930) pp. 37-85.; *Gyula Moór*, *Was ist Rechtsphilosophie?* in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 36 (1943) pp. 3-49.; *Imre Szabó*, *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon*, Budapest [The bourgeois philosophy of state and law in Hungary], Akadémiai Kiadó, 1955; *Tibor Hanák*, *Az elfelejtett reneszánsz. A magyar filozófiai gondolkodás századunk első felében* [The forgotten renaissance. Hungarian philosophical thinking in the first half of our century], Bern, Európai Protestáns Magyar Szabadegyetem, 1981; *Péter Szilágyi*, *Fejezetek Az ELTE Állam- és Jogelméleti Tanszékének történetéből* [Chapters from history of ELTE's department of theory of law], Budapest, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1984, pp. 105-153.; *Mihály Samu – Péter Szilágyi*, *Az állam- és jogelmélet oktatásának története egyetemünkön* [Teaching history of theory of state and law in our university], in: Horváth Pál (ed.): *Az Állam- és Jogtudományi Kar szerepe a magyar jogtudomány fejlődésében*, Budapest, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, 1985, pp. 313-392.; *Loss-Szabadválvi-Szabó-H.Szilágyi-Zódi*, *Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből* [Portraits from the history of legal philosophy in Hungary], Miskolc, Bíbor Kiadó, 1995; *József Szabadválvi*, *Jogbölcseleti hagyományok* [Traditions of legal philosophy], Debrecen, Multiplex Media – DUP, 1999; *Péter Szilágyi*, *Jogbölcselet* [Legal philosophy], in:

to describe a widely known thesis proposing that Hungarian legal thinking is characterized by a lack of originality. Due to Hungary's geographical situation and historical-cultural ties, German and Austrian orientation has been strong. Besides this influence, however, the attitudes of philosophers of law have certainly been influenced by other trends of legal philosophy, such as French or, even to a larger extent, English ones. Secondly, the specific feature of the historical development of this region of Eastern Europe has to be outlined, which has exerted a dual impact on jurisprudence and philosophical disciplines of law. In Hungarian legal thinking the doctrine of 'Corpus Iuris' as a feature of legal conservatism as well as an up-to-date interpretation of the most current European legal philosophical trends for Hungarian jurisprudence and legal education have simultaneously been experienced. The most remarkable Hungarian philosophers of law have mostly been characterized by this specific feature.

The period after the turn of the 19th and 20th century brought a significant change in the history of both European and Hungarian philosophy of law. As a result of Neo-Kantian philosophy having been established on the Continent, the traditional approaches of natural law, legal positivism and also of historical theory were surpassed. Jurisprudence was seeking new ways emphasizing views of epistemology, methodology and modern value doctrines. This process in Hungarian legal philosophy is connected to the activity of *Bódog Somló* (1873-1920), whose oeuvre resulted in abolishing the previous falling behind in the development and foundation of Neo-Kantian legal philosophy in Hungary.²

Somló is regarded as the most well-known representative of Hungarian legal philosophy. His relatively brief career of a quarter of century is divided into two stages. His study *A jog értékmérői* (Value standards of law) published in 1910 is a work signing the boundary of a period. The first stage of his activity is viewed as full acceptance and declaration of Herbert Spencer's doctrines, and he also declared Gyula Pikler's theoretical attitude based on natural science and psychology³ and partly materialistic philosophy of history. He focused his attention on naturalist sociological problems. During this period Somló became, besides Ágost Pulszky and Gyula Pikler, the third outstanding representa-

Magyarország a XX. században. V. köt., ed. István Kollega Tarsoly, Szekszárd, Babits Kiadó, 2000, pp. 39-47.; *László Percz*, A belátásos elmélettől a mezőelméletig. A magyar jogfilozófia fél évszázada: Pikler, Somló, Moór, Horváth [From theory of discretion to theory of law field], in: *Századvég*, (1998) pp. 73-94.

² *Bódog Somló's* main works of legal philosophy: *Állami beavatkozás és individualizmus* [Stateintervention and individualism], Budapest, Politzer, 1903; *Jogbölcsélet* [Philosophy of law], Pozsony, Stampfel, 1901; *Jogbölcséleti előadások* [Lectures on jurisprudence], Kolozsvár, Sonnenfeld, 1906; *Masstäbe zur Bewertung des Rechts*, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 3 (1909-10) pp. 508-522.; *A jog értékmérői* [Values standards of law], in: *Husadik Század*, 11 (1910) pp. 1-14.; *Das Wertproblem*, in: *Zeitschrift für die philosophie und philosophische Kritik*, (1912) pp. 66-95.; *A jog alkalmazásáról* [About legal application], in: *Jogállam*, 10 (1911) 2-3, pp. 97-103. and 177-189.; *Die Anwendung des Rechts*, *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 38 (1911) pp. 55-74.; *A szokásjog* [The legal custom], in: *Farkas Lajos emlékkönyv*, Kolozsvár, Stein J., 1914, pp. 339-369.; *A helyes jog elméletéről* [On the theory of right law], Kolozsvár, 1912-13; *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1917 [2. ed: 1927, and reprinted: Aalen, Scientia Verlag, 1973]; *Jogbölcsészlet* [Legal philosophy], Budapest, Grill Károly Könyvtudományi Intézet, 1920; an essay of Pikler and Somló: *Gyula Pikler – Bódog Somló, Der Ursprung des Totemismus. Ein Beitrag zur materialistischen Geschichtstheorie*, Berlin, K. Hoffmann Rechtswissenschaftlicher Verlag, 1900

tive of Hungarian positivist philosophy of law. In the second stage of his scientific career came the Neo-Kantian turn, which established the most prospering period of Hungarian legal philosophy so far, lasting until the middle of the century, until the Marxist theory of law gained ground. While earlier Somló had considered legal philosophy and legal sociology as equal, the Neo-Kantian model caused him to separate these two areas of the investigation of law. The outcomes of this period are his works which founded Somló's scientific reputation as legal philosopher in Hungary and mainly in German-speaking territories. Hungarian jurisprudence can be proud of the fact that Bódog Somló, besides Rudolf Stammler, Gustav Radbruch, Hans Kelsen and Alfred Verdross is regarded as a great representative of European Neo-Kantian philosophy of law.

In his works published around the turn of the century, he criticised the contemporary 'official' scientific ideal from the standpoint of natural scientific positivism and evolutionism. His positivist theoretical attitude at that time was completed by public-scientific activity. One of his major works in this period was his book titled *Állami beavatkozás és individualizmus* (State intervention and individualism) published in 1930. An increased role of state along with the evolution of monopole capitalism of that time demanded a revision of the functions and institutions of law, state and politics. In his *Jogbölcseleti előadások* (Lectures on legal philosophy) published in 1906 a large number of theses from his major work *Juristische Grundlehre*—although the earlier positivist view remains unchanged—are revealed. By distinguishing pure and applied (normative) sciences, he founded the starting-point of his Neo-Kantian philosophy, which is concerned with the investigation of two issues: 1. determination of preconditions (concept) of law (basic doctrine of law), 2. research of correct law (value doctrine of law). His turn towards Neo-Kantian philosophy took place when dealing with the issue of correct law—under the influence of Rudolf Stammler—then it was completed in his comprehensive book published in German under the title *Juristische Grundlehre*, in 1917. In Somló's main work, according to contemporary Neo-Kantian philosophy, an analytical analysis of the concept and conceptual elements of law—regardless its content—is given. He was urged by enthusiastic welcome to his book, to investigate the value doctrine of law in a similarly comprehensive way. In order to do this, he establish an independent philosophical thesis (epistemological approach), which was published as posthumous fragments only after his early death, in 1926.⁴

Somló's work resulted in propagating the mentality of Neo-Kantian tendency in legal philosophy in Hungary. Somló's influence can clearly be captured in his kindest student's, Gyula Moór's (1888-1950) activity, who was the most recognised Hungarian legal philosopher between the two World Wars, professor of the universities in Szeged and later in Budapest.⁵ At the beginning of the 1920s Barna Horváth called Moór the founder

⁴ Prima philosophia. Gedanken zu einer erster Philosophie, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1926

⁵ Gyula Moór's main works of legal philosophy: Stammler "Helyes jogról szóló tana", Budapest [Stammler's "rightlaw theory"], 1911; A jog fogalma és az anarchizmus problémája Stammler jogfilozófiájában [The concept of law and problem of anarchism in Stammler's legal philosophy], in: Athenaeum, (1911) 4, pp. 1-35.; Die Reform des ungarischen Schwurgerichtes, in: Der Rechtsgang, 2 (1914) 2, pp. 142-204.; Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes, Szeged, 1922; Bevezetés

of a 'new Hungarian legal philosophy'. Moór created something new in his comprehensive attitude, which was by some critics called, not without reason, an eclectic theory.

Being attached to Neo-Kantian philosophy of law, Moór was mainly influenced by Rudolf Stammler and Bódog Somló. Hans Kelsen's theory must also be mentioned as a permanent base of comparison to Somló's philosophy of law even if they often had divergent views.⁶ When forming his own philosophical system, Moór is characterised by a complex approach to the problems raised by his philosophical and legal philosophical antecedents that exerted influence on him. In his first comprehensive work published in 1923 he mentions three independent fields of investigation: 1. definition of the concept of law (fundamental doctrine of law), 2. scientific investigation of general causality in law (sociology of law) 3. the question of correctness of law (value doctrine or legal axiology). In this basic work he worded the 'methodology of statutory law' as the fourth field of legal philosophy in a wider sense.

From the late 1920s on Moór wanted to elaborate his legal philosophical system on the basis of paradigms of 'Baden' or 'value doctrine school' represented by Wilhelm Windelband and Heinrich Rickert, seeking new paths in Neo-Kantian philosophy. Meanwhile Moór was seeking connection between the world of reality (Sein) and that of value (Sollen) – which as the central problem of Neo-Kantian legal philosophy – instead of strictly separating the two spheres as some thinkers did by stating an antagonism between them. Consequently, he interpreted law as phenomenon belonging to the realm of 'reality of values'. In the 1930s he thought he could mostly rely on Heinrich Rickert's philosophy, but then at the beginning of the 1940s he turned to Neo-Hegelian philosophical theses of Nicolai Hartmann. In the works published in the early 1940s he saw the opportunity to renew the philosophy of law in a 'new tendency of cultural philosophy', which

a jogfilozófiába [Introduction to philosophy of law], Budapest, 1923; Eine Rechtsphilosophie des "kritischen Relativismus", in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 17 (1923-24) pp. 84-102.; Das Logische im Recht, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, (1927-28) 3, pp. 157-203.; Zum ewigen Frieden. Grundriss einer Philosophie des Pazifismus und des Anarchismus, Leipzig, 1930; A jogi személyek elmélete [Theory of legal entity], Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1931; Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag, Wien, 1931, pp. 58-105.; Creazione e applicazione del diritto, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 14 (1934) pp. 653-680.; Das Problem des Naturrechts, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 28 (1935) 3, pp. 325-347.; Szociológia és jogbölcsélet [Sociology and legal philosophy], Budapest, 1934; Reine Rechtslehre. Randbemerkungen zum neuesten Werk Kelsens, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 15 (1935) 3, pp. 330-343.; Jogfilozófia [Philosophy of law], Budapest, Magyar Élet, 1936; Öffentliches und privates Recht, in: Revue Internationale de la théorie du droit, 12 (1938) 1, pp. 9-21.; Das Rechtssystem, in: Revue Internationale de la théorie du droit, 1 (1939) pp. 1-13.; Der Wissenschafts-Charakter der Jurisprudenz, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 20 (1940) 1, pp. 20-37.; A jog mivolta az újabb kultúrfilozófia megvilágításában [The nature of law in light of the new tendency in cultural philosophy], in: Athenaeum, (1942) 3, pp. 237-252.; Recht und Gesellschaft, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 21 (1942) 5, pp. 537-567.; Was ist Rechtsphilosophie?, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, "Ungarn-Heft", 37 (1943) pp. 3-49.; A szabad akarat problémája [Problem of free will], Budapest, 1943; Újkantianizmus és újhegelianizmus a jogfilozófiában [Neo-Kantianism and neo-Hegelianism in the philosophy of law], in: Magyar Jogi Szemle, (1943) 3, pp. 71-85.; A jogbölcsélet problémái [Problems of philosophy of law], Budapest, 1945; Tegnap és holnap között [Between yesterday and tomorrow], Budapest, Révai, 1947

⁶ Cf. József Szabadfalvi, Moór Gyula Kelsen-interpretációja [Gyula Moór's Kelsen-interpretation], in: Hans Kelsen: Az államelmélet alapvonalai, Miskolc, Bíbor Kiadó, 1997, pp. 105-121.

was a sort of synthesis of Neo-Kantian and Neo-Hegelian philosophical thoughts. In consequence, he sees in law not only a system of statutes containing abstract regulations but also the realities of human activities in which the intellectual content of law becomes reality. It is regrettable that because of the war and the years of upheaval following it, he had no opportunity to elaborate his system of legal philosophy based on new philosophical ideas. The most everlasting and also the most cited part of Moór's work is the investigation of the concept of law. It is the issue that brought his teacher's, Bódog Somló's most considerable influence. Among abundant theories of power and force, Moór carried out a sophisticated investigation of the concept of law by transferring the idea of social reality to the realm of law and thus he opened up new possibilities for the investigation of characteristic features of the regime behind law.

From the early 1930s, in the prevailing Neo-Kantian philosophy *Barna Horváth* (1896-1973) created a new colour in the Hungarian traditions of legal philosophy.⁷ His career was first promoted by Gyula Moór in the 1920s and then became famous as professor of Szeged university. In his view of legal theory, which he preferred calling legal sociology or even '*pure legal sociology*' according to Hans Kelsen's terminology, his originality was mainly revealed in his so called synoptic attitude and the functionally related processional legal view. He has created something new by conforming two paradigms that were considered antagonistic in contemporary legal philosophy. A parallel existence of Neo-Kantian (Lask, Rickert, Verdross, Kelsen, etc.) and pragmatic-empirical attitudes (Pound, American realism, psychologism, etc.) and their relation to each other were regarded as a breakthrough not only in Hungarian but also in European legal thinking. The consideration of these two influential paradigms is not by chance. While between the two World Wars Neo-Kantian paradigm is to be considered evident in Middle Europe, pragmatism appeared as a new idea mainly in the Hungarian public view of legal philosophy. Barna Horváth's susceptibility to empirism can be attributed to two reasons. On one hand, he as practising lawyer realised contradictions in norms and reality, which

⁷ *Barna Horváth's* main works of legal philosophy: *Die Idee der Gerechtigkeit*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7 (1928) pp. 508-544.; *Természetjog és pozitivizmus* [Natural law and legal positivism], in: *Társadalomtudomány*, 8 (1928) pp. 212-247.; *Gerechtigkeit und Wahrheit*, in: *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 4 (1929) pp. 1-54.; *Die Gerechtigkeitslehre des Sokrates und des Platon*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 10 (1930) pp. 258-280.; *Die Gerechtigkeitslehre der Vorsokratiker*, in: *Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena: Società Tipografica Modenese, 1930, pp. 336-372.; *Die Gerechtigkeitslehre des Aristoteles*, Szeged, Szeged Városi Nyomda, 1931; *Hegel und das Recht*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 12 (1932) pp. 52-89.; *Bevezetés a jogtudományba* [Introduction to jurisprudence], Szeged, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., 1932; *Rechtssoziologie. Probleme des Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Recht*, Berlin-Grunewald, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H. 1934; *Sociologie juridique et Théorie Processuelle du droit*, in: *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie Juridique*, 5 (1935) pp. 181-242.; *Macht, Recht, Verfahren*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 30 (1936) pp. 67-85.; *A jogelmélet vázlata* [Sketch of legal theory], Szeged, Szeged Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., 1937; *Der Sinn der Utopie*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 20 (1940) pp. 198-230.; *Der Rechtsstreit des Genius. I. Sokrates*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 22 (1942) pp. 126-162.; *Der Rechtsstreit des Genius. II. Johanna*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 22 (1942) pp. 295-342.; *Der Rechtsstreit des Genius. II. Johanna*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 22 (1942) pp. 395-460.; *Prolegomena zur Soziologie*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, "Ungarn-Heft", 37 (1943) pp. 50-67.; *Angol jogelmélet* [English legal theory], Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1943

was neglected by Neo-Kantian philosophy. On the other hand, during his journey to England in the late 1920s, Anglo-Saxon legal culture made a great impact on him.

The synoptic method elaborated by Horváth is an original interpretation of one of the fundamental questions of Neo-Kantian legal philosophy, namely the connection between value and reality. The most significant representatives of 'contemporary' Hungarian philosophy of law, including Moór Somló and Horváth, all concerned themselves with finding a solution to this problem. Horváth's starting point was the essence of legal activity, and considered law as a pattern of thoughts in a judge's mind, which is nothing else in this way but a 'reflexive theoretical product'. The procedure by a lawyer becomes synoptic through his applying a legal case to a legal norm, and at the same time, *vica versa*, relating a legal norm to a legal case. The lawyer, therefore, relates normative matters of fact to real matters of fact. In order to do this job, the lawyer needs a knowledge of facts selected according to legal rules, and also a knowledge of laws selected according to matters of fact. While a practising lawyer focuses his attention mainly on a legal case, a theoretical lawyer concentrates on statutes of law, but both consider the legal case and the law at the same time.

According to Horváth's processional legal attitude, closely related to his synoptic method, law cannot simply be regarded as norm but as an abstract behavioural pattern and relating actual behaviour, or in other words, a connection between norm and behaviour, which is the procedure itself. Procedure is the 'genus proximum' of law. That is to say, a continuous relation (of synoptic structure) of a legal case to the legal norm will create a procedural process. In Horváth's opinion, law as the most developed social procedure establishes the most advanced stage of procedures by establishing the most developed procedural institution.

Barna Horváth's role lies in the fact that traditional German-Austrian ties of the 20th century Neo-Kantian Hungarian legal philosophical thoughts were 'tailored' by him through transferring Anglo-Saxon theories of jurisprudence and created new perspectives for further development in Hungarian legal theory. Regretfully, the Second World War and the following political changes forced him to emigrate in 1949 and there he did not have the opportunity to continue developing his theory.

From the late 1930s we can see attempts by a new and highly talented generation, mostly by the students of Gyula Moór and Barna Horváth. The first publications by Moór's students *József Szabó*⁸ and *Kornél Solt*⁹ and by Horváth's students *István Bibó*¹⁰,

⁸ *József Szabó*, *A jog alapjai* [The foundations of law], Budapest, Magyar Társadalomtudományi Társulat, 1938; *A jogászai gondolkodás bölcselete* [Philosophy of lawyer's thinking], Szeged, 1941; *Hol az igazság? A bírói lélektan problémái* [Where is the justice? Problems of judge's psychology], in: *Társadalomtudomány*, 22 (1942) 1, pp. 1-55.; *Wahrheit, Wert und Symbol im Rechte*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, "Ungarn-Heft", 37 (1943) pp. 101-121.; *Der Rechtsbegriff in einer neutralistischen Beleuchtung*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1 (1948) 3, pp. 291-331.

⁹ *Kornél Solt*, *A normatív tényálladási elemek problémája* [The problem of normative elements], Budapest, Szent István Kiadó, 1940; *A desuetudo problémája* [The problem of desuetudo], in: *Magyar Jogi Szemle*, (1944) 3, pp. 82-94.

¹⁰ *István Bibó*, *Kényszer, jog, szabadság* [Compulsion, law, liberty], Szeged, Szegedi Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., 1935; *Le dogme du "bellum justum" et la théorie de l'infailibilité juridique. Essai critique sur*

*Tibor Vas*¹¹, *Vera Bolgár* and *István Losonczy*¹² from Pécs are considered as attempts to definitely discredit the Neo-Kantian model. They represent a new generation, who had the opportunity to make Hungarian legal philosophy a part of European standard in the international culture of legal philosophy so as to make it conform challenges of the period after World War II, since they had a comprehensive knowledge of German jurisprudence, of English-American, French, etc. literature and they could also improve their predecessors' professional connections abroad. However, this 'challenge' was turned to a different direction as a result of the widely known political events in Central-Eastern Europe. The left-wing (communist) overtake of power in Hungary in 1948/49 hampered not only political, economic and cultural boom after the war, consequently obstructing the establishment of the Western-European model of development, but—as we could realise later—resulted in a four-decade detour in the evolution of Hungarian legal philosophy.

Before accounting on the events after the 'year of change', we are to outline the contemporary system of international connections of the Hungarian philosophy of law and a few, internationally recognised results which can be regarded as examples for those being concerned with legal philosophy in Hungary.

Only our Neo-Kantian legal philosophers, who were in everyday working contact with their European colleagues, managed to gain international reputation. A good example of this is the connection between Hans Kelsen—an exceptional personality of the 20th-century philosophy of law—and Hungarian philosophers of Neo-Kantianism, which is revealed by, for example, the correspondence of Somló and Kelsen and the friendship between Moór and Kelsen or, in spite of a critical attitude, by the relationship between Horváth and Kelsen. This latter is illustrated by the fact that Barna Horváth's study trip to England in 1928/29 was parallel promoted by Moór and Kelsen as colleagues. Two of Kelsen's translations can also provide example for this connection through correspondence on the occasion that in 1927 Gyula Moór translated his *Allgemeine Staatslehre*¹³ into Hungarian, and in 1935/37 István Bibó translated his *Reine Rechtslehre*¹⁴. Another fact is also to be mentioned that in 1935 while Gyula Moór was dean of the faculty of law Rudolf Stammler—the founding father of Neo-Kantian legal philosophy—was awarded

la théorie pure du droit, in: *Revue Internationale de la Theorie du Droit*, 10 (1936) 1, pp. 14-27.; *Rechtskraft, rechtliche Unfehlbarkeit, Souveränität*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 17 (1937) 5, pp. 623-638.

¹¹ *Tibor Vas*, *Die Bedeutung der transzendentalen Logik in der Rechtsphilosophie*, Szeged, Szegedi Városi Nyomda és Könyvkiadó Rt., 1935; *A tiszta jogtan és a szemléleti jogelmélet* [The pure theory of law and observational theory], Kecskemét, Szellem és Élet, 1937

¹² *István Losonczy*, *Über die Möglichkeit und den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 17 (1937) 2, pp. 145-194.; *A funkcionális fogalomalkotás lehetősége a jogtudományban* [Possibility of functional concept-making of jurisprudence], Budapest, Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, 1941; *Jogfilozófiai előadásainak vázlata* [Sketch of legal philosophy lectures], Pécs, 1948

¹³ *Hans Kelsen*, *Az államelmélet alapvonalai* [Characteristic features of state theory], trans. Gyula Moór, Szeged, 1927, the original work: *Hans Kelsen*, *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*. Als Manuskript gedruckt, Wien, 1926. See about Moór-Kelsen's correspondence: *Csaba Varga*, *Documents de Kelsen en Hongrie: Hans Kelsen et Julius Moór*, in: *Droit et Société*, (1987) 7, pp. 337-352.

¹⁴ *Hans Kelsen*, *Tiszta Jogtan* [Pure theory of law], trans. István Bibó, Budapest, ELTE Bibó István Szakkollégium, 1988. See about events and correspondence of translation: *Csaba Varga*, *Bevezetés Hans Kelsen: Tiszta Jogtan c. művéhez* [Introduction to Hans Kelsen's Pure theory of law], and *András Lengyel*, Bibó István Kelsen-fordítása [István Bibó's Kelsen-translation], in: *Délmagyarország*, 26 October 1991

doctor of honour at the university of Budapest. Then mainly the students of Moór and Horváth held close contacts with Alfred Verdross of Vienna.

It seems to be evident, however, that this sort of close and often friendly contact could be gained only by scientific achievement, that is our Neo-Kantian theorists were supposed to appear on the scientific 'market' with internationally recognised works. Among them the most outstanding was Bódog Somló's *Juristische Grundlehre* (1917)¹⁵ and Barna Horváth's *Rechtssoziologie* (1934)¹⁶ which have been widely cited and are found in large Western-European libraries. Besides this, studies written by the above mentioned authors and mainly by Gyula Moór in German were occasionally referred to by European contemporaries during the period between the two World Wars. A point of interest in Somló's work is that the first edition in 1917, published by Meiner in Leipzig, was promoted by Hans Kelsen. Due to favourable welcome and wide interest, the same publishing company published the work ten years later again, then in 1973 Scientia Verlag found Somló's main work worth having a third edition too. No one of Hungarian studies in legal philosophy has achieved such success. Only Barna Horváth's work mentioned above is similarly widely known since after being published at the famous publisher in Berlin in 1934, it drew the attention of colleagues in Europe and overseas. His considerations were analysed and criticised by such remarkable jurists as Darmstaedter, Lacambra, Gurvitch, Pound, Timasheff, Verdross, Fikentscher, Tammelo, Marcic and others. Despite being criticised, his legal theory has proved to survive and the first part of his *Rechtssoziologie* together with other studies published earlier in German was republished in Berlin in 1971.¹⁷ Manfred Rehbinder, the editor of the volume wrote in his foreword: 'This is one of the most remarkable and most highly balanced theories, whose knowledge is needed for any reasonable argument on fundamental questions.'¹⁸ The interest of Horváth's legal theory cannot be proved more effectively but by the fact that his *Rechtssoziologie* has even been translated into Japan. A similar interest in any Hungarian author's work in legal philosophy has only been expressed when *Die Bedeutung der transzendentalen Logik in der Rechtsphilosophie* by Tibor Vas, published in German in 1935, was also translated into Japan.

International recognition can also be promoted if researchers of a specific branch of science publish their views on current topics of interest in a special issue of a reputable international journal. This occurred when in 1943 the 'Ungarn-Heft' of *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* journal published two-hundred pages by contemporary jurists belonging to the first line of Hungarian legal philosophy. Among the authors Gyula Moór, Barna Horváth, József Szabó and József Hegedűs, representing Hungarian jurisprudence and legal theory, are worth mentioning.

The changes in 1948/49 produced a far-reaching effect on the tradition of Hungarian legal philosophy. Gyula Moór, the doyen of this era was forced to retire from the univer-

¹⁵ Bódog Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1917 [2. ed: 1927, and reprinted: Aalen, Scientia Verlag, 1973]

¹⁶ Barna Horváth, *Rechtssoziologie. Probleme des Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Recht*, Berlin-Grunewald, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte G.m.b.H., 1934

¹⁷ Barna Horváth, *Probleme der Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker und Humblot, 1971

¹⁸ Ibid., p. 6.

sity of Budapest in 1949, and before the administration of the new era and the official science policy could finally abandon him, he died at the beginning of 1950. Barna Horváth—who would have become the head of Moór's department in consolidated conditions—was forced to emigrate in his full creative power at the very end of 1949. After a short stay in Austria (Salzburg), where he was supported by Alfred Verdross, he took his chance in the New World. In the USA it was not easy to get a university lecturer's job even at that time. Even Roscoe Pound intervened on the famous Hungarian colleague's behalf so that he was given a suitable post. Finally, in the early 1950s he was granted the post of visiting professor at the Graduate Faculty of Political Science, the New School of Research in New York, where he lectured on political science, legal theory and international law. Although his legal theory was deeply influenced by English-American pragmatism and the processional legal attitude, he was not able to leave behind his Continental attitude, he lost the fight, which was traditional at the universities of the USA, for acquiring students. It was not only Barna Horváth who felt estranged in these conditions, but other emigrant colleagues from Europe as well, for example Kelsen or Kantorowitz. In the meantime Horváth travelled to Europe several times and taught as visiting professor in Zurich, Vienna, Berlin, Freiburg, Copenhagen and Genova. He had a lot of publications in the 1950s and '60s, although the majority of these were reviews. In his studies mostly published in English, he tried to make his synoptic theory and thoughts elaborated before the War 'digestible' for the American audience.¹⁹ The foreign language was only one of the reasons for his lack of success, a more fundamental problem was the divergent model of pursuing jurisprudence.

Transformations after the 'decisive year' have brought about far-reaching changes in the lives of his students who stayed in the country. József Szabó and István Bibó, having been promoted to the post of university professor in Szeged after the war, were removed from the university chair. In addition, József Szabó after an unsuccessful attempt to emigrate, was sent to prison for two and a half year and then he earned his living by teaching and translating foreign languages. He could regain his university post only after the revolution in 1956, but in 1960 he was retired. István Bibó's scientific career was also broken. After the years in prison due to his political role in 1956, Bibó could only work as a librarian until he retired.

Others, like István Losonczy, altered their careers, and he, for example, became professor of criminal law instead of legal philosophy at the University of Pécs. Kornél Solt, who with the reference by his master, Gyula Moór had a good chance to apply for the university chair of legal philosophy at the university of Debrecen, worked as a practising lawyer in spite of a promising university career, although he later published several theoretical studies. The highly talented Tibor Vas is also to be mentioned here, who as a

¹⁹ *Barna Horváth*' main works from the 50s and 60s: *Between Legal Realism and Idealism*, in: *Northwestern University Law Review*, 48 (1954) pp. 639-713.; *Rights of Man: Due Process of Law and Excess of Power*, in: *The American Journal of Comparative Law*, 4 (1955) pp. 539-573.; *Field Law and Law Field*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 8 (1957) pp. 44-81.; *Moral, Recht und Politik*, in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 14 (1963) pp. 218-252.; *Comparative Conflicts Law and the Concept of Changing Law*, in: *The American Journal of Comparative Law*, 15 (1966-67) pp. 136-158.; *Twilight of Government of Laws*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 64 (1968) pp. 1-26.

Horváth student was a great promise for legal philosophical studies. The year of change for him resulted in a change of paradigm in legal philosophy. As a result, he became one of the most devoted theorists of the Marxist legal doctrine and extensively criticised his predecessors and teachers.

The final 'attempt' was made by Imre Szabó's volume *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon* (The bourgeois state and legal philosophy in Hungary) published in 1955.²⁰ In this work, which mostly provides demagogue Marxist criticism of Hungarian 'bourgeois' legal philosophy—mainly of its past half-century—claiming that it was reactionist, extremist, ideological and supportive to the current regime. He accepts only some of the finds of positivist legal attitude at the turn of the century, which declared the idea of bourgeois radicalism and thus suggested a 'progressive' view close to historical materialism. This 'critical' approach as a result of the mentality of class fight have determined the dogmatic starting points for about thirty years whose acceptance has only provided access to the above mentioned authors and their theories. Marxist legal theory of the Soviet type was not concerned with traditions, which was regarded as unvaluable. In the second edition of his work in 1980 Imre Szabó confirmed his previous statements, moreover he was even more confirmed in his views as a result of the past decades.

The mid-1980s signalled the revival of Hungarian legal philosophy. By this time the Soviet type Marxism has lost ground in legal philosophical literature. Further confirmation of the previously unquestionable paradigms have not put researchers' existence into risk any longer. For jurists concerned with legal theory, it was only a choice of values to decide which paradigm would be fundamental for them. One of the forms of finding new ways was provided by studies in Hungarian traditions of legal philosophy before the year of change, which were carried out by the concerned researchers still alive and the younger generations who view this kind of tradition as a neglected value and take responsibility for the rehabilitation of their predecessors' work.²¹

²⁰ Imre Szabó, *A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon* [The bourgeois philosophy of state and law in Hungary], Budapest, Akadémiai Kiadó, 1955

²¹ See from the literature on the subject: András Karácsony, *Jog és erkölcs. Kelsen és Verdross szerepe Bibó jogfelfogásának alakulásában* [Law and morality. Kelsen and Verdross's influence to Bibó's comprehension of law], in: *A szabadság kis körei. Tanulmányok Bibó István életművéről*, ed. Iván Zoltán Dénes, Budapest, Osiris Kiadó, 1999, pp. 166-187.; Lajos Cs. Kiss, *Szabadság és kényszer. Horváth Barna szellemi pályája* [Liberty and Compulsion. Barna Horváth's intellectual career], in: Barna Horváth, *Angol jogelmélet*, Budapest, Pallas Stúdió – Attraktor Kft., 2001, pp. 569-611.; László Szabados, *Szabó–H. Szilágyi–Zódi, Portrévázlatok a magyar jogbölcseleti gondolkodás történetéből* [Portraits from history of legal philosophical thinking in Hungary], Miskolc, Bíbor Kiadó, 1995; Endre Nagy, *Bevezetés Horváth Barna: Demokrácia és jog című tanulmányához* [Introduction to Barna Horváth's Democracy and Law], in: *Medvetánc*, (1985) 2-3, pp. 294-303.; Elhajló pályaképek. Bibó és Horváth Barna [Divergent careers. Bibó and Barna Horváth], in: Iván Zoltán Dénes (ed.), *A hatalom humanizálása*, Pécs, Tanulmány Kiadó, 1993, pp. 84-90.; Péter Paczolay, *Moór Gyula jogfilozófiája* [Gyula Moór's philosophy of law], in: *Jogtudományi Közöny*, 44 (1989) 10, pp. 505-512.; Béla Pokol, *Moór Gyula és Horváth Barna jogkonceptiója* [Legal theory of Gyula Moór and Barna Horváth], *Magyar Jog*, 53 (1998), pp. 257-263; Kornél Solt, *Moór Gyula jogfilozófiájáról* [About Gyula Moór's philosophy of law], in: *Holmi*, 6 (1994) 12, pp. 1850-1862.; Felix Somló, *Schriften zur Rechtsphilosophie* (Ausgewählt und eingeleitet von Csaba Varga), Budapest, Akadémia Kiadó, 1999; József Szabados, *Moór Gyula pályakezdése* [The beginning years of Gyula Moór's career], in: *Jogtudományi Közöny*, 44 (1989) 10, pp. 497-504.; "Demokrácia és jog". Adalékok Horváth Barna

politikaelméletéhez (1945/46.) [“Democracy and Law”. Some aspects on the political theory of Barna Horváth], in: Magyar Közigazgatás, 40 (1990) 7, pp. 605-613.; Moór Gyula. Egy XX. századi magyar jogfilozófus pályaképe [Gyula Moór. A sketch of a 20th-century Hungarian legal philosopher], Budapest, Osiris-Századvég, 1994; Vonzások és taszítások – Moór Gyula és Horváth Barna kapcsolata [Attractions and repulsions – the relations between Gyula Moór and Barna Horváth], in: Magyar Jog, 44 (1994) 11, 654-660.; “Coactus tamen volui!” Bibó István jogbölcseleti munkássága [“Coactus tamen volui!” István Bibó’s activity in legal philosophy], in: Forrás, 22 (1995) 12, pp. 13-21.; Bibó István és a szegedi iskola [István Bibó and the school of Szeged], in: A szabadság kis körei. Tanulmányok Bibó István életművéről, ed. Iván Zoltán Dénes, Budapest, Osiris Kiadó, 1999, pp. 125-152.; Wesen und Problematik der Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie on Gyula Moór, in: Rechtstheorie, 30 (1999) pp. 329-353; Angolszász hatások a második világháború előtti magyar jogbölcseleti gondolkodásban [Anglo-Saxon influence in the Hungarian legal philosophical thinking before the second world-war], in: Állam- és Jogtudomány, 40 (1999) pp. 51-88; Emlékezés Moór Gyulára [Remembrance to Gyula Moór], in: Magyar Szemle, 9 (2000) pp. 43-57.; Some Reflections on the Anglo-Saxon Influence in the Hungarian Legal Philosophical Traditions, in: Acta Juridica Hungarica, 42 (2001) pp. 111-119.; Moór Gyula, Budapest, Új Mandátum Könyvkiadó, 2001; *József Szabó*, Moór Gyula emlékezete [Memory of Gyula Moór], in: Polis, (1989) 3, pp. 17-21.; Ki a káoszról, vissza Európába [From caos to Europe], Budapest, Kráter, 1993; József Szájer – Ádám Tóth (ed.), Moór Gyula 1888-1950 [Gyula Moór 1888-1950], Budapest, ELTE Jogász Társadalomtudományi Szakkollégium, 1988; *István Szilágyi*, Bibó István (1911-1979). Vázlat pályafutásáról és életművéről [István Bibó (1911-1979). A sketch of his career and life-work], Miskolc, Bibó István Olvasókör, 1990; *Csaba Varga* (ed.), Aus dem Nachlass von Julius Moór, Budapest, ELTE “Összehasonlító jogi kultúrák” projektum, 1995; *Ágnes Zsidai*, Tény és érték. Moór Gyula és Horváth Barna jogfilozófiai vitája [Fact and value. A legal philosophy debate between Gyula Moór and Barna Horváth], in: Jogtudományi Közlöny, 44 (1989) 10, pp. 513-519.; A perspektíva tünete. Horváth Barna jogfilozófiája [Phenomenon of perspective. Barna Horváth’s philosophy of law], in: Világosság, 32 (1991) 12, pp. 917-927.; Bibó István a jogfilozófus. Horváth Barna és Bibó István szellemi közössége [István Bibó as legal philosopher. Barna Horváth and István Bibó’s spiritual community], in: Iván Zoltán Dénes (ed.), A hatalom humanizálása, Pécs, Tanulmány Kiadó, 1993 pp. 91-108.; A Tiszta Jogszociológia. (Bevezető tanulmány) [Pure legal sociology. An introduction], in: Barna Horváth, Jogszociológia, Budapest, Osiris Kiadó, 1995, pp. 11-58.

*Dr Heinz Tichy, Vienna (Wien)¹
Universität in Wien
Fakultät der Rechtswissenschaften*

DIE PARLAMENTARISCHE VERTRETUNG VON ETHNISCHENMINDERHEITEN UND DAS ÖSTERREICHISCHE VERFASSUNGSRECHT²

I

The representation of ethnic minorities has remained an issue in the parliament of the Austrian Republic at the end of the twentieth Century, just as it had been in that half of the Austro-Hungarian Monarchy a Century earlier. However, in modern Austria theoretical discussions of the problem have not yet led to any attempt at a practical solution. Whereas the Dual Monarchy's System was based on the majority principle, so that the size of constituencies could be 'gerrymandered' to secure more seats for ethnic minorities, the republics since 1918 have been committed to proportional representation. The much smaller ethnic minorities in the twentieth Century gave rise to little interest in their representation until after 1955, when the state undertook new obligations under international law, albeit in rather general terms committing it to 'equal elections' and 'the rights of minorities'. The federal constitutional court had to consider these matters once the Slovenian minority in Carinthia brought a case in 1979 complaining of their non-representation in the provincial parliament. The court would not accept the argument that formal equality of votes did not lead to equality of representation. None of the subsequent

¹ Autor je na istu temu održao predavanje na Pravnom fakultetu u Novom Sadu u maju 2001. godine.

Parliaments, Estates and Representation 22, November 2002. Published for the International Commission for the History of Representative & Parliamentary Institutions by Ashgate Publishing Ltd, Gower House, Croft Road, Aldershot, Hampshire GU11 3HR, Great Britain. © International Commission for the History of Representative & Parliamentary Institutions, 2002.

² Овај рад је преузет из публикације Parliaments, Estates&Representation, Vol. 11, 2002, уз сагласност издавача и аутора, на чему им се захваљујемо.

proposals to alter the legal or constitutional framework so as to meet the demands of minorities in Carinthia or elsewhere in the Republic overcame the problems of misuse by those for whom the measures were not intended or the changing nature of minority groupings. Heinz Tichy concludes his review by arguing that present Austrian constitutional law guarantees equal rights for individuals, not collective groups, and merely allows for, but does not require, modifications to the electoral laws to secure representation for ethnic minorities. He warns that a special parliamentary mandate for relatively small national minorities might create more problems than it solved, and suggests instead following the Danish model of using lobbyists to represent minority interests.

Die parlamentarische Vertretung von ethnischen Minderheiten war in Österreich nicht nur in den letzten Jahrzehnten der Monarchie, d. h. in der cisleithanischen Reichshälfte Österreich-Ungarns, ein Thema, sondern sie ist auch am Ende des 20. Jahrhunderts wieder zum Gegenstand von Debatten geworden. Im folgenden werden die wichtigsten, teils - in der Monarchie - verwirklichten, teils - in der Republik Österreich - nur Theorie gebliebenen Modelle genannt, die den Einfluß ethnischer Minderheiten im Parlament sichern oder auch verstärken sollten. Für die Modelle aus neuerer Zeit stellt sich dabei rechtsdogmatisch, vor dem Hintergrund des in der Republik Österreich geltenden Verhältniswahlrechts, vor allem die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundsatz eines „gleichen“ Wahlrechts, der in Österreich sowohl verfassungsrechtlich, als auch, seit einigen Jahrzehnten, völkerrechtlich verankert ist. Eine solche Analyse der aktuellen Rechtslage bedarf der Unterstützung durch die Rechtsgeschichte, weil für die Auslegung der seit 1918 bis heute geltenden Wahlrechtsgrundsätze auch die bis 1918 bestehende Rechtslage eine Rolle spielt. Am Ende dieses Beitrages soll schließlich die rechtspolitische Frage stehen, ob zum Zwecke eines gesicherten oder verstärkten Einflusses ethnischer Minderheiten auf die Gesetzgebung das Infragestellen, Aufweichen oder Ändern der verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätze eine angemessene Lösung ist.

II

Das Wahlrechtssystem, das sich in der cisleithanischen Reichshälfte Österreich-Ungarns ab den Siebzigerjahren des 19. Jahrhunderts auf parlamentarischer Ebene, dem Abgeordnetenhaus des Reichsrats, in mehreren Schritten entwickelte,³ war ein Mehrheitswahlrecht. Ein solches, zahlenmäßige Minderheiten generell unberücksichtigt lassendes Wahlsystem konnte für (ethnische oder „nationale“) Minderheiten nur durch gegenläufige Maßnahmen erträglich gemacht werden: Hier kam vor allem eine entsprechende Gestaltung der Wahlkreise in Betracht (mit negativem Grundton heute als „gerrymandering“ bezeichnet), deren territoriale Abgrenzung, manchmal noch verstärkt

³ Vgl. insbesondere die Wahlrechtsregelung 1873 (RGBl. 40) und die Wahlrechtsreformen 1882 (sog. „Taaffesche Reform“, RGBl. 142), 1896 (sog. „Badenische Reform“, RGBl. 168, 169 und 226) und 1907 (sog. „Becksche Reform“, RGBl. 15,17). Eine prägnante Übersicht über die Reformen und die dabei verwirklichten Wahlrechtsgrundsätze bietet W. Brauner, *Österreichische Verfassungsgeschichte* (Wien, 2001), 159 f.

durch den Umstand einer vergleichsweise kleinen Zahl von Wahlberechtigten je Wahlkreis, kleinen Gruppen das Erreichen von Mandaten sichern sollte. Viele Beispiele derartiger ethnisch motivierter Fälle von Wahlkreisgeometrie für die Wahl zum cisleithanischen Abgeordnetenhaus bietet die Wahlkreiseinteilung Böhmens, wo die Tendenz zur Schaffung ethnisch möglichst einheitlicher (d. h. entweder tschechisch oder deutsch dominierter) Wahlkreise bestand. Generell war die Wahlkreisgeometrie -die vielfach auch durch die Steuerleistung der einzelnen Wählergruppen mitbestimmt wurde - das Ergebnis zahlloser politischer Kompromisse, nicht selten zulasten besonders kleiner oder wirtschaftlich schwacher ethnischer Gruppen. Sontfielen z.B. nach der bis zum Ende der Monarchie maßgebenden Wahlrechtsreform von 1907 auf einen Abgeordneten des Abgeordnetenhauses rund 38,000 Italiener oder 40,000 Deutsche, aber 50,000 Slowenen, 52,000 Polen oder 55,000 Tschechen; besonders drastisch ist die Vergleichszahl zu den Ruthenen - rund 102,000 je Abgeordnetem⁴ - wofür freilich das noch zu behandelnde besondere Wahlrecht in Galizien ausschlaggebend war.

Eine Sonderentwicklung in der Wahlkreisgestaltung nahm Mähren, wo. 1905 der sog. „Mährische Ausgleich“⁵ ein- und dasselbe Territorium mehreren Wahlkörpern, nämlich insgesamt 30 „böhmischen“ und 19 „deutschen“, zuordnete. Je nach der ethnischen Zuordnung und der entsprechenden Eintragung in die getrennten Wählerlisten waren die mährischen Wähler dann entweder in einem „böhmischen“ oder einem „deutschen“ Wahlbezirk wahlberechtigt. Dieses zunächst nur für die Landtagswahlen vorgesehene System der sog. „nationalen Kataster“ galt im Grundsatz ab 1907 auch für die Wahlen zum Reichsrat (Abgeordnetenhaus) in denjenigen Ländern, die ein solches Landtagswahlssystem besaßen:⁶ vergleichbare Regelungen wurden 1910 für die Bukowina⁷ (rumänische, ruthenische, deutsche und polnische Wahlbezirke) und 1914 für Galizien⁸. Die Schwäche dieses Wahlsystems bestand in den „nationalen Katastern“; die zur definitiven Entscheidung für eine der ethnischen Gruppen zwangen; strittige Zuordnungsfragen im Einzelfall überforderten zumeist die Verwaltung und konnten zu jahrelangen, in höchstpersönliche Lebensbereiche des einzelnen reichende Verfahren führen.⁹ Neben der Gestaltung der Wahlkreise bestand in Galizien ab 1907 bei Reichsratswahlen¹⁰ eine weitere Unterstützung der polnischen Minderheit durch das

⁴ Berechnungen nach K. Braunnias, *Das parlamentarische Wahlrecht I* (Berlin-Leipzig, 1932), 411.

⁵ LGB1. 1906/1-4 (Landesordnung LGB1. 1906/1, Landtagswahlordnung LGB1. 1906/2).

⁶ § 1 Abs. 3 in Verbindung mit § 11 Abs. 3 des in FN 1 genannten RGB1. 1907/17.

⁷ LGB1. 1910/26 (Landesordnung), 1910/27 (Landtagswahlordnung).

⁸ Die neue Landtagswahlordnung, LGB1. 1914/65, ist erst knapp vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges zustande gekommen.

⁹ Bereits einige Jahre vor der Einführung „nationaler Kataster“ war die Frage der ethnischen Zugehörigkeit als Rechtsproblem akut geworden, die Neuregelung brachte aber immerhin auch verfahrensrechtliche Verbesserungen (z.B. durch die Möglichkeit eines Reklamationsverfahrens im Bestreitungsfall). In der Praxis konnte es bei der Entscheidung über die Zugehörigkeit z.B. durchaus auch auf die Mitgliedschaft in bestimmten (z.B. deutschen oder tschechischen) Vereinen oder Feuerwehren (!) ankommen. - Für weitere Nachweise bzw. Beispiele vgl. etwa Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs aus 1910, Slg. Budwinski 7843 (A) oder 7846 (A), oder aus 1913 Slg. Budwinski 9549 (A), die Entscheidung des Reichsgerichts Slg. Hye 1907/1531 oder die auch auf die Rechtsprechung bezugnehmenden Ausführungen von G. Stourzh, *Die Gleichberechtigung der Nationalitäten in der Verfassung und Verwaltung Österreichs 1848-1918* (Wien, 1985).

¹⁰ § 1 Abs. 3 des in FN 1 genannten RGB1. 1907/17.

System der sog. „Zweimannskreise mit beschränkter Stimmenegebung“: ¹¹Da in mehr als 30 Wahlkreisen jeweils zwei Mandate zu vergeben waren, der Wähler aber nur für einen der Bewerber stimmen durfte, erhielten die Polen dort, wo sie gegenüber den Ruthenen in der Minderheit waren, Chancen auf Mandate.

Auch in diesen Ländern der cisleithanischen Reichshälfte, wo keine so außergewöhnlichen Wahlsysteme wie etwa in Galizien oder Mähren bestanden, bot die Zusammensetzung der Landtage ein buntes Bild. Neben den Virilstimmen (z.B. für bestimmte Bischöfe oder Rektoren) eröffnete vor allem die für die Wahlen zu den Landtagen grundsätzlich bis 1918 bestehende Einteilung in Wählerklassen (Kurien, z.B. des Großgrundbesitzes, der Städte und Märkte usw.) und das Ausmaß der Zuteilung von Mandaten an die einzelnen Kurien genügend Spielraum für die Politik, um ethnische Minderheiten zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Als ein Beispiel von vielen seien hier die Verhandlungen von 1908 um die Reform der Steiermärkischen Landtagswahlordnung erwähnt, die schließlich z.B. für die Kurie der Städte und Märkte, bezogen auf die Untersteiermark (heute Slowenien), neben mehreren überwiegend deutschen erstmals auch einen überwiegend slowenischen Wahlbezirk einrichtete¹² - ohne daß dies an der grundsätzlichen slowenischen Kritik an der zu geringen Repräsentation dieses „Volksstammes“ im Steiermärkischen Landtag etwas änderte.¹³

Angesichts der großen regionalen Unterschiede und Besonderheiten der Wahlrechtssysteme nicht nur für die Wahlen zu den Landtagen, sondern eben auch für die Wahlen zum Abgeordnetenhaus (Reichsrat), die sich bei der Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung von (ethnischen) Minderheiten zeigen, ist die Feststellung¹⁴ zu hinterfragen, mit der Reform des Wahlsystems für das Abgeordnetenhaus im Jahre 1907¹⁵ sei insoweit das „gleiche“ Wahlrecht eingeführt worden. Diese Feststellung trifft nur dann zu, wenn man den mehrdeutigen Begriff des „gleichen“ Wahlrechts auf den gleichen Zählwert beschränkt (d. h. jede Stimme zählt bei der Abstimmung gleich viel) und nicht auch den gleichen Erfolgswert der Stimme (bei der Verteilung der Mandate) darunter versteht.

III

Als die Provisorische Nationalversammlung am 30.10.1918 die Staatsgründung „Deutschösterreichs“ mit dem Beschluß über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vollzog,¹⁶ bezeichnete sie sich - ihre Mitglieder waren 1911, also nach der

¹¹ Generell zum System der „beschränkten Stimmenegebung“ und dessen historischer Entwicklung K. Braunias (FN 2) II 189 ff.

¹² § 2 Z. 20 der Landtagswahlordnung, LGB1. 1909/24.

¹³ Dazu jüngst B. Goropevsek, „Stajerska deželnozborska volilna reforma 1909“, *Melikov zbornik* (Ljubljana, 2001), 821 ff (830).

¹⁴ Etwa bei K. Braunias (FN 2) I 410, der kurz danach davon spricht, mit der gegenständlichen Reform sei es zu einer „Befriedigung der Sonderwünsche der wichtigsten Nationalitäten“ gekommen.

¹⁵ „Becksche Wahlrechtsreform“ (vgl. oben FN 1).

¹⁶ StGB1. 1918/1.

Reform von 1907, gewählt worden - als „auf Grund des gleichen Wahlrechtes aller Bürger gewählt“.¹⁷ „Gleiches“ Wahlrecht kann hier nur den eben beschriebenen engeren Begriff bedeuten (nur gleicher Zählwert der Stimmen). Die Tatsache, daß knapp nach dem erwähnten Beschluß das Gesetz über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich das künftige Wahlrecht als Verhältniswahl, beruhend „auf dem allgemeinen, gleichen, direkten und geheimen Stimmrecht aller Staatsbürger ohne Unterschied des Geschlechts“¹⁸ bezeichnete, spricht für ein identes, d. h. enges Begriffsverständnis des „gleichen“ Wahl-bzw. Stimmrechts. In der Folge hat 1920 das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) diese Wahlgrundsätze (also auch das „gleiche“ Wahlrecht), vermehrt um den Grundsatz des persönlichen Wahlrechts, übernommen, und zwar nicht nur für die Wahl zum Nationalrat (Art. 26 Abs.1), sondern auch für Landtags- und Gemeinderatswahlen (Art. 95 Abs.1 bzw. 117 Abs. 2) sowie nunmehr auch für die Wahlen zum Europäischen Parlament.¹⁹

Versteht man, wie dies insbesondere auch vom Verfassungsgerichtshof vertreten wurde,²⁰ den Grundsatz des „gleichen“ Wahlrechts im beschriebenen engen Sinn (gleicher Zählwert), so bedeutet dies jedoch nicht, daß jegliches²¹ Ungleichgewicht im Erfolgswert der Stimmen zulässig wäre: So sollten schon der verfassungsrechtliche (allgemeine) Gleichheitsgrundsatz,²² allenfalls auch das vom Verfassungsgerichtshof aus jenem abgeleitete Sachlichkeitsgebot, Verzerrungen im Erfolgswert der Stimmen verhindern, wie sie z.B. durch entsprechende Wahlkreisgliederungen herbeigeführt werden könnten. Wichtig und eine deutliche Absage an bereits genannte Wahlrechtsmodelle aus der Monarchie sind in diesem Zusammenhang aber auch die Bestimmungen des B-VG,²³ wonach für Nationalrats-, Landtagswahlen usw. die Wahlkreise ein räumlich geschlossenes Gebiet umfassen müssen und eine Gliederung der Wählerschaft in andere Wahlkörper nicht zulässig ist.

Vor allem aufgrund dieser eben erwähnten Bestimmungen des B-VG sind mit dem Ende der Monarchie die (theoretischen) Möglichkeiten, die parlamentarische Vertretung von (ethnischen) Minderheiten zu gewährleisten, geringer geworden. Andererseits ist das

¹⁷ § 1 des zitierten Beschlusses.

¹⁸ StGBI. 1918/5, Art. 9.

¹⁹ Art. 23 a Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz.

²⁰ Richtungweisend der Verfassungsgerichtshof bereits 1931 im Erkenntnis VfSlg. 1381; in der Folge sehr deutlich z.B. 1959 im Erkenntnis VfSlg. 3653, wo es u.a. heißt: „Es ist unmöglich, die abgegebenen, gleich gezählten Stimmen so auszuwerten, daß sie einen gleichen Erfolgswert haben. Die Wirkung des gleichen Wahlrechtes ist daher mit der Zählung der abgegebenen Stimmen erschöpft. Das Prinzip des gleichen Wahlrechtes kann somit keinen Einfluß auf jene Regelungen haben, die den Erfolgswert bestimmen.“

²¹ Wichtigste Schranke ist das bundesverfassungsgesetzlich festgelegte Verhältniswahlprinzip, wobei z.B. Art. 26 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz mit der Bindung an die „Grundsätze der Verhältniswahl“ dem einfachen Gesetzgeber ohnedies einen großen Spielraum läßt. Vgl. zur Frage des „gleichen“ Erfolgswertes z.B. R. Schick in H. Neisser-M. Handtanger-R. Schick, *Bundeswahlrecht*² (Wien, 1994), 75 ff.

²² Wichtigste Schranke ist das bundesverfassungsgesetzlich festgelegte Verhältniswahlprinzip, wobei z.B. Art. 26 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz mit der Bindung an die „Grundsätze der Verhältniswahl“ dem einfachen Gesetzgeber ohnedies einen großen Spielraum läßt. Vgl. zur Frage des „gleichen“ Erfolgswertes z.B. R. Schick in H. Neisser-M. Handtanger-R. Schick, *Bundeswahlrecht*² (Wien, 1994), 75 ff.

²³ Art. 26 Abs. 2, 95 Abs. 3, 117 Abs. 2.

1918 eingeführte Verhältniswahlrecht an sich minderheitenfreundlich. Entscheidend ist jedoch, daß sich mit dem Übergang zu Deutschösterreich bzw. der Republik Österreich auch die ethnischen Größenordnungsverhältnisse grundlegend verändert hatten: Hätte in der cisleithanischen Reichshälfte ein Verhältniswahlrecht etlichen ethnischen Minderheiten die parlamentarische Vertretung gesichert oder überhaupt erst ermöglicht, so waren im nunmehrigen Österreich die ethnischen Minderheiten durchwegs von derartiger Größe, daß sie zusätzliche Erleichterungen benötigt hätten, um das gleiche Ziel zu erreichen.

IV

Jahrzehntlang war in der Folge die Frage der parlamentarischen Vertretung von ethnischen Minderheiten, sei es auf Bundes- oder auf Landesebene, nicht aktuell. Diskussionen um das „gleiche“ Wahlrecht beschränkten sich im wesentlichen auf die schon erörterte Frage des gleichen Erfolgswertes der Stimmen.²⁴ Zum Zwischenspiel des sog. „Ständestaates“ von 1934-38, dessen Willensbildung nicht über direkt gewählte Volksvertreter erfolgte, sondern über „indirekt beschickte und ernannte Organe“,²⁵ die das in „Stände“ gegliederte Volk vertreten sollten, sei jedoch angemerkt, daß einige Rechtsvorschriften²⁶ für die Zusammensetzung dieser Organe auf Landesebene immerhin die Berücksichtigung auch der „sprachlichen Minderheiten“ vorsahen.

Die Rechtslage bezüglich des „gleichen“ Wahlrechts änderte sich erst ab den Fünfzigerjahren insoweit, als Österreich nunmehr auch einschlägige Völkerrecht-liche Verpflichtungen übernahm. Chronologisch an erster Stelle ist der Staatsvertrag von 1955 zu nennen,²⁷ dessen Art. 8 unter der Überschrift „Demokratische Einrichtungen“ Österreich u.a. zu einem „freien, gleichen und allgemeinen Wahlrecht“ verpflichtet. Schon die Tatsache, daß nach Art. 8 Österreich nicht auch - entsprechend seiner Verfassungsrechtslage - zu einem direkten und persönlichen Wahlrecht, ja nicht einmal zu einem Verhältniswahlrecht verpflichtet ist, zeigt den großen Spielraum, den der Staatsvertrag hier Österreich läßt und der es wohl verbietet, aus dem Begriff des „gleichen“ Wahlrechts im Sinne des Art. 8 einen völkerrechtlichen Anspruch auf den gleichen Erfolgswert der Stimmen abzuleiten. Ähnlich allgemein formulierte Wahlrechtsgrundsätze nennt der 1966 im Rahmen der Vereinten Nationen zustandegekommene, von Österreich 1978 ratifizierte Internationale Pakt über

²⁴ Vgl. FN18.

²⁵ W. Brauneder (FN 1), 237.

²⁶ Nach Art. 16 Abs. 3 der Landesverfassung für Kärnten, LGB1. 1934/67, war „bei Ernennungen und Entsendungen der Mitglieder des Landtages ... die sprachliche Minderheit des Landes entsprechend zu berücksichtigen“; demgegenüber einschränkender formuliert die vergleichbare Bestimmung des Art. 9 Abs. 5 der Landesverfassung 1934 des Burgenlandes, LGB1. 1934 II/1, wonach „bei Ernennung und Entsendung der Mitglieder des Landtages ... die sprachlichen Minderheiten des Landes nach Möglichkeit zu berücksichtigen“ waren.²⁷ Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich, BGB1. 1955/152, dessen hier maßgebender Art. 8 in Verfassungsrang steht.

bürgerliche und politische Rechte,²⁸ dessen Art. 25 lit. b von einem Recht der Staatsbürger auf „echte, wiederkehrende, allgemeine, gleiche und geheime Wahlen“ spricht.

Einen noch größeren Spielraum räumt die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrem Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls, das Österreich 1958 angenommen hat,²⁹ den Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihres Wahlrechts ein, da sie im wesentlichen nur „freie und geheime Wahlen“ „in angemessenen Zeitabständen“ verlangt, nicht aber ein „gleiches“ Wahlrecht. Demgemäß hat es die seinerzeitige Europäische Kommission für Menschenrechte mehrfach abgelehnt, aus Art. 3 die Forderung nach dem gleichen Erfolgswert der Stimmen abzuleiten (so z.B. bei Entscheidungen betreffend das Mehrheitswahlrecht in Großbritannien³⁰ oder betreffend das Wahlrecht in Island, das ländliche Wahlkreise gegenüber städtischen bevorzugt³¹). Das bedeutet weiters, daß die Mitgliedstaaten besondere Minderheitensituationen im Wahlrecht berücksichtigen dürfen (wie dies die Europäische Kommission für Menschenrechte im Nordirland-Fall entschieden hatte³²), aber nicht müssen (so besteht z.B. keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Parteien ethnischer Minderheiten zu begünstigen³³).

Vollends vage spricht schließlich das vom Europarat 1995 fertiggestellte und für Österreich 1998 in Kraft getretene Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten³⁴ in seinem Art. 15 lediglich davon, daß die Vertragsparteien „die notwendigen Voraussetzungen für die wirksame Teilnahme von Angehörigen nationaler Minderheiten ... an öffentlichen Angelegenheiten, insbesondere denjenigen, die sie betreffen“, schaffen.

V

Zu einer Renaissance der Bemühungen um eine gesicherte parlamentarische Vertretung der ethnischen Minderheiten (Volksgruppen) in Österreich - wobei man sich nunmehr auch auf diejenigen der erwähnten völkerrechtlichen Normen, die in Verfassungsrang stehen,³⁵ berufen konnte - kam es in den Siebzigerjahren. In einem 1981 abgeschlossenen Verfahren³⁶ hatte sich der österreichische Verfassungsgerichtshof auf Antrag einer slowenischen Wählergruppe aus Kärnten mit der Frage zu befassen, ob

²⁸ BGBI. 1978/591, Dieser sog. „Weltmensenrechtspakt“ ist allerdings in Österreich nicht unmittelbar anwendbar.

²⁹ BGBI. 1958/210 in der Fassung BGBI. 1964/59; auch diese Bestimmung steht in Verfassungsrang.

³⁰ E 8765/79, DR (Decisions and Reports, amtliche Sammlung der Europäischen Kommission für Menschenrechte), Band 21, 211 ff. Vgl. dazu z.B. J.A. Frowein-W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*² (Kehl-Straßburg-Arlington, 1996), 838.

³¹ E 8941/80, DR (Decisions and Reports) 27, 145 ff. Vgl. auch J.A. Frowein-W. Peukert (FN.28), 839.

³² E 8364/78, DR (Decisions and Reports) 15, 247 ff. Vgl. J.A. Frowein-W. Peukert (FN.28), 838 f.

³³ E 25025/94, DR (Decisions and Reports) 85, 112 ff.

³⁴ BGBI. 1998/120. Das Rahmenübereinkommen ist in Österreich nicht unmittelbar anwendbar.

³⁵ Nämlich auf den Staatsvertrag 1955 und das 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Berufung auf den - in Österreich insoweit ebenfalls in Verfassungsrang stehenden - Staatsvertrag von Saint-Germain vgl. eingehend unter VII.

³⁶ VfSlg. 1981/9224.

einige Bestimmungen für die Wahl zum Kärntner Landtag verfassungswidrig seien, weil sie durch Festlegung einer, wie behauptet, zu geringen Zahl von Mandaten und einer volksgruppenfeindlichen Wahlkreiseinteilung die slowenische Volksgruppe von einer entsprechenden Repräsentation im Kärntner Landtag ausschlossen. Der Verfassungsgerichtshof gab der Beschwerde, die die 1979 erfolgte Wahl zum Kärntner Landtag anfocht, nicht statt, weil er in den bezogenen Bestimmungen über die Zahl der Mitglieder des Landtages und die Gliederung der Wahlkreise (und Wahlkreisverbände) keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Verhältniswahl oder gegen das aus dem allgemeinen Gleichheits - 28 E 8765/79, DR (Decisions and Reports, amtliche Sammlung der Europäischen Kommission für Menschenrechte), Band 21, 211 ff. Vgl. dazu z.B. J.A. Frowein-W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar2 (Kehl-Straßburg-Arlington, 1996), 838. Grundsatz erfließende Sachlichkeitsgebot sah. Ausdrücklich verneinte er das Bestehen einer Verpflichtung, der slowenischen Volksgruppe eine eigene Repräsentation im Kärntner Landtag zu sichern.

Für diese letztere Aussage konnte das 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, angesichts seines oben dargestellten breiten Gestaltungsspielraumes, kein Hindernis sein. Rechtlich interessanter hätte die Auseinandersetzung des Gerichtshofs mit dem erwähnten Art. 8 des Staatsvertrags von 1955 und der Verpflichtung zu einem „gleichen“ Wahlrecht werden können, doch beschränkte sich der Gerichtshof auf die nur durch ein Literaturzitat „untermauerte“ Aussage,³⁷ Art. 8 verbürge „allen Staatsbürgern eine formelle Gleichberechtigung“, woraus ein Anspruch auf eine eigene Vertretung der Minderheit im Landtag nicht abgeleitet werden könne. Mit der „formellen“ Gleichberechtigung ist hier offenbar der (lediglich) gleiche Zählwert der Stimmen gemeint, was auch der bereits dargestellten generellen Linie des Verfassungsgerichtshofs zum „gleichen“ Wahlrecht entspricht.³⁸ Aufschlußreich wäre an dieser Stelle eine vertiefte, eigenständige Analyse des Art. 8 durch den Gerichtshof gewesen, die u. a. auch der Frage hätte nachgehen können, weshalb der - behauptete - Anspruch der in Art. 7 genannten Minderheiten auf parlamentarische Vertretung nicht im unmittelbar nachfolgenden Art. 8 durch generelle Festschreibung des - ohnehin bestehenden - minderheitenfreundlichen Verhältnisses zum Wahlrechtspol der slowenischen Volksgruppe abschließend die - von der anfechtenden Wählergruppe freilich auch nicht besonders hervorgehobene - Aussage im ganz generell ins Treffen geführten Art. 67 des Staatsvertrags von Saint-Germain,³⁹ wonach (bestimmte) Minderheitsangehörige nicht nur rechtlich, sondern auch „faktisch“ (!) „dieselbe Behandlung und dieselben Garantien ... wie die anderen österreichischen Staatsangehörigen“ genießen; auf diesen Punkt wird unter VII zurückzukommen sein.

³⁷ Der Gerichtshof berief sich auf T. Veiter, *Das Recht der Volksgruppen und Sprachminderheiten in Österreich* (Wien-Stuttgart, 1970), 534, der diese Feststellung aber nicht begründet hatte.

³⁸Vgl. oben FN 18.

³⁹ StGBI. 1920/303.

VI

Als Reaktion auf den erfolglosen Versuch, mit Hilfe des Verfassungsgerichtshofs die Repräsentation der Kärntner Slowenen im Landtag zu sichern, wurden ab Mitte der Achtzigerjahre mehrere Modelle für entsprechende Rechts- bzw. auch Verfassungsänderungen entwickelt; vereinzelt wurden derartige Änderungsvorschläge auch, über Kärnten hinausgehend, für alle Volksgruppen in Österreich thematisiert. Die eine Gruppe dieser Vorschläge lief auf die Schaffung eines Selbstverwaltungskörpers vor allem zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten der Volksgruppe hinaus, zielte also auf eine Autonomielösung, die andere Gruppe der Vorschläge strebte die Schaffung eines sog. „Volksgruppenmandats“ im Kärntner Landtag an.⁴⁰ Die letzteren Vorschläge bestanden entweder in der Erweiterung des Landtags um ein Mandat, das von slowenischen Wählern, im Rahmen einer eigenen Kurie, zusätzlich gewählt würde, oder darin, bei gleichbleibender Mandatszahl einen der Mandatäre, der sich als Volksgruppenkandidat deklarieren müßte, mittels Vorzugsstimme zu wählen. Zu beiden der eben genannten Varianten eines „Volksgruppenmandats“, das auch noch mit Vetorecht und dem Recht auf Gesetzesinitiative ausgestattet werden könnte,⁴¹ setzte sich bald die Auffassung durch, daß sie nur durch entsprechende Verfassungsänderungen verwirklicht werden könnten; im einzelnen wurde auf Widersprüche zu den Grundsätzen der Gleichheit des Wahlrechts, der Verhältniswahl und der Aufteilung der Mandate auf territoriale Wahlkreise hingewiesen.⁴²

Abgesehen davon, daß ein Abweichen von verfassungsrechtlichen Wahlgrundsätzen allein schon wegen der denkbaren Beispielsfolgen von vornherein wenig Anklang fand, mußten alle diese Vorschläge letzten Endes vor allem daran scheitern, daß sie keinen verlässlichen Weg zeigen konnten, um das vorgesehene Wahlrecht zu einem Selbstverwaltungskörper oder zu einem der Volksgruppe vorbehaltenen Landtagsmandat auch tatsächlich nur durch Volksgruppenangehörige ausübbar zu machen. Denn einerseits war bekannt, daß angesichts häufiger ethnischer Mehrfachidentitäten, rasch wechselnder ethnischer Identitäten und gelegentlich auch ethnischer Indifferenz alle Überlegungen, die ethnische Zugehörigkeit (und damit eine „besondere“ Wahlvoraussetzung) amtlich festzustellen, auf Widerstand vieler (potentiell) Betroffener stießen bzw. stoßen mußten, wobei sich Assoziationen zur letzten Endes nicht durchgeführten „Minderheitenfeststellung“ in Kärnten oder zum vielfachen Boykott der geheimen Erhebung der Muttersprache im Jahre 1976 ergaben. Der historisch Interessierte konnte noch weitere Assoziationen zu den oft mühsamen Verfahren über die Eintragung in die

⁴⁰Einen guten Überblick bieten T. Öhlinger-P. Pernthaler, *Projekt eines Volksgruppenmandats im Kärntner Landtag* (Wien, 1997); besonders hingewiesen sei im vorliegenden Zusammenhang auf die „Vorschläge zur legislativen Umsetzung eines Volksgruppenmandats im Kärntner Landtag“, von T. Öhlinger und S. Hammer, 27 ff. Eine frühe Befassung mit der konkreten Thematik findet sich bei P. Pernthaler, „Modell für eine selbständige politische Vertretung der Kärntner Slowenen zum Landtag“, *Europa Ethnica* (42. Jahrgang, 1985), 193 ff.

⁴¹ Im Grunde lief das „Volksgruppenmandat“ zur damaligen Zeit - vgl. demgegenüber die Ausführungen am Ende von VI - auf eine Virilstimme im Kärntner Landtag hinaus, im Zuge der mehrjährigen politischen Debatten wurden aber die verschiedensten Ergänzungen, Varianten usw. ins Spiel gebracht.

⁴² ⁴⁰ So die erwähnten Vorschläge von T. Öhlinger und S. Hammer in T. Öhlinger-P. Pernthaler (FN 38), 27 ff. (bes. 29).

oben II behandelten „nationalen Kataster“ in Mähren oder zur mißbräuchlichen Verwendung ethnisch orientierter Namenslisten in anderen Staaten herstellen. Verzichtete man aber, andererseits, auf jegliche Kontrolle selbst der bloßen Glaubwürdigkeit⁴³ der unter Umständen konkludente Erklärung der ethnischen Zugehörigkeit - so war z.B. an die Ausgabe eines zweiten Stimmzettels an alle Wähler innerhalb eines bestimmten Gebietes im Rahmen einer geheimen Wahl, in der auch der „besondere“ Volksgruppenvertreter zu wählen war, gedacht worden⁴⁴ - so bedeutete dies ein hohes Risiko der mißbräuchlichen Inanspruchnahme durch nicht der Volksgruppe Angehörige.

Die relativ rasche Ablehnung der genannten Modelle verhinderte eine eingehende Diskussion mancher wichtiger, damit verbundener Fragen, z.B. nach der genaueren Abgrenzung von „eigenen Angelegenheiten“ einer Volksgruppenselbstverwaltung oder allfälligen besonderen Befugnissen eines „Volksgruppenmandatars“. Die derzeitigen Überlegungen zu einer allfälligen Änderung des Kärntner Landtagswahlrechts sind im wesentlichen darauf reduziert, im Rahmen des Verhältniswahlrechts und ohne Infragestellen von Wahlrechtsgrundsätzen kleineren Parteien, unabhängig von deren Beziehung zur Volksgruppe, den Einzug in den Landtag zu erleichtern.⁴⁵

VII

Die Debatte um ein „gleiches“ Wahlrecht ist damit freilich nicht abgeschlossen, mag man es nun - entgegen der erwähnten Position des Verfassungsgerichtshofs - als Anspruch auf den gleichen Erfolgswert der Stimmen aus den Art. 26 Abs. 1 bzw. 95 Abs. 1 oder 117 Abs. 2 des B-VG ableiten oder letzten Endes auf das Sachlichkeitsgebot des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes zurückführen. Geht es im speziellen um die Gleichbehandlung ethnischer bzw. „sprachlicher“ Minderheiten, so sollte theoretisch der schon genannte, in der Praxis offenbar weitgehend unberücksichtigt gebliebene Anspruch des Art. 67 des Staatsvertrags von Saint-Germain auf nicht nur rechtliche, sondern auch „faktische“ Gleichheit eine besondere Rolle spielen. So könnte daraus z.B. der Anspruch abgeleitet werden, der Gesetzgeber habe durch geeignete Maßnahmen, z.B. eine minderheitenfreundliche Wahlkreiseinteilung („benign gerrymandering“), Gleichheit herzustellen und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß auch die Stimmen der Angehörigen ethnischer Minderheiten den gleichen Erfolgswert wie die der Mehrheit besitzen. Das entspricht dem Verlangen nach „ethnischer Partnerschaft“ zwischen

⁴³ Die - einfachgesetzliche - Bestimmung des § 1 Abs. 3 des Volksgruppengesetzes, wonach u.a. „das Bekenntnis zu einer Volksgruppe ... frei“ und „keine Person ... verpflichtet“ ist, „ihre Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe nachzuweisen“, bedeutet nicht, daß die Gerichte und Verwaltungsbehörden jedwede diesbezügliche Äußerung der hier in Betracht kommenden Menschen, also auch z.B. Scherzerklärungen oder offenkundig unrichtige Erklärungen, als rechtswirksam zu akzeptieren haben.

⁴⁴ Vgl. dazu die „Vorschläge“ (FN 38), 27 ff.

⁴⁵ Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags stand kein Zeitpunkt für die legislative Umsetzung dieser Vorschläge im Kärntner Landtag fest.

Mehrheit und Minderheit in Form einer „Konkordanzdemokratie“,⁴⁶ also dem Übergang von einem nur an zahlenmäßiger Stärke orientierten (quantitativen) zu einem qualitativen Demokratieprinzip, wo auch strukturelle Minderheiten - wie es vor allem kleinere ethnische Minderheiten in aller Regel sind - eine effektive Chance auf Teilnahme am parlamentarischen Leben haben. Eine solche Position ist, insbesondere unter Berufung auf das genannte Wahlerkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, vor wenigen Jahren im Rahmen einer umfangreichen Studie vertreten worden.⁴⁷ Hierbei wurde zum einen argumentiert, der Übergang vom Mehrheitswahlsystem der Monarchie zum Verhältniswahlsystem der Republik indiziere ein dem österreichischen Bundesverfassungsgesetzgeber „historisch“ zu unterstellendes qualitatives Demokratieprinzip.⁴⁸ Zum anderen spreche das Wahlerkenntnis ausdrücklich von einer in der österreichischen Rechtsordnung enthaltenen „Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Minderheitenschutzes“, welcher Wertentscheidung „eine mehr oder minder schematische Gleichstellung von Angehörigen der Minderheiten mit Angehörigen anderer gesellschaftlicher Gruppen ... nicht immer genügen“ könne, vielmehr könne es „je nach dem Regelungsgegenstand ... der Schutz von Angehörigen einer Minderheit gegenüber Angehörigen anderer gesellschaftlicher Gruppen sachlich rechtfertigen oder sogar erfordern, die Minderheit in gewissen Belangen zu bevorzugen“. Wenn es daher - was die Studie bejaht⁴⁹ - durch die österreichischen Wahlgesetze zu einer Diskriminierung (struktureller) ethnischer Minderheiten im Ergebnis komme, müßten, aufgrund (auch) des Art. 67 des Staatsvertrags von Saint-Germain, im Sinne der vom Verfassungsgerichtshof so bezeichneten „Wertentscheidung“, die Minderheiten auch wahlrechtlich entsprechend „bevorzugt“ werden.⁵⁰

Demgegenüber ist de lege lata festzuhalten, daß, insoweit völlig in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht,⁵¹ das Wahlerkenntnis ausdrücklich erklärt, es sei „für das Verhältniswahlrecht auch charakteristisch ..., eine solche Vertretung nur Wählergruppen (Parteien) von zahlenmäßig erheblicher Bedeutung zu sichern“;⁵² damit sind einem allfälligen „qualitativen Demokratieprinzip“ bei zahlenmäßig relativ kleinen Minderheiten gerade auch in Hinblick auf mögliche Beispielsfolgen (man denke an andere strukturelle, z.B. religiöse oder auch berufliche Minderheiten) schon von vornherein sehr enge Grenzen gesetzt. Daß der

⁴⁶ Ein solches Demokratiemodell erachten P. Pernthaler - N. Bucher in T. Öhlinger- P. Pernthaler (FN 38)11 als „zur Lösung von Volksgruppenproblemen als System der '*ethnischen Partnerschaft*' unumgänglich notwendig“.

⁴⁷ J. Marko, *Autonomie und Integration* (Wien-Köln-Graz, 1995).

⁴⁸ J. Marko (FN 45), 476 Anm. 609.

⁴⁹ J. Marko (FN 45), insbes. 475.

⁵⁰ Im Sinne J. Markos handelt es sich hier um keine „Bevorzugung“, sondern eine notwendige Gleichbehandlung der Minderheit.

⁵¹ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer gegen kleinere wahlwerbende Gruppen gerichteten Erheblichkeitsschwelle, sei es durch Mindestprozentklauseln oder durch das Erfordernis von Grundmandaten, vgl. etwa R.Schick in H. Neisser-M. Handstanger-R. Schick (FN 19) 97 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁵² Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang auf seine ständige Rechtsprechung, insbes. VfSlg. 1979/8700 und 1980/8852.

Verfassungsgerichtshof im konkreten Fall schließlich aber gerade keine „Wertentscheidung zugunsten des Minderheitenschutzes“ getroffen hatte, ist auch darauf zurückzuführen, daß die aus Art. 67 des Staatsvertrags von Saint-Germain ableitbaren staatlichen Verpflichtungen nicht so weitreichend, sind wie in der erwähnten Studie angenommen: Daß der Staatsvertrag Saint-Germain 1919 Österreich zu einer so grundsätzlichen Änderung seines damaligen - entgegenstehenden⁵³ - Verhältniswahlrechts verpflichten (und nicht bloß ermächtigen)⁵⁴ wollte, und zwar aufgrund einer für das damalige österreichische Rechtssystem völlig ungewöhnlichen, nur durch zwei Wörter („und faktisch“) ausgedrückten Überlegung,⁵⁵ ist wohl auch in Hinblick auf den Wortlaut des Art. 67,⁵⁶ der sich nur auf die Rechte von Einzelpersonen (und nicht von „Minderheiten“)⁵⁷ und inhaltlich „insbesondere“ auf „Wohltätigkeits-, religiöse oder soziale Einrichtungen, Schulen und andere Erziehungsanstalten“ bezieht, auszuschließen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß das österreichische Verfassungsrecht de lege lata Erleichterungen für ethnische (strukturelle) Minderheiten nur im Rahmen der

⁵³ Wahlrechtliche Erleichterungen für ethnische - nach damaliger Terminologie „sprachliche“ - Minderheiten in Österreich gab bzw. gibt es 1919 ebensowenig wie heute.

⁵⁴ Als Rechtsgrundlage für eine bloße Ermächtigung zur „Bevorzugung der Minderheit“ nennt J. Marko (FN 45), 474 Art. I Abs. 2 des Bundesverfassungsgesetzes zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBI. 1973/390. Dazu sei lediglich angemerkt, daß Art. I Abs. 2 zu einer Sonderbehandlung (in welcher Richtung immer) von „österreichischen Staatsbürgern“ gegenüber Nicht-Staatsbürgern, und zwar aus dem (alleinigen) Grund dieser Staatsbürgerschaft, ermächtigt und ferner die Betroffenen als Einzelpersonen anspricht („österreichische Staatsbürger“), nicht jedoch, wie dies das Wort „Minderheit“ nahelegen würde, ein Indiz für die Anerkennung von Gruppen(rechten) bietet.

⁵⁵ Die extrem knappe Formulierung der in Art. 67 enthaltenen Verpflichtung zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit spricht zum einen dafür, daß hier nur ein *Grundsatz* normiert, die Art seiner Ausgestaltung aber Österreich, unter weitestmöglicher Beibehaltung der bis dahin geltenden österreichischen (Grund-) Rechtsprinzipien, überlassen bleiben sollte; man kann argumentieren, daß ein weiterreichender Eingriff in das damalige österreichische Grundrechtssystem deutlicher hätte formuliert werden müssen. Zum anderen macht die Knappheit und die einen breiten Auslegungsspielraum eröffnende Unbestimmtheit dieser Formulierung aber auch deren jahrzehntelange faktische Bedeutungslosigkeit, selbst im gegenständlichen Wahlanfechtungsverfahren, verständlich. Art. 67 lautet: „Österreichische Staatsangehörige, die einer Minderheit nach Rasse, Religion oder Sprache angehören, genießen dieselbe Behandlung und dieselben Garantien, rechtlich und faktisch, wie die anderen österreichischen Staatsangehörigen; insbesondere haben sie dasselbe Recht, auf ihre eigenen Kosten Wohltätigkeits-, religiöse oder soziale Einrichtungen, Schulen und andere Erziehungsanstalten zu errichten, zu verwalten und zu beaufsichtigen mit der Berechtigung, in denselben ihre eigene Sprache nach Belieben zu gebrauchen und ihre Religion frei zu üben.“

⁵⁷ Der in FN 54 wiedergegebene Wortlaut des Art. 67 legt eindeutig eine individuelle (und keine kollektive) Bezugsebene für die Beurteilung von Gleichheit bzw. Ungleichheit fest („österreichische Staatsangehörige ... genießen ... wie die anderen österreichischen Staatsangehörigen“). Wenn J. Marko (FN 45) 470 f., 473 f. unter Berufung auf eine Aussage im gegenständlichen Wählerkenntnis, wonach es die - aus einer Vielzahl von Bestimmungen abgeleitete - „Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers zugunsten des Minderheitenschutzes“ gegebenenfalls sogar erfordern könne, „die Minderheit in gewissen Belangen zu bevorzugen“, den Schluß zieht, der Gerichtshof habe damit die „Minderheit“ als kollektive Bezugsebene anerkannt, so kann das schon nach dem zitierten Gesetzeswortlaut nicht für Art. 67 gelten (im übrigen hat es der Verfassungsgerichtshof gerade im Wählerkenntnis ausdrücklich offengelassen, „ob es sich bei Art. 67 lediglich um individuellen Minderheitenschutz oder auch und gegebenenfalls inwieweit um einen Schutz der Minderheiten als solche handelt“.) Das heißt, daß die aus Art. 67 abzuleitende Verpflichtung zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit nur zugunsten der Minderheitsangehörigen, aber nicht der Minderheit als solcher besteht.

dargestellten Wahlrechtsgrundsätze bzw. verfassungsrechtlichen Spielräume ermöglicht und keinesfalls dazu zwingt.⁵⁸

Allfällige Bestrebungen, durch Verfassungsänderung die Situation der Minderheiten (Volksgruppen) insoweit zu verbessern, müssen nicht nur mit dem erwähnten Einwand der Beispielsfolgen, sondern vor allem damit rechnen, daß die Funktionsfähigkeit eines Parlamentes die Möglichkeit einer Entscheidung innerhalb angemessener Fristen verlangt. Diese Möglichkeit wird durch Aufstocken des Parlaments um weitere Mitglieder, vor allem wenn sie bisher nicht oder kaum vorgebrachte Themen vertreten werden, sicher nicht verbessert; hinzu kommt, daß in wirtschaftlich schwierigeren Zeiten der politische Trend eher zur Verringerung als zur Erhöhung der Mitgliederzahl von Parlamenten geht. Zu hinterfragen ist schließlich auch, welche Rolle ein „Volksgruppenmandatar“ bei parlamentarischen Abstimmungen überhaupt spielen kann und ob es für Staat und Gesellschaft insgesamt, insbesondere auch für das Vertrauen in den Parlamentarismus, von Vorteil ist, wenn ein kraft seines besonderen Wahlmodus ganz oder überwiegend auf Minderheitenfragen festgelegter Mandatar, sofern er die Mehrheit nicht überzeugen kann, schließlich als immer wieder Überstimmter ebenfalls zur „strukturellen“ Parlamentsminderheit wird.⁵⁹

In dieser letzteren Überlegung liegt der Ansatz für einen neuen, in Österreich bisher nicht erörterten Weg: Sieht man nämlich in Richtung einer „Konkordanzdemokratie“ die wichtigste Aufgabe im Informieren und Überzeugen und nicht im Überstimmen des Partners, so wäre auch die Funktion eines im Parlament für eine Minderheit Tätigen nicht die eines „Mandatars“ im üblichen Sinne, sondern die eines Lobbyisten. In diesem Sinne könnten z. B. staatlich bezahlte Vertreter einer Volksgruppe als Lobbyisten im Parlament mit Personal bzw. Büro eine der möglichen Lösungen sein, wie sich dies etwa für die deutsche Volksgruppe in Dänemark bewährt hat. Die Lobbyisten wären keine Mitglieder des Parlaments, womit sich die beschriebenen Probleme des besonderen Wahlmodus erübrigten, Voraussetzung für solche Lösungen ist freilich die Einsicht, daß für die effektive Durchsetzung von Minderheiteninteressen im Sinne ethnischer Partnerschaft eine „besondere“ parlamentarische Repräsentation gerade bei zahlenmäßig relativ kleinen ethnischen (strukturellen) Minderheiten in aller Regel keine optimale Lösung ist.

⁵⁸ Der seit 1.8.2000 geltende Art. 8 Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz verpflichtet die Republik Österreich, „Sprache und Kultur, Bestand und Erhaltung“ der „autochthonen Volksgruppen ... zu achten, zu sichern und zu fördern“. Eine Verpflichtung zur Änderung des Wahlrechts im beschriebenen Sinne dürfte daraus jedoch nicht abzuleiten sein.

⁵⁹ Die genannten Bedenken betreffen ausschließlich solche Mandate, die von zahlenmäßig kleinen ethnischen Minderheiten unter besonders günstigen Bedingungen erlangt werden könnten, und zwar in Verfolg einer Idealvorstellung der parlamentarischen Repräsentation, aber ohne Beachtung der Wahlrechtsgrundsätze im sonst erforderlichen Ausmaß. Demgegenüber finden sich in der Praxis auf den verschiedensten Vertretungsebenen eine Reihe von Mandataren, die als Volksgruppenangehörige im Rahmen einer ein breites Interessenspektrum abdeckenden Partei unter den üblichen Bedingungen gewählt wurden und sich (auch) für Volksgruppeninteressen einsetzen.

*Dr. Menyhárd Attila, viši asistent pri Katedri gradjanskopravnih nauka
Pravnog fakulteta Univerziteta Eötvös Lóránd u Budempešti*

EXCESSIVE BENEFIT AND UNFAIR ADVANTAGE IN CONTRACTS¹

Introductory remarks

In this article I consider some problems of the control of the disparity of the performances in contracts. The idea of intervention into the contractual relationships through rendering a contract invalid if there is a striking difference between the performances roots back to the law of the late Roman Empire. It seems that the doctrine of *laesio enormis* goes back to Diocletian and it is obvious; that the rule "was designed to meet a special crisis"² The idea of the equality of exchange seems to live its renaissance today. My point of view followed in this article is the objective and subjective features of the control of the equality of rights and obligations in contracts; with other words I try to analyze the problems of the procedural and the substantive fairness in contracts in general. My main aim is to find out, which basic alternatives we have in the course of drafting the Hungarian Civil Code to provide the substantive fairness in contracts. I think that the most complicated task is to find the underlying policy, which is inseparable from defining of the underlying economic model. First we should define our aim then we can find the best solution to achieve it.

¹ Ovaj rad je preuzet iz publikacije *ELTE Annales*, Sectio iuridica 39-40 (2001), 107-124, uz saglasnost izdavača i autora, na čemu im se zahvaljujemo

² Its direct aim was to prevent peasants to sell their lands on a low price to the urban capitalists, which would have deepened the crisis. Zimmermann attributes the origin of the doctrine to Iustinian. See: Reinhard Zimmermann: *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition* (JUTA, 1992) 261.O. and Dömötör László: *Szempontok a felértúli sérelem doktrínájának jogösszehasonlító vizsgálatához* [Aspects to the comparative analysis of the doctrine of *laesio enormis*] (in Jogi tanulmányok, Budapest, 1996, 273-298.O.) 297.O.

1. Procedural and substantive fairness

In the course of the drafting of the German BOB the idea of a possible rule to control the equality in exchange has been abandoned. Originally the clause declaring the contracts infringing the good morals null and void was destined to provide the fairness in contractual relationships. Finally to this section 138 of the BOB a provision has been added, which rendered null and void also the contracts with a usurious character. According to the s. 138 (2) of the BOB the contract is void, if there is a striking disproportion between the performance and counter performance and the contract was concluded by the exploitation of the difficulties, inexperience, lack of judgment or serious indecisiveness of the other party.

The concept of usury is a combination of objective and subjective criteria. The objective element is the striking disparity of performance and counter performance, which presupposes that the contract is not a gift. The comparison is based on objective test, not on that value, which the party attributes to the subject of the contract. The striking character of the disparity is decided in the court practice in a really flexible way.³ The courts construe the disparity of performance and counter performance in a wide sense, the disparity of performances is not the only criteria they take account. A contract that allocates the risks disproportionately and secures one of the parties in an unreasonable way can be treated as a usurious one.⁴ The subjective element is the exploitation of a special, in the Code determined circumstance of the aggrieved party. The exploitation can appear only as a deliberate act, the negligent "exploitation" is irrelevant.

In the court practice there has been a tendency to emphasize the objective element, the striking disparity of performance and counter performance, but it is not connected to the usury, but to the s. 138 (1) of the BOB, which renders contracts that infringe good morals, void, and the s. 242 which provides the principle of fairness and good faith (*Treu und Glauben*). Both of these two provisions of the BOB - because they are quite flexible - could be a ground of the control of equality of exchange, but - even there were some attempts⁵ - the court practice didn't create a doctrine, according to which striking disparity would be itself enough to declare a contract invalid.⁶ Since the s. 138 (1) is the background rule of the prohibition of usury, it could be said that if the subjective element of the usury lacks in a case, it can be as infringing the good moral void. The jurisdiction consequently holds, that if in a case the preconditions of the usury partly fulfil, but one of the elements is lacking, the contract can be declared under the s. 138 (1) void, but only if there are some other circumstances, which are not demanded in the s. 138. (2) and give the contract an immoral character. The disparity of the performance and counter performance itself is not enough

³ In a case, where the party was as an electricity company in a monopolistic situation, the disparity of 13,42% was treated striking, in an other case, which was about a sale, the 2/3 difference was not a striking one. In loans the court compares to the level of the interests on the market. Until 1978 there was a threshold at 28-30%, since that time this has been abandoned. See: Palandt Kurzkommentar zum BGB (47. bearb. Aufl., München, 1988) 120.0.

⁴ Kohlhammer *Kommentar zum BGB* (Band I., Verlag V. Kohlhammer 1987) 942.O.

⁵ The OLG Stuttgart in 1979 brought a decision, in which declared a contract void on the base of 242 of the BGB because there were a disparity between performance and counterperformance in the contract more than 100%. Münchener Kommentar zum BGB (2. Aufl., ed. by Peter Ulmer, München, 1985) 1048.O.

⁶ See also Hein Kötz: *Europäisches Vertragsrecht* I. (Tübingen, 1996) 206.O.

ground⁷ to declare a contract as an immoral one, void. There is, however in general a strong tendency in German court practice focusing on the disparity of performances and pushing the subjective elements into background.

The common law also didn't accept a doctrine of the unenforceability of a contract on the sole ground of the disparity of the performance and counter performance. The doctrine of the consideration could have been construed this way, but it seems to be an established principle, that the adequacy of consideration is not a precondition of validity. In the English law, the categories of the *duress* (*economic duress*), the *undue influence* and the *unconscionable bargain* cover those cases, which the German court practice brings to the application of the s. 138 of the BGB. The doctrine of *unconscionable bargain* seems to stay the closest to the German usury, but it seems, that it is relatively rarely applied in the English case law.⁸ The special category of duress, the economic duress has been accepted in the case law. The base of the duress is that the party brings the aggrieved party into a situation, in which he cannot create and express his own independent and whole contractual will. The base of the undue influence is that no one can rely on his own fraudulent act in order to get benefits. In the focus of the duress is the aggrieved party and the situation in which he has been brought to, in the focus of the undue influence is the fraudulent party.

There are decisions in the English case law, which seem to be a step toward the acceptance of the relevance of the disparity of the rights and obligations in the contract. One is the decision in the *Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay*⁹ case, the other the *Lloyds Bank v. Bundy*¹⁰ Lord Denning has formulated a doctrine in the decision in the latter, which is called "the inequality of bargaining power". He expressed the essence of that as "the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract on terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other." It seems, that the literature agrees with this doctrine, which is very similar to the continental concept of usury,¹¹ but the House of Lords is reluctant to accept it as a general principle.¹²

The French Code Civil didn't accept the disparity of performances as a general ground for invalidity. The Code Civil however, contains three contexts, in which the disparity itself is relevant: the contracts concluded by minors, the agreement of heirs on the sharing of their heritage and the 1674 ff. provisions of the Code, which render that in a sale of an immoveable, if the price received by the seller is less than five-twelfths of the just price, the seller can claim a rescission of the contract. According to the court practice, if a contract is aleatory, the seller has no right for rescission, since in these cases the just price cannot be

⁷ *Münchener Komm.* 1048.O.

⁸ *Chitty On Contracts* (26th ed., London, 1989) 363.O. and G.H. Treitel: *The Law of Contract* (9th ed. London, 1995) 374.O.

⁹ [1974] The All E.R. 616.-624.O.

¹⁰ [1974] The All E.R. 757.-773.O.

¹¹ The basic difference is that the usury doesn't demand the role of the other party in causing the detrimental situation of the aggrieved party

¹² Kötz: *Europäisches Vertragsrecht*, 204.O.

calculated. The court practice doesn't extend the doctrine of lesion to other cases than sale of immoveable assets.¹³ The Code Civil didn't adopt a doctrine like usury. The cases, in which the freedom of choice of one party is limited by the state of necessity or of economic dependence in which he finds himself is treated null for violence."¹⁴

The Austrian Civil Code, the ABGB has a rule of *laesio enormis*. According to the s. 934. of the ABGB renders a contract invalid, if there is a disparity between the two performances more than fifty percent. This rule is not applicable to gifts, if the party has declared his special wish (*Vorliebe*) to get the subject of the contract even on a very high price, if he knew the real value of the thing, when it is presumed, that there was a gift combined with a contract for counter performance, if it is impossible to establish the real value of the thing or when it was bought on an auction ordered by the court.

2. The present Hungarian solution

The Hungarian contract law provides control over the substantial and the procedural fairness of the contracts too. The two pillars of this twofold control of the *synallagma* of the contracts are the s. 201. (2) and the s. 202. of the Hungarian Civil Code¹⁵ (further referred to as Ptk.). The s. 201. (2) of the Code is to provide the substantive justice in contracts. According to this provision, if, at the time of the concluding of the contract there is a striking difference between the value of the two performances, without one of the parties having the intention to give a gift, the aggrieved party is entitled to avoid the contract. S. 202. of the Code provides, that if a contracting party has Denning has formulated a doctrine in the decision in the latter, which is called "the inequality of bargaining power." He expressed the essence of that as "the English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract on terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other." It seems, that the literature agrees with this doctrine, which is very similar to the continental concept of usury,¹⁶ but the House of Lords is reluctant to accept it as a general principle.¹⁷

After the 2nd World War as the result of the influence of the Soviet Union the economic system changed in Hungary. The market economy was transformed to a planned one based on the state property. This transition took some years. Until the coming into force of the Ptk. in 1960, there was a special *ex lex* situation, where the rules of the earlier private law continuously

¹³ Barry Nicholas: *The French Law of Contract* (Oxford, 1992) 137-138.O.

¹⁴ Barry Nicholas: *The French Law of Contract* 109.O.

¹⁵ See: Act no. 4. of 1959, about the Civil Code of the Hungarian Republic (Ptk.). The Code has come into force on 01.05.1960. This is - with a lot of modifications and amendments - the today effective Code.

¹⁶ The basic difference is that the usury doesn't demand the role of the other party in causing the detrimental situation of the aggrieved party

¹⁷ Kötz: *Europäisches Vertragsrecht*, 204.O.

ceased to be applicable and the Hungarian Supreme Court (further referred to as Supreme Court) tried to determine the principles of the law to be applied.

The problem of the consequences of the unequal bargain appeared very shortly after the 2nd World War. Immediately before and during the 2nd World War - as it is widely known - it became one of the political aims of the state to remove Jewish persons from the economy and the society. One measure of this harassment was creating statutes, which made it possible to take over the real property of these persons by the state without any compensation. These people had only one alternative to avoid the even worse: to sell their property quickly at any price. It doesn't need any explanation, that the price of these real estates was very low, because of the urgency of the sales and because deriving from the situation, in a short time emerged a great over-supply on the market. Those, who had to sale their property on a very low price, because they didn't want them to be taken over by the government without any compensation, sued the buyers avoiding these contracts. They referred to the Act no. 32 of 1932, which prohibited usury and the exploitation of the detrimental circumstances of the other party obtaining a striking benefit from the contract. The cases were decided by the time not yet institutionally transformed Supreme Court (still called Curia as before the 2nd World War). The Curia decided, that the buyers didn't abuse the detrimental situation of the sellers each, they mere exploited the situation, which developed from the oversupply on the market, causing very low price level in general. The exploiting of the possibilities provided by the market even if it was an unjust result of a social phenomenon didn't create usury or abuse of circumstances. To these contracts the prohibition of the Act no. 32 of 1932 was not applicable. The Curia, however, stated that these contracts are so unfair that they were not enforceable. The Court didn't find any ground for declaring the contract void and restoring the situation before the contracting (in integrum restitutio), but referring to the principle of equity the Court amended the contractual price.¹⁸ This was not a consequence of invalidity, but a kind of compensation for the sellers also depriving the buyers of the excessive benefit and all of this on equitable ground.

In 1950 the Supreme Court issued the guidelines (Guidelines no. 9. of 1950.) on the equivalency of the performances in contractual relationships. The Supreme Court had set out from the concept of usury, but with these guidelines the subjective elements of usury (the condition of abusing the other party's detrimental situation) had been abolished. According to these guidelines, the usurious character of the contract should have been decided only on the sole ground of the adequacy of the counter performance: if there was a striking inadequacy in the value of subject of the contract and the contractual price (or other kind of counter-service), it had to be treated as a usurious contract and so declared null and void. The Guidelines didn't demand fulfilment of subjective criteria:¹⁹ the inadequacy without the intention of donation itself was (as usury) the ground of invalidity.

¹⁸ Weiss Emília: *A szerződés érvénytelensége a polgári jogban* [The Invalidity of the Contract in the Civil Law], (Budapest, 1969) 268.-269.O. The decisions are dated from 1948 and they were also supported by the

¹⁹ Literature, however, tried to construe this concept of objective usury on a kind of subjective way. It was treated that this new concept abolished mere the detrimental situation as a precondition. The invalidity can stand only if the other party had the incentive to reach an excessive (inadequate) benefit, with other words if he knows that the price is strikingly beneficial for him. This can happen mostly if the party abuses some detrimental circumstances of the aggrieved party. So with this objective formula, the guidelines push the burden of proof to the benefited party: he has

The codification in 1959 in this question took as its starting point the Guidelines no. 9. of 1950. of the Supreme Court. It has become obvious, that it is pointless to speak of abusing of the other party's situation solely on the base of the incontestable presumption that the other party is always fraudulent, when there is a striking imbalance in the contract. The result of this was not simply the abandoning of the principle that the Guidelines reflected and turning back to the concept of abusing contracts of the earlier private law. Through the codification the objective usury concept of the Guidelines has been split up into two different norms and in this form taken up to the Code. On the one hand, the concept of the usurious and abusive contract from the earlier private law has been renewed and codified. This is the s. 202. of the Ptk, which was cited above. On the other hand, the striking difference of the value of the two performances also has been kept as a ground for invalidity. This is provided in the s. 201. (2) of the Ptk., as also cited above. The basic difference of the two norms is the subjective element (the abuse of the contractual circumstances) in the concept of the usury. The wording of the Ptk draws the barriers of the usury wider, since the "striking disproportionate advantage" is not restricted to the disproportionateness of the service and the counter value, but this remains a theoretical difference. The legal practice applies to the notion of the striking disproportionate advantage the same test as the striking disproportionateness of the service and the counter-value in the s. 201. (2). There is a difference in the form of the invalidity, since the usury makes the contract null and void, while the objective inadequacy of the service and counter-service makes the contract void, but it makes no difference in the basic consequences of invalidity.²⁰

to prove that there wasn't any abuse of the situation of the aggrieved party. According to this construction the guidelines make only a presumption, that from the inadequacy of the contractual services one can follow to the abusing of the other parties' circumstances: without abusing we have to speak of an intention of giving a gift. See: Nizsalovszky Endre: *Uzsora - tévedés - forgalmi jhiszem* [Usury - mistake - good faith in market relations] (in: Jogtudományi Közlöny, 1951/5. 246.-250.O.) 247.0. One couldn't, however derive this construction from the Guidelines, which hadn't left place for the proving of the lack of abusing the circumstances (the Guidelines in fact established an uncontested presumption of the fraudulent activity of the other party). So this was only an experience of the literature to correct the Guidelines with the implication of subjective criteria.

²⁰ The difference appears mainly in the time limit of the avoidance, and the lack of the obligation for the court taking into account the ground of invalidity *ex officio*. The legal consequences in practice are the same. The fraudulent element makes a difference in the consequences, according to which in usurious contract the restitutive value should be awarded to the state, but this consequence in the practice is in fact not applied at all and surely must be revised, since this form of confiscation in private law has legal deficit from the point of view of the constitutional law. For both of null and successfully avoided contracts the main consequence is - according to the s. 237 of the Ptk. - restitution. If restitution cannot take place, the court shall declare the contract valid for the period up to the date of judgment. An invalid contract may be declared valid if the cause of invalidity can be abolished, in particular by eliminating the disproportionate advantage in the case of a usurious contract or the unreasonable disproportion between the services of the parties. In such cases, it shall be necessary to provide for the return of any services that might remain without consideration. With regard to usurious contracts, the court may cancel reimbursement in full or in part if, even in those cases in which by payments installments are permitted, the aggrieved party would find itself in dire straits. Nevertheless, the party who caused the injury shall be obliged to reimburse the aggrieved party for that part of the received services that is equivalent to the disproportionate advantage. Based on a motion filed by the public prosecutor, the court shall be entitled to award to the state the performance that is due to a party who has concluded a contract that is contrary to good morals, who has deceived or illegally threatened the other party, or who has otherwise proceeded fraudulently. In the case of a usurious contract, the performance to be returned to the party who caused the injury shall be awarded to the state. There isn't any difference e.g. from the point of view of the effect of the invalidity to the rights of third persons, who obtain the subject of the invalid contract.

2.1.2. Ideological background of the s. 201. (2) of the Ptk.

The Ptk. connects this right of avoidance to the principle of the necessity of counter-value. This has been formulated in the same section this way: unless the contract or the applicable circumstances explicitly indicate otherwise, a counter-value is due for performance set forth in the contract (Ptk. s. 201(1)). The expressed aim of the legislator was to prevent gambling, "speculation"), but - as it appears from the reasoning of the proposal of the original bill - the (relative) equality in exchange itself has been treated as a value that deserves protection. The underlying policy of the Ptk. was based on an economic system, which tries to solve the share of the socio-economic resources without market mechanisms. In such a system - also based on the relative equality of the assets - there is no room for the exploitation of competitive benefits. The equality of exchange can be treated even as a moral value, which should be protected, in an economy trying to avoid market it can be also natural.

From a practical point of view, however, the question had to be answered, that if we deny and try to avoid the market, what shall be treated as the value of a thing? Regarding the s. 201.(2) of the Ptk. the value of a thing at least in theory should have been decided according to the Marxian principle, that things have an intrinsic value, which equals the amount of the necessary work put into its production. The s. 201.(2) of the Ptk. can be treated as the legal expression the special form of circulating of the commodities and resources, which in the socialist socio-economic model prevails. With other words this *laesio enormis* like rule aimed to provide the working of the Marxian theory of value and fixes - from some aspects - its general boundaries.²¹

2.1.3. S. 201. (2) of the Ptk. in practice

2.1.3.1. Disparity between the two performances

As we mentioned above, the core of this ground for invalidity is the lack of equality in the exchange. One of the basic problems of the application of the s. 201(2) of the Ptk hides in the concept of value. To decide, whether one thing is worth more or is worth less than a certain sum, we have to express its value in money. Despite of the ideological background rooted in the Marxian economy, the court can determine the value of a thing according to its commercial value, and the Hungarian courts do this way also. In practice the court assigns an expert who states the commercial value of the subject of the contract: he simply finds out that on a given market how much certain things or services cost. There are things however, which do not have a commercial value (e.g. because of their specificity). Shall the court try to determine their values anyhow, or shall we come to the result, that it has no sense to speak of the value of a thing, which has no (comparable) commercial price?

There are very strong arguments in the literature that the lack of the commercial value precludes the applicability of the s. 201. (2) of the Ptk. It can be said that since the courts scrutinize the equality always through comparing the value stipulated in the contract with the

²¹ Benedek Károly - Világhy Miklós: *A Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban* [The Civil Code in Practice] (Budapest, 1965) 152.0.

commercial value of the thing (service), it is the precondition of the applicability of the s. 201. (2) that the thing has a commercial value. Without this it has no sense to speak about comparing and without comparability we cannot speak about difference between the agreed price and the value of the thing.

A discussion raised about this question in the literature in 1998 in civil judicial procedures in connection with the price of using two motorways built recently under concession from the state.²² The court declared the contract invalid on the ground of the s. 201.(2) of the Ptk. According to the practice of the Supreme Court, even the base of the comparison is generally the commercial value, the lack of commercial value is not an obstacle of the application of the s. 201.(2). If a certain product in the country is obtainable only from one supplier, so its price is not established under commercial pricing, on the base of the supply and demand, the court takes in account the price of that service in abroad and the amount of the costs of the supplier.²³

Some contracts, by their natures, has a character of uncertainty, the parties do not know how burdensome their obligation will be. Contracts containing special risk elements are excluded from the application of s. 201 (2), because of the impossibility of comparing the value of the performances in time of contracting. So the contracts of maintenance or life-annuity cannot be contested on the ground of the s. 201 (2).

2.1.3.2. Striking character of the disparity

As we -mentioned earlier, the disparity between the value of the promise and the promised counter-value itself is not enough ground for avoiding the contract: the disparity must be striking. The Code doesn't fix the boundary (unlike as it was in the Roman Empire and is in France by the lesion or by the s. 934. of the ABGB), above which the disparity must be held striking and doesn't give any guideline. It is the task of the courts to decide in each case, according to the circumstances of it, what disparity amounts striking. The aim of this solution is to keep the flexibility of the court practice: the legislator didn't want to tie the hands of the courts. The Supreme Court is consequent in denying the existence of a fixed boundary. It can be shown that the

²² For the exposition of the arguments see: Vekás Lajos: *Autópálya-használati szerződések és a Ptk. 201.§(2) bekezdése* [Contracts for motorway-using and the s. 201. (2) of the Ptk.] (in Magyar Jog 1998/6. 322.-327.O.) 325.O. and Kovács Kázmér: *A Ptk. 201. §(2) bekezdése védelmében* [In defense of the s. 201 (2) of the Ptk.] (in: Magyar Jog 1998/8. 403.-407.O.) In the litigation the plaintiff asked the court to his contract concluded with the motorway company to use the M1 motorway avoid on the base of the s. 201.(2) of the Ptk. The plaintiff argued, that there was a striking disparity between the charge for use and its real value. He used international comparison of motorway charges in Europe and has made a scrutiny on the profitability of the motorway company to prove that the striking disparity exist so the charge is unfairly high. One of the main arguments of the defendant was that the motorway company is not in a monopoly situation, because there is a parallel, even though slower, less safer and less environment friendly, but free possibility to use another route. There existed no other parallel motorway to make a comparison of the fees. In this situation it is impossible to assess a commercial value of the possibility of using the motorway. At the same time it was the free and conscious decision of the drivers using the motorway for even a high charge instead of taking the worse route. The concession gave the charge some special feature. The concessor had obligation to the state to pay a fee for the concession and the method of the pricing was also laid down in the concession contract. The concessor didn't infringe this pricing method. The defendant argued, that the state itself influenced the charge of the use of the motorway through the concession contract so the court cannot supervise it. The plaintiff referred to the objective criteria of the s. 201.(2) of the Ptk.

²³ It was well established also in an earlier decision (BH no. 1989/ 450).

lower courts and also the Supreme Court use some thresholds, but these leave the courts the possibility of flexible assessment of cases.²⁴

2.1.3.3. Application of subjective criteria

As we stated above, the right to avoid the contract depends on the fulfilment of objective criteria: the only conditions are the striking disparity at the time of concluding the contract without an intention of giving a gift. According to the Code there aren't any subjective element to be taken into account. The problem was that in some cases the buyers used the right of avoidance provided by the s. 201. (2) of the Ptk. in an abusive way and it was could be also connected to the practice of the courts regarding the consequences of the invalidity. As it was stated above, if it is possible, the court may chose, the abolition of the cause of invalidity instead of restitution and so to declare the contract valid (to cure the contract). They order to give a compensation of the aggrieved party (as an amendment of the contractual price) to an amount, where the disparity is not striking (not to the just price, which would be the commercial value). So in these cases by using the right of avoidance on an abusive way, the buyers promised a very high price in the bargain for the subject of the contract to be sure to get it and then they avoided the contract to recover at least partly the extra paid sum above commercial value.

To avoid these cases the Supreme Court moved to a direction to take account the subjective circumstances of the case. In the Guidelines no. PK 267. of the Supreme Court (published in 1985) it has been stated, that in case of avoiding the contract on the ground of the s. 201. (2) of the Ptk. in the course of deciding whether the disparity is striking or not, the court has to scrutinize the circumstances of the conclusion the contract, the whole content of the contract, the commercial (value-) conditions, the specialties of the given contract and the way of determining the performance and its counter-value. According to the reasoning of these guidelines the principle of certainty demands from the parties a prudent behaviour by the contracting, to consider their declaration of will in order to keep the mutual reliance in the working and remaining of the contract. It must be avoided that a party could use his right of avoidance to get rid of a later regretted obligation. The court has to apply in these cases also the principle of obligation to cooperate and the proper exercising of rights.

Some decisions also prove the movement of the Supreme Court into subjective direction in the course of application of the s. 201. of the Ptk. It has been held in a case that if the buyer consequently adheres to obtaining a certain immovable estate, taking into account the possibility, that its price can exceed its value, because of his increased concern in concluding the sale he can avoid the contract only if the disparity is extremely striking. The same principle is to apply, if the seller, who knows the real commercial value of the thing, accepts the offer of the buyer as a result of bargaining, taken off the price consciously.

The court practice excludes the right of avoidance, if the contract is a result of an auction, because the price resulting from auction itself is a competitive one, which has been created through the bids, taking into account the possibility of exceeding the commercial price.²⁵

²⁴ Under a disparity of 25% the courts generally don't invalidate the contract; from a difference of 30% the disparity is treated usually striking; in exceptional cases (see below the role of the subjective elements) the disparity is striking only above a difference of 50%. ²⁴BHno. 1994/187. ²⁵BHno. 1990/57.

²⁵ BHno. 1993/165.

2.1.3.4. Summary of court practice

If we try to summarize the development of the Hungarian court practice relating to s. 201 (2) of the Ptk., we can realize a movement in direction to taking into account subjective elements despite that the Code itself doesn't order it. The application of subjective criteria doesn't lead, however to general exclusion of the right of avoidance, but restrict its possibility: the courts in these cases declare these contracts invalid in case of a higher level of disparity. There are some types of contracts or some methods of contracting where the courts deny the right of avoidance. These are cases where - deriving from the nature of that contract - it is absolutely impossible to state the value of the performance (e.g. contracts with aleatory character), or where the pricing has been done through open competition (auction). Since the courts use the criteria of the PK. 267. in determining whether the disparity is striking or not, the text of the Code, which renders the contract invalid on the base of the striking disparity as objective criteria, ties the hands of the courts. There is only a narrow room to take into account the negligence of the parties, the speculative character of the contract, the share of bearing the risk or the knowledge of the parties about the commercial value.

2.2. Usury in the Hungarian private law

Our private law prohibits usury, the contracts in which one party gets striking disproportionate advantage by the abuse of the other party's circumstances. According to the s. 202. of the Ptk., if a contracting party has stipulated a striking disproportionate advantage at the conclusion of the contract by exploiting the other party's situation, the contract shall be null and void. The Hungarian contract law already before the 2nd World War accepted the prohibition of the abusive contracts. With the codification of the Ptk the objective usury concept of the Supreme Court - as I mentioned earlier - has been abandoned, because the legislator has found no sense in using an incontestable presumption of the fraudulent behaviour solely on the ground of striking disparity. A contract is null and void as a usurious one if the next conditions are met:

- there is a one-sided striking disproportionate advantage in the contract, and this is the result of that
- the aggrieved party was in a special situation, and
- the advantaged party exploited this special situation.

2.2.1. Striking disproportionate advantage as the condition of usury

One of the conditions of the nullity of the contract on the ground of usury is that one of the parties stipulates in the contract a striking disproportionate advantage. The notion of disproportionate advantage seems wider than the disparity of the service and counter-value, since the advantage could be manifested not only in the disparity of the price, but in any other kind of imbalance of the contractual rights and obligations. Despite of the wider concept of advantage the court practice restricts the striking disproportionate advantage to the striking disparity of the two performances (the disparity of price and value) and applies the same test for the disparity as in application of the s.

201 (2)²⁶ of the Ptk (striking disproportionateness of the two performances). This way the usury is held a special, with a subjective element supplemented version of the s. 201. (2). The lowest disparity I have found in the decisions of the latest ten years enough to

base usury was 24%.²⁷ According to the court practice the usurious character is excluded in contracts, where the value of the two performances is not capable to comparison.²⁸ The providing of a striking disproportionate advantage is enough, the realization of that is not a precondition of the invalidity.

2.2.2. Abused situation of the aggrieved party

The concept of the usury in the Ptk is more flexible than the similar category of the BOB or as it was in the earlier private law in Hungary, since it doesn't concretize those circumstances, which ones' exploitation can give the contract a usurious character. From this follows, that theoretically any kind of situation, which induce the aggrieved party to conclude a contract detrimental for him and this way it is possible to exploit it in order to get a striking advantage can serve as a ground for usury. The court practice in this respect applies also restrictive approach: in the cases the courts usually seek a deprived situation or want to see the aggrieved party in a difficulty, when they decide whether the preconditions of the usury fulfilled are or not.²⁹

Contracts concluded by enterprises are also not excluded from the applicability of the s. 202. of the Ptk., but the court practice treats it exceptional.³⁰ The inexperience of the manager of a company for instance cannot ground invalidity.³³ The usury is excluded in contracts with a speculative character: if the aggrieved party wanted to get an exceptional benefit from the contract, he cannot apply to its usurious character.³¹ The usurious character of a loan is not excluded because the aggrieved party needs the money not to cover personal necessities but for an undertaking. In these cases the court will scrutinize, whether the money should have been available on some other way or not.³²

²⁶ *A Polgári Törvénykönyv magyarázata* [Commentary to the Civil Code] (ed. by Gellért György, Budapest, 1995., 3. ed.) 549.0.

²⁷ Legf. Bir. Pf.V. 23.015/1996. sz.

²⁸ e.g. contracts of maintenance or life-annuity. Pf.VI.22 288/1993. sz., Pfv. IV. 20578/1995. sz., Pf. IV.20.468/1996. sz.

²⁹ Legf. Bir. Pfv. V. 23.015/1996. sz. (Szabolcs-Szatmár-Bereg Megyei Bíróság I.Pf.20.896/1996. sz.) See also Gf.I. 32.685/1992. sz., Pfv. IV. 22.500/1995. sz., Gf.I.33.405/1996, BH 1996/326, BH 1998/275, BH 1999/176. The formulate of the relevant situation that way, so there needs "a situation, which influences the contractual will of the aggrieved party so strongly, that he is not able to consider the weight of the possible losses" (Pf.III.22.626/1993.), is also not a perfect one. The fact, that the party knows the weight of the possible detrimental consequences doesn't exclude the usury, since he might had not a better choice than to conclude this "bad" contract.

³⁰ BH 1996/326.

³¹ Benedek Károly - Világhy Miklós: *A Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban* [The Civil Code in Practice] 139-140.0. and Legf. Bir. Pfv.II. 20.020/1996. sz.

³² Ptk Commentary 551.O. and Legf. Bir.Pfv. V. 21.399/1996. sz. moreover Gf.I. 33.898/1993

2.2.3. Exploitation of the other party's situation

From the notion of exploitation (abuse) follows, that there must be a casual link between the striking disproportionate advantage and the activity of the party causing the wrong. According to the court practice one can speak of exploitation only when the other party knows the situation of the aggrieved party and provides a striking disproportionate advantage on the base of this information.³³ The exploitation presupposes a conscious act, so the courts find the sole knowledge of the situation not enough to create usury.³⁴ The problem is that in a lot of at first sight relevant case, in contracts for loan with a very high interest the debtors and the creditors don't even meet, so it cannot be said that the creditors would know anything about the situation of the debtor.³⁵ It would seem to be better for these cases to state the abuse (so the usury) if the creditor actually didn't know the situation of the aggrieved party, but from the circumstances he should have known it.³⁶

2.2.4. Summary

The aim of the prohibition of usurious contracts in the s. 202. of the Ptk. is to protect the fairness of the bargaining process with trying to avoid contracts that are based on a situation, where the party had no real alternative than to accept a harsh bargain. The Hungarian courts follow a restrictive construction in applying the s. 202. of the Ptk. The court practice seems to be reluctant to take the subjective criteria (the abuse) loosely, the aggrieved party has to prove the actual exploitation and it succeeds only very rarely.

3. General assessment

If we try to decide, whether we need a doctrine rendering a contract invalid if there is a striking disparity between performance and counterperformance, we cannot avoid taking into account some phenomena.

The first is that the rule of *laesio enormis* in its clean, objective form had been established in the Roman Empire and also in France in order to avoid the market mechanisms in a special situation. Its aim was to deter people to sell their properties on a price, which was very low, because of the market mechanism (because of the oversupply there was a great decline in prices). Its wished effect was to restrain the working of the market principle. We have to consider, whether we need a legal instrument, which has been construed for such a purpose.³⁷

³³ Pf.IV.21.580/1996. sz.

³⁴ The courts before the 2nd World War followed the same principle.

³⁵ These debtors usually try to hide their desperate situation in order to get the money.

³⁶ Weiss E. *A szerződés érvénytelensége a polgári jogban* [The Invalidity of the Contract in the Civil Law] 280-282.o. and Világhy Miklós - Eörsi Gyula: *Magyar polgári jog* [Hungarian Civil Law] (Budapest, 1962) 373.O. és Commentary of Ptk. 552.o.

³⁷ See also: Kecskés László és munkaközössége (Kecskés László, Pokecz Kovács Attila és Rozman András): *A A szolgáltatás és ellenszolgáltatás értékaránytalansági problémái a szerződési jogban I. és II.* [The Problems

The second is that there is a demand in the society for distributive and commutative justice and one of the tasks of the modern welfare state is to provide social security and such a state must intervene, where the aims of that seem to be in danger.³⁸ We have to accept, that "the legal system therefore cannot simply stand by and enforce every contact regardless of its content (subject only to its not being in conflict with the law or public order) just because it was formed by the normal rules of offer and acceptance."³⁹ If we choose as underlying policy the providing of justice, we have to accept that there always will be a "teleological deficit," because the justice in contracts is not a concrete notion, we cannot use it as a legal concept.⁴⁰

The third is that the price/value ratio has an important "signing function": if something costs more than it is worth, there will be entrepreneurs who try to get in that market and supply the same thing at a lower price. If we control directly the prices in general, we may lose this measure, which moves the market mechanisms.⁴¹

4. Consequences and possible solutions

Even if we accept the necessity of the control of the content of the contracts, we have to avoid too strong paternalism. As we could see, in a system of an objective control of the disparity of performances, such as the s. 201 (2) of the Hungarian Ptk., the courts try to take into account subjective elements. In a system based on the subjective control of the procedure, such as the English and the German system, the courts seems to be ready in some situation to base their decisions on objective criteria (the disparity of rights and obligations). The starting point can be different, but the court practice establishes a test of combination of the subjective and the objective elements.

As far as the drafting of the Hungarian Ptk. concerns, basically four solutions could be applied.

The first is an objective rule based on the disparity of the performances, as it is now formulated in the s. 201 (2) of the Ptk. There are arguments for the providing of equality of exchange⁴² but in my opinion this rule would constrain the market mechanisms and would be a step against the court practice, which has brought the subjective test into the construction of the s. 201 (2) of the Ptk. So I think it wouldn't be a good solution.

of the Disparity of the Performance and Counterperformance in the Contract Law] (in: Magyar Jog 1999/ 2. 6S.-74. o. es 1999/3. 130.- 142.O.) 66. es 138.O.

³⁸ Hein Kotz: *Europäisches Vertragsrecht* I. 197.O.

³⁹ Konrad Zweigert - Hein Kötz: *The Introduction to Comparative Law* (3rd ed. Oxford, 1998) 332.O.

⁴⁰ The consequences of the lack of correct definition of contractual justice for us are, that we give up the openness of evaluation, since the facts, that should be only the connections between the facts and the consequences, become norms (e.g. the disparity of the performance and non-performance or the principle of efficiency). This way we lose the aims behind and its evaluation; we give up the concrete aims and provide justice according to personal status (consumer protection) and with this we infringe the principle of formal justice, according to which we should the same situation the same to treat. See: Jürgen Oechsler: *Gerechtigkeit in modernen Austauschvertrag* (Tübingen, 1997) 145.-166.O.

⁴¹ Kötz: *Europäisches Vertragsrecht* 207.o.

⁴² See James Gordley: *Equality in exchange* (in California Law Review 1981 Dec. 1587-1655.O.) or P.S. Atiyah: *Contract and fair exchange* (in University of Toronto Law Journal (1985 Winter 1-24.O.)

The second is the accepting of the disparity of performances as a ground for avoidance of the contract, but rendering to take into account subjective elements. This would be combination of an objective and subjective test. If we accept this solution, we have to decide to fix a borderline expressed in numbers or in percentage, above which the disparity relevant, or to say merely that it is relevant if it is striking. I think, the latter would provide more flexibility, which is important and which is also a good point of the s. 201 (2) today.

The third is also accepting the disparity of performances as a ground for avoidance of the contract, but with specifying exemptions, where it is not applicable. We could exclude from the applicability the contracts relating to a thing which has no commercial value, or where the claim for avoiding is based on circumstances which are risks allocated by the contract or contract law (contracts with speculative elements) or contracts where it is impossible to compare the value of performances at time of conclusion. This would not bring subjective elements to the assessment, and wouldn't provide enough flexibility for the courts. There is a danger that fixing these factors without the possibility to take into account subjective elements for the courts would leave without control situations, which should be controlled according to the underlying policy.

The fourth is to provide control for procedural fairness amended with a *laesio enormis* like rule. It seems to be closer to the market mechanisms than the objective test and with flexible court practice can achieve the same results as a subjective approach. It is also easier to find the underlying policy in providing agreements concluded voluntarily or at least within the boundaries of by the legal system tolerated economical necessities. It differs from the second solution in that according to the second alternative the mere striking disparity can be a cause of avoidance, since here the subjective element - together with the striking disparity - is also a precondition of the avoidance.

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts follow the second model. The Art. 3.10. of the UNIDROIT Principles is based on an objective test of performances, when it states that a party may avoid the contract or an individual term of it, if at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. So far they establish an objective test, but they also provide to take into account subjective criteria, when provide, that regard is to be had, among other factors, to the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and the nature and purpose of the contract (Art.3.10 (1)). From the text of the commentary appears that this provision is also a combination of the objective and the subjective assessment. The nature of the contract can make the contract avoidable also in a situation, where we cannot speak of abusing of bargaining position. This test is clearly objective, since "there are situations where an excessive advantage is unjustifiable even if the party who will benefit from it has not abused the other party's weak bargaining position."

The Principles of European Contract Law follow the fourth solution, when they provide, that a party may avoid a contract if, at the time of the conclusion it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly un-

fair or took an excessive benefit. The European Principles focus on the abusing of the weaker position of the other party rather than simply on the disparity of performances. This solution seems to be similar to the concept of usury with a difference that the German court practice focuses on the objective element of the usury, while the European Principles focus on the subjective ones.

Both seem to be enough flexible, equivalent solutions, which lead in concrete cases to the same results. If we are considering the Hungarian Ptk., the fourth solution would have the result that the control of fairness of contract were shifted to the prohibition of usury. With giving a bit more guideline to the courts this system could work properly. The second one seems to be easier to adapt, since this would be in substance the codification of the court practice led by the Guidelines of the PK. 267. We also have to consider, is it worth to keep also a subjective version of disparity of performances and the usury as different grounds for invalidity altogether or should we use only one rule which combines the two rules. The latter seems to be a better solution. For this we also have to answer, that do we want to attach differences in the consequences to void and avoidable contracts or not.

*Csaba Fenyvesi, Ph.D., Associate Professor
Pécs Faculty of Law*

LEGAL POSITION OF THE DEFENDER IN THE VIEW OF EMPIRICAL ANALYSIS

In 1998-1999, I made an empirical research in the topic in question, analysing in one part document of courts and on the other part there was a questionnaire. The aim of the research was to revise the practical use of rights and obligations of the defenders and finally to get feed-back on the reinforcement or weakness of the theory, to control my hypothesis and to receive significant data from the law-users and suspects as well, for the development and suggestions.

Summarising research - data on documents and questionnaire originated from the cases of the years 1997 – 1998 (and finalised legally) are shown in the enclosed papers.

Earlier professional works

On the basis of the research¹ of Szabóné Nagy Teréz in 1982, in 34,4% of the analysed 800 cases - in 274 cases defenders took part in the period of judgement, while in the period of investigation only 80, which meant 10%. In the hearing of the suspects, in 23 cases defenders took part, which meant 2.9%.

That time, national figures were not better. In 1982, the proportion of defenders taking part in the investigation period was 28.7%² in the percentage of the accused persons.

According to Mihály Tóth who made a research³ in 1988, in the 130 „defender” cases, chosen at random, 4/5 of suspects defended by assigned defenders remained without defence in reality, because the defenders did not take part during the procedure acts.

On the basis of national data, between 1985 – 1988 the proportion of the presence of defenders could be considered as permanent: from 100 suspects, in the cases of about

¹ Szabóné Nagy Teréz: *The investigation of offences in the practice*, Belügyi Szemle, 1983/10, page 10;

² *Information on criminal investigation*, The publication of Data Processing Group-leadership of Ministry of Interior and the Chief Prosecutor Secretariat, Budapest, 1982, page 46;

³ Mihály Tóth: *Investigation and Defence*, Hungarian Law, 1989/4, page 350;

18 appeared the need for defence. That proportion was a little bit higher than in the capital, where it was about 15%..

In the analysis⁴ of Anna Kiss in 1991 she found out that the formal defence was not realised even in 20% of criminal cases. The biggest part of the assigned defenders did not take part in the criminal procedure before the judgement.

The result of my own document-research

In 38.6% of the 1273 cases in total chosen at random there were acting defenders but it has to be said that in 165 cases, being in county's competence in first instance, the defence was an obligation. In city's competence-cases, defenders took only part in 30% of them. Nowadays, in about every third case defender takes part in Hungary and in two-third of the cases, the right to have a defender is not realised, which is guaranteed by the Constitution. It turned also out that more than half of the one-third of defenders are assigned ones. In the county's competence – cases, in general because of serious crimes - against life and health -, out of 165 defenders 158 appeared as assigned defenders.

Summarising data on empirical analysis related to defenders

Creating opinion by question form	
Requested in total: 878 persons	
Out of them:	
Judge:	66
Attorney	117
Lawyer	34
Policeman	285
Prisoner	326
Pre-arrested persons in correctional institutions	50

⁴ Anna Kiss: *The role of the defender in criminal procedure*, Kriminológia és Kriminalisztikai Tanulmányok XXVIII. Budapest, 1991. page 177 – 306;

ANALYSED DOCUMENT			
In total: 1273			
Out of them:			
Of city		1108	Of county165
fender 70.5% city's	Without de-	781	With defender492
	70.5% into		38.6% out of
	city's		total
		Out of which	
		city's	county's
		Competence	
		327 29.5% in city's	165

The hypothesis was reinforced by documents (list of participants, activity) and also by the requested law-users and prisoners according to that most of the assigned defenders could not reach the expected professional (legal-knowledge) and ethic level. That way, the persons defended by them, could not get a European standard-like effective defence, their eventual - restricted only to the courts process and really passive activity is not enough to meet the real content of defender's function. Their presence is only formal.

During the last decades, the situation has not been changed significantly, the political and legal reform could not realise the effective role of the defenders, which is a constitutional and criminal law procedure basis.

As a defender, lawyers took action exceptionally. Only one legal representative was among the defenders, acting in the 372 city's competence-cases but his/her role was also formal one. That way, the practice could not prove the necessity of the enlargement of the defenders' circle and the involvement of other persons beyond the lawyers. In our days, it is certain that a real defender's quality, with serious professional education and sense of responsibility, can only be reached by a professionally suitable circle – nowadays by the member of the Chamber of Lawyers. Further opportunities, given by Law, are unnecessary, inefficient and undesirable. I agree totally with the regulation of the new Criminal Law Procedure Act of 2003, in which it allows only to meet the post of defender by exclusive lawyers.

I met with candidates, replacing lawyers, at the stage of investigation and judicial procedure, which means that a lawyer-candidate could also take action during the investigation period against the fact that the effective law permitted it only at the judicial stage. The participation in investigation was well put into use by the practice, which was fixed by the law amendment of 1999: the lawyer-candidate is authorised to participate in the investigation process.

The two-third defender's hiatus is reinforced by the fact that suspects do not want to enjoy the possibility of asking defenders, ensured by Law, not even during the lighter-type criminal cases, falling into city's competency. Only two of suspects took that possibility. A little bit better, but unsatisfactory the 15 requests arising in the cases, falling into

county's competency in the first instance. That kind of modesty can arise from different reasons.

The reasons of suspects:

- consider the case to be unimportant;
- are absolutely convinced that there will be no need for it, can defend him/herself;
- consider it means plus costs and charges;
- don't trust in the official defenders;
- don't know this right;

The reasons of authorities:

- the valuable and understandable judicial-invitation, with regard to it, is generally missing, even if the minute was signed by the suspect;
- a member of the authority makes the suspect uncertain about that possibility and describe it unreasonable the role of the defender;

Summarising the questionnaire

The questionnaire-analysis, made in the circle of volunteer law-users in different part of the country, the judges (with 10 year-experience in general), attorneys (7 year experience in general), lawyers, policemen described the defenders' participation and the proportion of assigned defenders near to the result of the research while, especially policemen, met more not-lawyers in the practice as defenders than my research showed. The same characterise the questionnaire on number of defenders requested by suspects. Here also the policemen's experience is striking. The reason can be the fact that the last two questions targeted primary at the number of appearing and not at the frequency or proportion.

From the frequency of repeated investigations, made because of the non-use of defender's rights, and *cassations*, we can draw the conclusion towards two directions: on one hand it is a chance that this violation of law has its own consequence and on the other hand, it is not advantageous to meet nowadays also in the Hungarian criminal law-use practice that number of violation of defender's rights.

Most of the law-users consider the assigned defender's institution unsuitable, it is formal and low-supported by financial means. (According to an extreme-policeman's opinion: "An assigned defender is a disadvantage for the suspect.")

Most of the persons giving answer to the questionnaire would be pleased to get information about the reform of the institution. According to them, there is a need to raise the fee of the assigned defender and the participants should be specialised in the role of the assigned defenders. That could be realised in state-supported offices specialised in criminal procedure, together with lawyers-candidates. They should be supervised by professional chambers.

Many requested persons raised up the obligation of participation in procedure for the assigned defenders, the 'obligation of presence', its control should be also referred to the chambers.

Only in one attorney's answer can be found the suggestion that an entire and free of charge – document should be ensured for the assigned defenders and their salary should be defined according to the judges and attorneys' salaries.

According to an other questionnaire filled in by volunteer pre-arrested persons in (Kaposvár) Correctional Institution and lawfully-sentenced prisoners in other correctional institutions all over the country (Budapest, Kalocsa, Pálhalma, Pécs, Szeged), they were more who asked defenders than as to my own research. But in the meantime, because of unknown reasons, requests of one-tenth of them were not met.

The proportion of assigned and commissioned defenders was equal as in the documents.

The pre-arrested persons were not as satisfied with their assigned defenders as the prisoners. In total, there were more unsatisfied (243 persons = 65%) than satisfied persons. It means that many of them were not satisfied even with their commissioned defenders.

The raise of the importance of correctional stage is shown by the fact that 17-34% of convicted persons had some kind of contact with their defenders at that stage.

Summarising

Most of the defender's rights means obligations also for the defender because he/she is obliged to implement the defence of charged person using his/her rights. These rights are the following: participation in criminal procedure, his/her presence, without all of them, we cannot realise effective defence activity. This is true also for the preparatory procedure, especially in the actual structure. Taking into consideration the fact that in our days, the effective Hungarian criminal procedure regulation concentrates the essential work of fact-findings on the investigation period, the judicial stage repeats it only on the basis of the obligatory indirect-principle. So the preparatory procedure-stage requests the most essential defender's work. Against this finding, the empirical research shows that with regard to several decades, the number of presence of defenders during the preparatory procedure-stage remains far away from the requested level.

Table 1

Summarizing report on defenders, acted in courts of the city of Pécs and county of Baranya (on the basis of documents)

	City's court	County's court	In total
Number of cases	327	165	492
Procedure criminal	142	165	307
misdemeanours	177	-	177
special	8	-	8
Number of charged persons	441	198	639
Number of defenders	372	219	591
Lawyers	371	219	590
Legal representatives	1	-	1
Commissioned	198	61	250
Assigned	182	158	340
Who authorised the defender charged	176	52	228
relatives	13	9	22
In which period lawyer took action			
investigation	20	31	51
First instance	44	5	49
Revising, suit-renewal	3	-	3
Separated procedure	1	-	1
Special procedure	1	-	1
The charged person asked for defender against the fact that it was not obligatory	2	15	17
Withdrawal of defender's commission			
Whether after his/her assignment	1	3	4
Assigned defender: yes	5	22	27
Asking for exemption from assignment	3	12	15
Otherwise engaged	2	-	2
Charged person released	1	-	1

Fig. 1

Repartition of defenders in city's court
(Right – up) commissioned defender – 51%
(left – down) assigned defender – 49%
(right – down) legal representative – 0%

Fig. 2

Repartition of defenders in county's court
(219 defenders in 165 cases)
(left) assigned defender – 72%
(right) commissioned defender – 28%

Table 2

About the activity of defenders taking part in the cases analysed in city's and county's courts (on the basis of documents)

Number of cases / total number of cases	Was present a de- fender?		Motion		Remark	
	City's	County's	City's	County's	City's	County's
	courts					
survey	no	1	-	-	-	-
Attempt for proving	no	2	-	-	-	-
For recognition						
Presenting	No	No	-	-	-	-
Investigation on the spot	No	No	-	-	-	-
Questioning of witness	yes 40/327 (12.2%)	yes 36/165 (21.8%)	2	-	2	2
Questioning of charged person	yes 94/327 (28.7%)	yes 44/165 (27%)	5	-	10	-
bringing face to face	yes 94/327 (28.7%)	yes 32/165 (20%)	1	-	2	-
giving information on expert's report	yes 11/327 (3.36%)	yes 18/165 (19%)	2	-	3	-
document-releasing	yes 88/327 (26.9%)	yes 74/165 (45%)	4	-	6	-

Table 3

	City's Court	County's court	In total
Motion during hearing before pre-arrest	1	23	24
Asking information during house-searching, seizure and custody	-	2	2
Procedure of motion on making document-recognition			
- implementation	-	5	5
- refusal	2	1	3
- no reaction	2	5	7
Defender's complaint during investigation	3	1	4
- against 2 suspicions	denied	1	3
- against 1 seizure	accepted	-	1
repeated investigation because of no-use of defender's right	no	no	no
court-preparatory session with participation of defender			
postponing of court session because of defender's obstacle	-	1	1
Questions put to the heard person during court session	2	1	3
- in an active way			
- a few			

	10	84	94
forbidden questions from the defender	28	64	92
Judge warning calling attention to law's order			
Postponing court session because of no-showing on his/her charge	1	-	1
Defender's motion before court session	1	-	1
- referring			
- unification	1	-	1
- separating			
- exclusion	-	-	-
- hindering	-	-	-
	1	-	1
proving taken during court session in defender's presence	-	-	-
modification of charge, defender's hearing because of its enlargement	-	-	-
defender's declaration taking into minute			
defender's reply	5	2	7
success of defender's declaration, does it hit its target?	2	-	2
- yes			
- no	27	65	92
- partly	4	5	9
assigned defender applied for his/her salary (219§)	19	22	41
	7	no data	no data

Attorney's participation in pronouncing	3	5	8
Individual defender's appeal	15	24	39
- on guilty			
- on qualifying			
- on punishment	135/327 (41.28%)	165/165 (100%)	-
withdrawal of defender's appeal	30	10	40
handing in defender's appeal remark	16(53.30%)	no data	-
defender's asking for presentation-completing in second instance	2 (6.66%)	no data	-
set aside the proceedings because of non-use of defender's right	12 (40%)	no data	-
efficiency of defender's speech	1	2	3
- totally	-	1	1
- partly			
- at all	-	2	2
defender's motion for suit-renewal	-	-	-
defender's motion for revising	5	1	6
juvenile's defender	2	8	10
- commissioned defender	23	26	49
- assigned defender			
- legal representative	1	2	3
- adult relative	-	-	

- person authorised by law			
defender's motion for changing the place of pre-arrest of juvenile	2	no data	-
defender put motion on deferring accusation in juvenile-case	36	no data	-
whether the defender took part in investigation during the bringing-to-the court process	1	no data	-
	-	no data	-
	-	no data	-
defender's request for taking court session in case of neglecting the court session resolution			
	1		
defender's participation in special process	1	no data	
- on parole			
- revising force-curing method	-	-	-
- ordering afterwards protector's control			
- procedure for seizure			
- ordering afterwards the completion of suspended punishment	-	1	1
- taking them into one resolution			
- refunding			
- indemnification			
	-	-	-
participation of defender during hearing before pre-arrest	-	-	-
	-	-	-
notice was made on notification of defender			

defender spoke	1	-	1
appealed against the court's resolution	-	-	-
	6	4	10
	-	-	-
	-		-
	4	no data	-
	9	56	65
	3	16	19
	1	17	18

Table 4

Data from the analysis of questionnaire filled in by judges, attorneys and policemen

questions	judge	attorney	lawyer	policeman
Defender's participation in criminal cases according their opinion	42	40	45	26
Proportion of assigned defenders (%)	49	52	46	48
Commissioned defenders' proportion (%)	39	37	40	26
Not lawyer in defender's role (giving answer/number of cases)	62/19	117/6	34/11	285/125
Request from the charged person when presence of defenders not an obligation (giving answer/number of cases)	66/61	117/59	34/21	285/154
Repeated investigation because of violation of defender's right or cassation (giving answer/number of cases)	66/16	112/51	34/15	285/21
Defender's motion for postponing the accusation (giving answer/number of cases)	43/1	107/14	34/19	285/29

Table 5

Arrested persons' answers in connection with defenders

	Pre-arrested persons (number) (in % of total)	Convinced (number) (in % of total)	In total
Number of questioned	50	326	376
His/her possibility for calling defender: yes no	9 (18%) 37 (74%)	54 (21%) 199 (77%)	* **
His/her defender was present during the order for pre-arrest in court	23 (46%)	140 (54.4%)	163 (43%)
Those who asked for defenders	18 (36%)	151 (41%)	169 (45%)
Accomplished	13 (72%)	140 (92%)	153 (90%)
He/she had defender during investigation	42 (84%)	265 (73%)	307 (81%)
From which:			
- assigned	28 (66%)	123 (46%)	151 (49%)
- commissioned	14 (34%)	142 (54%)	156 (51%)
Defender took part during presentation of investigation-documents	23 (46%)	167 (48%)	190 (51%)
Criminal documents were at disposal of charged person or his/her defender	34 (68%)	222 (61%)	256 (68%)
Contact with defender was controlled by authority	8 (16%)	31 (8%)	*
He/she met with defender after effective resolution	-	90 (25%)	-
Being convicted, he/she addressed to defender	-	123 (34%)	-
After his/her conviction, defender took sg. in his/her interest	-	62 (17%)	-
Those who know the correctional procedure - regulations relating to defenders	-	76 (21%)	-
He / she could call defender from the correctional institution by phone *			
Yes	32 (64%)	206 (57%)	238 (63%)
No	13 (26%)	118 (32%)	131 (35%)
From persons saying yes, authority controlled communication	19 (59%)	157 (76%)	176 (74%)
Is he/she satisfied with defender's activity *			
Yes	14 (28%)	114 (32%)	128 (34%)
No	36 (27%)	207 (58%)	243 (65%)

* Where there are differences, someone did not give answer for every question;

** No sense for unification or count percentage, because these data can not be unified;

НЕКРОЛОЗИ

*Др Милош Марјановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

IN MEMORIAM

Проф. др МЛАДЕН СТОЈАНОВ
(14. 3. 1932 – 22. 2. 1999)

Рано, убрзо после пензионисања, у 67. години живота, преминуо је проф. др Младен Стојанов, некадашњи угледни професор и декан Правног факултета у Новом Саду.

У првом периоду свог живота родио се, школовао и радио на југу Баната. Родио се у Банатској Суботици (општина Бела Црква), у којој је завршио и основну школу. Гимназију је завршио у Вршцу 1952. године. Након дипломирања на групи за филозофију Филозофског факултета у Београду 1956. године радио је, најпре, као гимназијски професор у Панчеву од 1957 – 1961. године а, потом, као управник Дома културе у истом граду, од 1961 – 1963. године. На Вишој школи друштвено-политичких наука изабран је за асистента 1963. године а за професора 1964. године. У овој школи био је и директор у периоду 1. 1. 1963. – 30. 9. 1968. године. После тога био је директор Марксистичког центра, односно Центра за политичке студије Покрајинског комитета СК Војводине, до 31. 12. 1971. године.

Магистрирао је на Филозофском факултету у Београду 1968. године, на теми "Самоуправљање на пољопривредним добрима у Војводини" а докторирао на Правном факултету у Новом Саду 1971. године, одбранивши дисертацију "Пољопривредни радници у Војводини и њихов друштвени и професионални положај", и једно и друго под менторством проф. др Цветка Костића.

За предавача на Природно-математичком факултету за предмет Основи науке о друштву, односно касније Социологија, изабран је 1970. године. На предмету Општа социологија изабран је за доцента на Правном факултету у Новом Саду 1971. године а за ванредног професора 1977. године на истом факултету. На Пољопривредном факултету у Новом Саду, на предмету Социологија, најпре је реизабран у звање ванредног професора 1982. године а већ следеће, 1983. године, за

ран у звање ванредног професора 1982. године а већ следеће, 1983. године, за редовног професора. На овом факултету је и пензионисан 1997. године.

На Правном факултету у Новом Саду био је: шеф катедре, руководилац последипломских магистарских студија социолошко-правног смера (1978-1981) – када су као предавачи на курсевима трећег степена гостовали готово сви најистакнутији југословенски социолози из најзначајнијих универзитетских центара – продекан (1975-1977) и, најзад, декан (изабран 27. 6. 1977., на ту функцију именован 1. 10. 1977. а обављао ју је до 30. 9. 1979. године).

И изван Правног факултета делатност проф. др Младена Стојанова била је веома разграната и плодотворна. Обављао је многобројне партијске и синдикалне функције. Био је члан управе Југословенског удружења за социологију, Српског социолошког друштва и Удружења социолога и филозофа Војводине. Такође је био члан издавачког савета часописа "Социологија села", који под истим називом и даље излази у Загребу, и редакције "Виђења", такође југословенског рурално-социолошког часописа који излази у Београду. Један је од оснивача Института за социологију села и агроекономију на Пољопривредном факултету у Новом Саду.

Окупио је и помогао стасавању неколико генерација новосадских социолога па се може сматрати доајеном и једним од родоначелника послератне војвођанске социологије и једним од утемељивача и најзначајнијих представника послератне југословенске социологије села. На особен начин је ишчитавао сељакову мудрост, његов начин рада и живота. И академици су истицали истраживачке способности, методолошку културу, теоријску осмишљеност и заснованост истраживања проф. Стојанова и сврставали га у ред најистакнутијих истраживача села и аграра.

После његове смрти остала је велика празнина у Одбору за село САНУ јер је био један од његових најагилнијих чланова. Док му се здравље није нарушило био је један од најредовнијих и најугледнијих учесника "Сеоских дана Сретена Вукосављевића" у Пријеполу и "Власинских сусрета" у Власотинцу, такође намењених аграру и селу. Био је иницијатор и главни организатор "Врдничких сусрета" социолога села, агроекономиста, демографа, културолога, на којима се, тематски, расправљало о сеоској култури, жени, омладини, интегралном развоју села. Саопштења са овог скупа објављена су у тематским бројевима часописа Зборник Матице српске за друштвене науке. Није му се остварила жеља да се на следећим Врдничким сусретима разговара о урбанизованом селу јер су се ови сусрети, после његове смрти, угасили. Бавио се и питањима урбанизације Војводине а задужио је и Социологију рада, својим истраживањима и уџбеницима, а посебно социологију сељачких радова. За његову студију Професионализација рада у пољопривреди и положај пољопривредника (1976), Комисија за избор у звање редовног професора, којој је председавао академик Радомир Лукић, констатовала је да "представља први успешан покушај у нашој литератури да се проблеми пољопривредног рада целовитије изуче". Проф. Стојанов је закључио да се некада сваштарски сељачки рад све више демануализује и интелектуализује. Руководио је израдом социолошких студија о Челареву и Војвођанском селу на раскршћу (обе су изашле из штампе 1973. године). Написао је и у Матици српској објавио драгоцену Упутства за испитивање и проучавање села (1998).

Поштовани и уважени проф. Стојанов је издахнуо усред седнице Управног одбора Матице српске, која му је тако много значила и коју је тако много задужио. Био је члан њеног Управног одбора, секретар Одељења за друштвене науке 20 година и главни и одговорни уредник Зборника Матице српске за друштвене науке 25 година. У Матици је уредио стотинак књига и готово половину бројева овог угледног часописа (од броја 59 до двоброја 104-105). Са видним успехом промовисана је стота свеска овог реномираног часописа. Колике су биле заслуге проф. Стојанова као уредника најбоље сведочи анализа мр Триве Инђића, објављена у *Проф. Стојанов*. Проф. Стојанов је преминуо у тренуцима када се залагао да се заврши истраживачка студија о Вилову и када је припремио и у штампу предао своју крунску, синтетичку студију о сеоском колективитету. Њу заједнички треба да објаве Матица српска и Југословенски завод за социологију развоја села из Београда а после 4,5 године од ауторове смрти сазнајемо да је пред изласком из штампе његов дугогодишњи сарадник много пута сам се осведочио да је умео да мисли, да посао организује и ради стратешки, да руководи демократично, поучава стрпљиво. Није наметао своје мишљење него је сараднике подстицао, стимулисао, мотивисао да сами нађу решење, охрабривао их да сами изаберу алтернативу, да на њој буду истрајни али и одговорни за могуће консеквенце. Отишао је завек, за све неочекивано и ненадано, као што је, изгледа, својствено великим и добрим људима.

*Др Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

IN MEMORIAM

Проф. др Никола Воргић (1924-2002)

Др Никола Воргић, један од најистакнутијих наших цивилиста, професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, у два мандата декан Правног факултета у Новом Саду, адвокат у Новом Саду, после дуже болести, преминуо је у Новом Саду 13. јуна 2002. године.

Проф. Воргић је рођен 22. маја 1924. године у Сомбору. Гимназију је похађао најпре у Сомбору, а потом у Кикинди, где је матурирао 1943. године. Дипломирао је на Правном факултету у Београду 1951. године, са одличним успехом. На истом факултету је стекао докторат правних наука 1. III 1963. године, одбранивши дисертацију под насловом "Правни положај вода и законодавство ФНРЈ." Приправничку вежбу је обавио у Окружном суду и Окружном привредном суду у Зрењанину. Од краја 1953. године био је адвокатски приправник у Зрењанину. Правосудни испит је положио 1956. године. У периоду од 1957-1965. године је правни саветник у Хидросистему ДТД у Новом Саду. За (хонорарног) асистента Правног факултета у Новом Саду биран је 1960. године, а за (хонорарног) доцента (за наставни предмет увод у грађанско право и стварно право), 1963. године. Од 31. XII 1965. године је стално запослен на Правном факултету у Новом Саду. За ванредног професора за наставни предмет Грађанско процесно право, као и за Земљишно и водно право, изабран је 1965. године, а у звање редовног професора за Грађанско процесно право, 1971. године. У два мандата (1969-1973) био је декан Правног факултета у Новом Саду. После акције својевремене владајуће партије против тзв. либерала, 1973. године је морао да напусти Факултет и од тада се посветио адвокатури, одакле у пензију одлази 31. марта 1988. године. Објавио је пеко сто научних и стручних радова, књиге, чланке и расправе посвећених Грађанском процесном праву и Водном праву. Радови професора Воргића се одликују изузетном инвентивношћу, креативношћу, јасним изражавањем, убедљивошћу аргументације и повезивањем теорије и праксе.

II

Први домен научног стваралаштва професора Воргића чине радови из области главних установа Водног права, тачније стварноправних односа поводом употребе и искоришћавања вода. Може се сматрати, после Андре Ђорђевића, другим и новим утемељивачем теорије водног права. Нарочито је значајан рад из тог периода

расправа о општој употреби вода (Анали, Београд, децембар 1965) у коме разлучује тзв. употребу вода за опште, егзистенцијалне и комуникационе потребе, засновано непосредно на закону, и тзв. посебну употребу, употребу воде за привредне потребе, засновано на посебној административној дозволи. Из тог периода потичу расправе о поједини врстама посебне употребе /Прибрежно водно право (Правни живот бр. 5/1963), Приоритет у стицању и вршењу апропријативних водних права (Савремена Администрација, бр. 6-7/1963), Службеност одвођења и довођења воде – *Servitus aquaductus* (Наша законитост, бр. 7,8,9/1964)/. Бавио се и општим правним режимом вода, инструментима управљања водама (као што су водопривредна основа и водопривредна дозвола – у раду Општи правни режим водопривреде, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. V/1971), статусом каналске мреже ДТД (Годишњак Покрајинског фонда вода, бр. 2/1972). Преглед основних начела и главнијих установа водног права објављује у Водама Војводине (Годишњаку Покрајинског фонда вода, бр.3/1975), а о општем правном режиму водопривреде написао је запажени рад у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. V/1971. Систематско дело о водном праву (у коауторству са аутором ових редова) написао је за Енциклопедију имовинског права (III том, Водот право, Београд, Службени лист СФРЈ, 1978. г., стр. 743-791).

Други домен научног стваралаштва проф. Воргића је посвећен Грађанском процесном праву. У области извршног поступка објавио је неколико значајних систематских дела и расправа. (Извршни поступак, Нови Сад, Правни факултет, 1969, Извршење на новчаним тражбинама, Зборник радова правног факултета у Новом Саду, бр. IV/1970, Противљење трећих лица против извршења – Излучна тужба, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр.1/1966, Начела извршног поступка, Гласник Адвокатске коморе Војводине бр. 10/1978). Значајан је и његов коауторска књига из области арбитражног решавања спорова (Признање и извршење страних арбитражних одлука, Завод за научноистраживачки рад Правног факултета, Нови Сад, 1973). Неколико радова су посвећени појединим фундаменталним питањима ванпарничног поступка (Нека питања и проблеми у вези доношења ванпарничног поступка, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. VII/1973, стр. 13-27, Напомене о појму и природи ванпарничног поступка, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10/1974). Бројни су радови проф. Воргића посвећени појединим институтима парничног поступка, односно посебним парничним поступцима (Побијање судског поравнања, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/1967, Грађански спор и водопривредни односи, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/1966, Сметање поседа, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/1968-1969, Пресуда због изостанка и новчана накнада неимовинске штете, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 12/1970, Привремене наредбе и мере, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. VIII/1974, Мандатни поступак и преиначење тужбе, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9/1976, Начело јавности у парничном и кривичном поступку, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 11/1980, заједно са А. Маркичевићем, Престанак брака и тужба за поништај, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10/1989). Неки радови су посвећени организационим питањима правосуђа (Савезни суд и уставне промене, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 5/1988),

Војводине, бр. 5/1988), положају и улози адвокатури (Право адвоката на ускраћивање сведочења, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 3/1988). Одабрана библиографија радова проф. др. Николе Воргића је објављена у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. XXIV/1-2, стр. 35-36. Преостаје, међутим, дуговање према делу проф. Воргића да се сачини потпуна библиографија његових радова.

Познати су и радови професора Воргића посвећени привредном праву (нпр. Правни положај и статусни односи предузећа, Саветовање привредника, Суботица, 1965) као и кодификацији грађанског права (Нека начелна питања у вези цивилног кодекса, Институт за упоредно право, стенографске белешке, Београд, 1969).

Проф. Воргић је дао упечатљив и трајан теоријски допринос у домену основних института водног права. Његов рад је заснован, поред домаће доктрине и на немачкој теорији водног права. Један је од најзначајнијих домаћих аутора у тој области, респектован и у међународној научној литератури. Засновано на истанчаном теорији, дао је изузетан допринос развоју законодавства у области водопривреде. Такође, учествовао је и у изради закона и из области цивилне процедуре, нарочито ванпарничног поступка. Водном праву и водопривреди, водама Војводине је да краја свога живота је остао привржен. То показује да се крајем деведесетих година постаје један од оснивача цивилног удружења за Водно право. Проф. Воргић није престао бити научник ни у периоду бављења адвокатуре. Објавио је бројне научне радове у Гласнику Адвокатске коморе, и у другим научним и стручним часописима, критички пратећи законодавство и праксу примене права, налазећи и објављујући јасна теоријска решења у сложеним споровима са којима се сусретао у пракси примене права. Као декан Правног факултета се залагао за развој факултета, бригу о научном подмлатку, развој истраживачке делатности, за стручно и научно усавршавање наставника и сарадника у земљи и иностранству.

III

Професор Воргић је остао у сећању његових бројних студената као изузетан, бриљантан предавач. Његова предавања из Грађанског процесног права су се карактерисала истанчаним теоријским приступом повезаног са праксом примене права, те су изазивала нарочиту пажњу и интересовање студената. Едукациону делатност је проф. Воргић наставио и у периоду рада у адвокатури. Одржао је бројна, од научне и стручне јавности радо праћена и посећена предавања на Јавној Трибини Адвокатске коморе, чији је оснивач. У времену активности проф. Воргића на Правном факултету у Новом Саду захваљујући и његовој активности, започет рад на организовању последипломских студија. Његов допринос у подизању научног подмлатка је примеран и био је заснован на менторском односу сарадње са сарадницима, и на тражењу систематске припреме сарадника, давању мотивације за публикавање радова, на иницирању креативних разговора о појединим теоријским и практичним проблемима. Био је заговорник институционалне цивилистике, чистог правног приступа, готово келзенистичког.

Едукациони допринос професора Воргића остаје у његовој школи цивилистике, у сећањима својих ученика, а његов изванредан допринос науци Грађанског процесног права и Водног права је трајно забележен у његовим делима.

*Др Момчило Вукићевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

IN MEMORIAM

**Проф. др Миливоје Тркља
(1934-2003)**

**”... ЧОВЕК ЈЕ МЕРА СВИХ СТВАРИ - ОН МОЖЕ ДА БУДЕ САМО
ОНО ШТО ЈЕ САМ СТВОРИО...”**

Поштована ожалостљена породицо Тркља!
Уважене колегинице и колеге!
Тужни скупе!

С почетка лета Господњег 2003., уз искрени лични и општи пијетет и дубоку
људску тугу, **поклањамо се - овим нашим скупом - сенима и делу** почившег нам

Миливоја (Томова) Бркље, једног о доајена из круга редовних
професора Правног факултета Универзитета у Новом Саду, катедарског ми
колеге и истинског човека са великом животном мисијом и читавом
ниском њених позитивних резултата.

Започео бих, овај мој вишеслојни кратки ламент над стремљењима и
узлетима **проф. др Миливоја Тркље** мислима његовог преосвештенства *Владике
Николаја Велимировића*:

*” ...Праведни син следује свом Оцу
с поштовањем, миром и радошћу...!”*

А до тог, за човека узвишеног, тренутка почивши је прошао релативно дуг
69.годишњи *животни пут*, од *рођења* далеке 1934. године у селу Корита крај
Билећа, преко *школовања* у родном му херцеговачком крају на потезу Билећа-
Требиње и *студирања* на Београдском универзитету са узлетима иде од *дипломе*
Правног факултета – 1959., односно *доктората* са темом
”*Камата на инвестиционе кредите...*” 1965. године до успешне *научно-*
истраживачке и педагошке каријере у *Институту друштвених наука* у Београду

и педагошке каријере у Институту друштвених наука у Београду -од 1962 године, односно на Правном факултету Универзитета у Новом Саду у својствима, најпре, ванредног и, затим, редовног професора на научно-наставној дисциплини "Финансије и финансијско право" од 1976 . до 1999. године његовог пензионисања.

Кратко и мало речено, али / ценим / ипак довољно да спознамо како је, са становишта свог стручно-научног и васпитно-образовног опредељења,

проф. др Миливоје Тркља

упорно, систематски, озбиљно и успешно, својим делањем и постигнутим резултатима,

"попуњавао чудесан мозаик" свога живота који је, споменимо се мисли, Томаса Мана:

" ..сличан песми –
почетка има, има свог краја,
али једна целина није !
Онај је најсрећнији човек
Који крај свог живота
Може да повеже са / његовим / почетком..."

својим стремљењима, делањима и духовним, односно материјалним резултатима!

Стога је логична једногласна закључна оцена у, иначе позитивном, реферату за избор **проф. др Миливоја Тркље** за редовног професора Правног факултета Универзитета у Новом Саду /1980. године/, изречена од врхунских ауторитета загребачког, нишког и новосадског универзитета у домену финансија и финансијског права:

"...Најзначајнија истраживачка сазнања др Миливоја Тркље,
из области финансирања заједничких потреба на основама
слободне размене резултата рада , прихваћена су у нашој
литератури
/ овог подручја / као један од извора и ослоња за нова сазнања..."

То је оно, симболично казано, "зрно", што по народној мудрости са другим "зрнима" твори нашу актуелну финансијску / економску и правну / "погачу" коју,

између осталог, "ломи" нова генерација на ползу транзиционих реформи економског организма наше земље с почетка III миленијума.

То су, ценим, револуционарни захвати којима је својим радом и доприносима стремио и **проф. др Миливоје Тркља**, али га је животна судбина - његово фебруарско представљање Свевишњем - спречила да се сусретне и ужива плодове њихових ефеката ! Зато, нека се као својеврсни ”коментар” понови покојникова честа узречица / са којом се спомињао *Његоша* – великог нам филозофа, песника, духовног оца и владара црногорских врлети – посестрима Миливојевог родног херцеговачког крша /:

*”...Вријеме је мајсторско решето-
прочитистиће оно ове ствари...!”*

Наставио бих моје и ваше обраћање *уваженом покојнику* – овога пута - *као угледном професору Правног факултета Универзитета у Новом Саду и мом колеги* који ми је, пред пензионисање, предао ”штафетну палицу” шефа Катедре економских наука!

Уносио је поштовани **Др Миливоје Тркља** у наш вишегенерацијски професорски корпус сав свој духовни потенцијал и горштакку динамику. На широко раширене руке добродошлице и отворену душу мултинационалне, мултикултуралне и мултиконцесионалне војвођанске средине – посебног њене престонице Новог Сада / ”Српске Атине” /, он је одговорио пуним својим ангажманом и људском храброшћу родне му Херцеговине / која заједно са Црном Гором твори ”Српску Спарту” /.

Речју, схватао је и прихватао да целокупни функционално – организациони ”триангл”

/ васпитног, образовног, стручног и научног / делања у заједници: са својим питомцима – студентима, са својим колегама – професорима и сарадницима, као и са стручно-техничким особљем - пре свега, на Правном факултету и Новосадском универзитету, али и у ширем окружењу:

*”...законито почива на дијалошком односу међу људима !
Јер, сваки однос који није дијалог / читав сплет интеракција /
нужно прераста у немоћ!
А сваки однос моћи и немоћи ... ”
, како казује кинеска мудрост,
”...узрокује губитак људских слобода!..”.*

Управо у овој тачки спомена на лик и дело уваженог нам покојника – тачније поводом исказа о судбинском значају слободе за људе – започео бих зборити *о Миливоју као нашем другу, пријатељу и , надасве, човеку.*

Према својеврсном ”дијалогу мисли и исказа” :

- грчког бесмртног филозофа *Питагоре*

/ да је "...човек мера свих ствари...
да он може да буде само оно
што је сам створио...! "

- нашег нобеловца *Иве Андрића*
/ да смо "...ми људи тако саздани да само кроз другог човека
можемо потпуно осетити лепоту и величину живота-

који нам је дан.
који је у нама,
који је око нас.....!"

Миливоје је био: д у х о в н и д е о с в о ј и х с т у д е н а т а / у којима је видео своју

децу и поколења која ће све нас уздићи до нових животних висина/, а г и л н и ч л а н н а с т а в н и ч к о г и ш и р е г р а д н о г к о л е к т и в а / који је тежио и постигао афирмацију Правног факултета, односно Новосадског универзитета / нада све био је " л и к " и з н а р о д а / његовог родног краја коме се увек враћао – не само у споменима, него својом пожртвованом борбом за победу истине о његовим историјским страдањима - у биткама за слободу, у геноцидним јамама диљем херцеговачког крша, у мрежи бестидних лажи о односу Херцеговаца....!

Да закључим !

За **Проф.др Миливоја Тркљу**, истину, важи – недавно изречена – спознаја угледног модерног филозофа *Берђа Конрада* :

"...У току једног живота није немогуће преживети
различите истине - њихова надметања,
али је важно успоставити / и / њихову равнотежу !
Ако нисмо сувише слаби,
Можемо и себе сматрати ареном
У којој се остварује тај баланс...! "

Зато, нека му је лака земља радног му херцеговачког крша !

На нашим пространим војвођанским равницама, остаће и биће негован помен на лик **проф. др Миливоја Тркље** - као доктора наука, професора, колеге, друга , пријатеља и човека! – који је своју животну мисију духовног делања и стварања посветио младим нам нараштајима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

**Хвала Ти добри човече
Миливоје Тркља !**

ДИПЛОМИРАНИ СТУДЕНТИ

СПИСАК ДИПЛОМИРАНИХ СТУДЕНАТА НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ У НОВОМ САДУ ЗА 2002. ГОДИНУ

- | | |
|-------------------------|--------------------------|
| 1. Андрић Драган | 25. Глигорић Јелена |
| 2. Ацин Исидора | 26. Гојковић Сања |
| 3. Бајић Милош | 27. Голијанин Срђан |
| 4. Бандулаја Славица | 28. Давидовић Дубравка |
| 5. Башић Душан | 29. Делић Ђурђа |
| 6. Бељански Александар | 30. Дикосавић Драгица |
| 7. Беркеш Маја | 31. Добросављевић Весна |
| 8. Бешлин Владимир | 32. Дудаш Атила |
| 9. Божовић Тијана | 33. Ђимеши Анамарија |
| 10. Бокан Дејан | 34. Ђорђевић Александра |
| 11. Бркић Миодраг | 35. Ђундић Петар |
| 12. Брусин Светлана | 36. Ђураковић Милица |
| 13. Булатовић Нада | 37. Ђурђевић Богдан |
| 14. Вебер Милан | 38. Егеља Татјана |
| 15. Видицки Бранислава | 39. Живанов Марко |
| 16. Влајковић Марија | 40. Жорић Срђан |
| 17. Вујасин Ивана | 41. Заварко Арпад |
| 18. Вујасиновић Ксенија | 42. Зељковић Слађана |
| 19. Вукмировић Вања | 43. Зеџ Марко |
| 20. Вуковић Бранка | 44. Зечевић Владимир |
| 21. Вучковић Вук | 45. Зечевић Ненад |
| 22. Гвожђан Дејан | 46. Златановић Далиборка |
| 23. Герић Бојан | 47. Игњатић Данијел |
| 24. Герић Зоран | 48. Јаковљевић Срђан |

-
- | | |
|---------------------------|--------------------------|
| 49. Јањетовић Јелена | 93. Паић Мирна |
| 50. Јасић Драгана | 94. Панић Сузана |
| 51. Јовановић Олга | 95. Панчић Дарко |
| 52. Јоксовић Тијана | 96. Паравина Велимир |
| 53. Јотановић Сања | 97. Паровић Драган |
| 54. Јулинац Јелена | 98. Переги Зита |
| 55. Јурибашић Биљана | 99. Перић Дамир |
| 56. Јурић Драгана | 100. Перишић Мирјана |
| 57. Каимировић Биљана | 101. Перовић Вера |
| 58. Калачевић Тамара | 102. Петковић Слободанка |
| 59. Караћ Милан | 103. Пјешчић Петар |
| 60. Ковачевић Александар | 104. Поповић Предраг |
| 61. Ковачевић Давор | 105. Поповић Растко |
| 62. Ковачевић Никола | 106. Првуловић Јелена |
| 63. Козомора Марија | 107. Продановић Јелена |
| 64. Козомора Милана | 108. Пудар Миленко |
| 65. Коњовић Ксенија | 109. Пушара Милица |
| 66. Купусинац Владимир | 110. Радаковић Милорад |
| 67. Лабади Рожа | 111. Радивојевић Јелена |
| 68. Лазић Биљана | 112. Радованчев Миленко |
| 69. Лакић Срђан | 113. Ракић Мирослав |
| 70. Лончаревић Александра | 114. Ракић Светлана |
| 71. Љиљак Ана | 115. Ралетић Софија |
| 72. Љубичић Данијела | 116. Раљић Маја |
| 73. Љуковчанин Наташа | 117. Репаја Велибор |
| 74. Мандић Ивана | 118. Ристић Бојана |
| 75. Манић Александар | 119. Рудовић Ана |
| 76. Маринковић Јелена | 120. Савић Андријана |
| 77. Марић Рајко | 121. Савић Бранислав |
| 78. Марјански Владимир | 122. Савчић Јелена |
| 79. Маројевић Павле | 123. Сакал Габриела |
| 80. Мацура Аљона | 124. Салај Тамара |
| 81. Мелвингер Татјана | 125. Салак Марија |
| 82. Милаш Милица | 126. Самарџија Софија |
| 83. Миловић Ивана | 127. Сарић Борис |
| 84. Милошевић Дејана | 128. Симин Владимир |
| 85. Миљановић Марко | 129. Симић Миодраг |
| 86. Миљевић Александра | 130. Симић Снежана |
| 87. Миолски Ивана | 131. Сич Балаж |
| 88. Михајловић Горан | 132. Скокин Ивана |
| 89. Мољац Александар | 133. Смиљанић Светлана |
| 90. Недељковић Душица | 134. Сокић Јелена |
| 91. Николетић Милан | 135. Тадић Биљана |
| 92. Новаковић Јелена | 136. Тесла Дејан |

137. Томић Владимир
138. Трипковић Бошко
139. Ћирић Анита
140. Хорват Ендре
141. Хорват Тибор
142. Цвејић Славица
143. Црнковић Саша
144. Чачић Тања
145. Чегар Милосав
146. Цигурски Тамара
147. Шимић Иво
148. Шобић Сања
149. Штрбац Данијела

2002. година СУП

1. Адамовић Тања
2. Багић Војна
3. Бирманчев Горан
4. Богдановић Милутин
5. Влах Милан

6. Вучинић Ђорђе
7. Давидовић Наташа
8. Ђукановић Весна
9. Ђурић Александра
10. Игић Богдан
11. Каралић Биљана
12. Кузманчев Бранимир
13. Миленковић Владимир
14. Обрадовић Снежана
15. Обрадовић Љубица
16. Ристић Мирослав
17. Срдановић Саша
18. Стевановић Данијела
19. Травар Ристо
20. Француски Вања
21. Ченејац Томислав

2002. година ППС

1. Абут Слободан
2. Илић Сања
