

6-352

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**XXXVIII - XXXIX**



**Ниш, 1998 - 1999. г.**

## **ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

© Правни факултет, Ниш 1999.

### **Редакциони одбор:**

Проф. др Милорад Рочкомановић  
Проф. др Слободанка Константиновић-Вилић  
Проф. др Драган Чорбић  
Доц. др Милева Анђелковић  
Асс. Предраг Цветковић

### **Главни и одговорни уредник:**

Проф. др Милорад Рочкомановић

### **Превод:**

Вилотије Ристић, проф. француског језика

### **Компјутерска обрада текста:**

Никола Илијев

### **Штампа:**

Vona fides Ниш

Тираж: 300

### **ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ**

**Правног факултета у Нишу**  
**18000 Ниш Трг ВЈ 11 п. ф. 122**

**Тел: (018) 523-545, 523-967**

**e-mail: pravni@prafak. prafak. ni. ac. yu**

**www. prafak. ni. ac. yu**

1	Др Стеван Лилић Легитимитет управног деловања и право Европске уније.....	11	1
2	Др Мила Јовановић Неки аспекти статуса жене по закону хii таблица.....	29	2
3	Мр Наташа Стојановић Крвни сродници оставиоца као наследници првог законског наследног реда.....	55	3
4	Dr Michael Geistlinger Правни статус косова према резолуцији 1244 (1999) Савета безбедности УН.....	69	4
5	Др Дара Б. Миленовић Уговор о банкарском новчаном депозиту.....	79	5
6	Др Милорад Рочкомановић Fraus legis у теорији и пракси међународног приватног права Француске.....	87	6
7	Др Мирса Мијачић Morbus HIV, дискриминација и накнада нематеријалне штете.....	101	7
8	Др Невена Петрушић Спорови у правним односима и медијација.....	113	8
9	Др Љубица Николић Организација савремених берзи.....	131	9
10	Мр Мира Симовић О хијерархији правних норми.....	147	10
11	Мр Срђан Голубовић Независност Централне банке у земљама Централне и Источне Европе.....	157	11
12	Мр Саша Кнежевић Везаност пресуде оптужбом.....	169	12
13	Мр Сузана Медар Структура правне норме по Хансу Келзену.....	181	13
14	Мр Видоје Спасић Морална права аутора и интернет.....	195	14
15	Предраг Цветковић Унификација општег дела међународног привредног уговорног права.....	209	15
16	Горан Обрадовић Радна обавеза у функцији одбране земље.....	225	16
A	Библиографија монографских и серијских публикација Правног Факултета у Нишу.....	239	A
B	<i>In memoriam</i> .....	247	B



## **БЕСЕДА ДЕКАНА**

**проф. др Војислава Ђурђића**  
**поводом пријема нове генерације**  
**студената шк. 1998/99**

**Поштоване колегинице и колеге,  
Уважени гости,  
Даме и господо,**

Част ми је и велико задовољство да поздравим нову, 40. генерацију студената Правног факултета у Нишу, у име Деканата и свих професора, асистената и ненаставних радника Факултета.

Честитам вам почетак ваше прве школске године, са жељом да се, током свих предстојећих година студирања, лепо и пријатно осећате у овом дому правне науке, у овој нашој, а од данас и вашој кући.

Поздраљам господина проректора професора др Слободана Миленковића, и захваљујем што је, као изасланик ректора Универзитета у Нишу, својим присуством увеличао свечани почетак школске године на нашем факултету.

Речи добродошлице упућујем и председницима Окружног, Општинског и Војног суда, јавним тужиоцима Окружног, Општинског и Војног тужилаштва, колегама из Правобранилаштва, Секретаријата унутрашњих послова и других државних органа, директори-ма реномираних предузећа и управницима установа у нашем граду, а са једнаким уважавањем и свим другим, нама драгим гостима, пријатељима Правног факултета у Нишу, посленицима или поштоваоцима правне науке и правне струке. Захваљујем вам што сте се одазвали нашем позиву и, упркос бројним обавезама, нашли времена да својим присуством увеличате ову нашу свечаност.

Пријем нове генерације студената и, уједно, почетак школске године традиционално је на Правном факултету у Нишу једна од наших највећих свечаности. И данас, као и 39

пута до сада, овде нас је окупила једна заједничка жеља: да пожелимо добродошлицу и срећан почетак студирања нашим најмлађим колегиницама и колегама, нашим драгим бруцошима. У овим клупама данас седе будући правни стручњаци, будућа интелектуална елита нашег друштва, која ће, уверен сам, пронети славу овог Факултета кроз свет права и правне праксе.

### **Драге колегинице и колеге,**

Кућа која вам је данас широко отворила своја врата, пажљиво је негован и развијан дом правне науке и културе. Скоро четири пуне деценије континуираног научног и наставног рада више од стотине научних прегалаца, уграђено је у темеље ове куће, из које је до сада изашло и виноло се у духовну и правну стварност 4. 558 дипломираних правника, преко 4. 300 правника, 44 специјалисте правних наука, 83 магистра и 32 доктора правних наука. Ваша генерација је само једна од карика у непрегледном ланцу оних који су у овој кући стекли правничко образовање и пронели славу овог Факултета.

Ви сте, драги бруцоши, својим досадашњим школовањем и радом изборили право да данас закорачите у непрегледна пространства права, те величанствене мисаоне творевине људског ума која обезбеђује складан заједнички живот људи и са којом почиње историја цивилизације.

Као што само право не чине само законске норме, назване официјелно право, већ и интуитивне норме, тзв. неофицијелно право, тако ни правну науку не чини само догматика права.

Ви ћете, студирајући право, изучавати низ апстрактних правних дисциплина, као што су теорија државе и права и филозофија права. Изучавајући их, упознаћете се са основним правним начелима и структуром правног система, са статиком и динамиком правне норме. Проникнућете у интегрални појам и аутентични садржај правне државе, у принципе легалитета и легитимитета, у идејна и цивилизацијска упоришта и јемства правне државе и изворне вредности права. Упознаћете се, такође, и са основним правним вредностима, као што су правда и правичност, правна сигурност и правна стабилност. Открићете зашто је смисао и суштина права да служи правди, а не пукој сврсисходности, зашто је право на једнакост истовремено и право на различитост. На тај начин сазнаћете који су то услови неопходни да правна држава од идеје постане конкретно правно искуство, какво треба да буде право да не би било неправно и које су гаранције неопходне да се владавина права не одметне у владавину правом.

Знања из историја државе и права и римског права помоћиће вам да се упознате са развојем правних установа у различитим државама и у разним временима. Упознаћете се са правилима која су стварале велике цивилизације Вавилона, Јудеје, Египта, Грчке, старог Рима и Византије. Упознаћете и богато историјско, правничко и културно наслеђе народа који живе на нашим просторима, величанствене споменике наше богате правне баштине, какав је, нпр. , Номоканон или наш чувени Душанов законик.

Економске, социолошке и политиколошке науке пружиће вам могућност да разумете амбијент у коме право настаје и у коме се примењује. Стечена сазнања омогућиће вам да разумете основне закономерности постојања и кретања друштва, да проникнете у саму суштину правила по којима човек живи и по којима се заједница управља.

У току студирања изучаваћете и правну догматику, важеће, позитивно право. Упознаћете се са уставним и управним правом, са грађанским и трговачким правом, са различитим дисциплинама међународног права. Проучићете и различите гране про-

цесног права, те инструменте за остваривање и заштиту права, механизме кроз које право потврђује своју моралност и без којих би оно било само фикција, апстракција без реалне садржине.

Студирање позитивно-правних дисциплина није просто меморисање правних правила, како то лаици и неупућени понекад погрешно верују. Позитивно право не чине само законске норме. Правила која чине правни поредак нису садржана само у законима, нити правни поредак чине само општа правила понашања. Правни поредак је симбиоза нормативног и фактичког, јер закон је само могућност, хтење, мисао, а не стварност. То је беочуг који повезује два суштински различита али нераздвојна елемента цивилизованог света - људско понашање и норму која то понашање регулише. Треба увек имати на уму да се у часу доношења сваки закон одваја од свог творца и почиње свој самостални живот кроз појединачне правне акте који га нијансирају, сужавају, проширују, чинећи га, често, мудријим и од самог законодавца. Изучавањем позитивног права, ви ћете сазнати како правне установе и правни институти изгледају у правној стварности. Откривена тајна логичког и критичког правничког мишљења омогућиће вам да међу законским нормама непогрешиво препознате оне анахроне, неистините, неправилне и нелогичне, оне које су израз правне деструкције, а не дело ваљане правне конструкције.

Студирајући, спознаћете колика је моћ али и немоћ права, унутрашњег или међународног. Кад је реч о међународном поретку, и сами смо, нажалост доживели његову немоћ за време ваздушних напада НАТО алијансе на нашу земљу. Дезавуишући Савет Безбедности и предузимајући ратне операције према СРЈ без одлуке и изричитог одобрења Савета безбедности, чланице НАТО савеза грубо су повредиле одредбе главе VIII Повеље УН и неосновано присвојиле право да самовљно и арбитрерно одлучују о употреби силе. Жалосно је да се међу државама агресорима налазе и три стална члана Савета безбедности, на којима, према слову Повеље, лежи посебна одговорност за очување светског мира.

Узимајући "правду" у своје руке, чланице НАТО алијансе грубо су погизале и свој Оснивачки уговор, којим је ова Организација дефинисана као одбрамбени савез, чије је подручје деловања строго ограничено на територију држава чланица, и то само у случају спољног оружаног напада на неку од чланица. Будући да СР Југославија ничим није угрозила територију ниједне државе чланице НАТО савеза, употреба војне силе према СР Југославији лишена је сваког правног основа.

Надајмо се да ће трећи миленијум отворити нову страницу у историји међународних односа и означити почетак истинске равноправности свих народа и држава, независно од њихове величине и моћи, уз пуну толеранцију и поштовање основних начела међународног правног потретка, а надасве основних људских права и слобода.

Уверен да ће ова генерација студирати у миру, разгранати систем права изучаваће у оквиру наставног плана који чине 7 предмета на првој, 6 на другој, 8 на трећој и 9 на четвртој години. За стицање основних знања из ових предмета, наши професори припремили су и објавили одговарајуће уџбенике, дела високе научне вредности, у која су уграђена најсавременија достигнућа правне науке.

Да бисте успешно студирали, потрудили смо се да обезбедимо што боље услове који ће вам, надам се, омогућити да за четири године, колико студије права трају, стекнете стандардно правничко образовање.

На располагању вам је библиотека са преко 24. 000 књига и 71. 000 домаћих и страних часописа, ризница знања и научних достигнућа хиљаде и хиљаде научних посленика. Чека вас и савремено опремљена читаоница намењена само вама. На првом спрату налази се наш рачунско-информативни центар са моћним компјутерима укљученим у Академску мрежу Србије, који ће вам омогућити приступ у све светске информативне системе и базе података, без којих је данас незамисливо модерно правничко образовање.

Због вас су на Факултету и 52 наставника и сарадника, врхунска експерата у својим научним областима. Они су спремни да вам посвете своју пажњу и своје време, како би вам помогли у савлађивању програма правних студија. Они су ту да вам отворе хоризонте правничког знања, да усмере и подстакну ваше "освајање" несагледивих и још непознатих простора сазнања.

Опредељујући се за студије права, драге колегинице и колеге, изабрали сте племенит, узвишен, али и изузетно одговоран и тежак позив. У својој практичној правничкој делатности, као судије, адвокати, нотари, државници, дипломате, научници, стручњаци и правни посленици, ви ћете бити они од којих ће највише зависити брзина изградње хуманог, модерног и отвореног друштва, друштва гарантованих слобода и стабилне демократије, друштва заснованог на поштовању људских права и слобода, на једнакости, правди и правичности. Правна држава (или владавина права) као образац људске правде није нигде и никада изграђена онако како је замишљена, али то не одузима смисао потражи за бољом и најбољом државом. Напори које ћемо сви на том плану чинити једина су залога да неће бити напуштене главне цивилизацијске тековине хуманистичких стремљења из којих је и због којих је правна држава и настала.

Пут који морате прећи да бисте се ваљано припремили за свој будући позив, није нимало лак. То, међутим, не значи да се треба затворити у свет књига и библиотека. Нађите времена и за позориште, за добар концерт и добар филм, дружите се и забављајте са својим вршњацима. Пронађите себе у неком од студенстких клубова и организација, у Спортском друштву, Европском удружења студената правних факултета, у Клубу љубитеља историје...

### **Драги бруцоши, већ сада поштовани академски грађани,**

Уверен сам да ћете пут ка стручним звањима и, надам се, научним титулама, на који сте данас закорачили, успешно и савладати. Сви ми желимо да вас на том путу прати срећа и добро здравље. Честитајући вам почетак школске године, ја вас још једном најсрдачније поздрављам.



**ЗБОРНИК**  
**XXXVIII - XXXIX**

---

**ИЗВОРНИ  
ЧЛАНЦИ**



Др СТЕВАН ЛИЛИЋ

**ЛЕГИТИМИТЕТ УПРАВНОГ  
ДЕЛОВАЊА И ПРАВО  
ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

**1**

### Апстракт

Чланак, пре свега, показује да делатност државне управе не постаје легитимна (оправдана) самим тим што се та делатност врши на легалан начин. Јер управа престаје да буде слушкиња унапред постављеног правног поретка и постаје један од најзначајнијих покретача управних токова. Управа, како је устврдио још Leon Digi (1859-1928), а чија гледишта дели и низ наших савремених теоретичара управног права (Стјепано-вић, Денковић, Поповић), све више постају јавна служба, то јест организација пружања јавних услуга. Том преображају државне управе највише, међутим, одговара њено поимање као система за социјалну регулацију. На крају, чланак отвара питање односа легитимитета управног деловања и права Европске уније у вези са све већим усклађивањем управних права појединих држава чланица с правом Уније.

Кључне речи: легитимитет, управно деловање, право Европске уније

Др СТЕВАН ЛИЛИЋ\*

## ЛЕГИТИМИТЕТ УПРАВНОГ ДЕЛОВАЊА И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

### I Управа и подела власти

Модерна мисао о потреби раздвајања управљања од владања јавља се почетком 19. века са идејом да “владање људима треба да буде замењено управљањем стварима”.<sup>1</sup> Идеја да управљање треба да замени владање, посебно се уобличава у солидаристичким концепцијама социјал-функционалиста почетком 20. века о управи као вршиоцу управне делатности и јавних служби. Према овом становишту, из којег је произашла и савремена концепција о управи као инструменту социјалне регулације, управа више није (и не може бити) део државе као организације са тзв. монополном физичке силе и принуде у рукама владајуће класе, како се то донедавно и код нас истицало.

Подела власти је организационо начело на коме почивају савремени правни и политички системи власти. Модерну концепцију о подели власти први је формулисао енглески политички и правни филозоф Џон Лок (John Locke, 1632-1704) у делу *Две расправе о влади* (*Two Treatises on Government*) из 1689-90. године<sup>2</sup>, а разрадио француски политички мислилац Шарл Монтескје (Charles Montesquieu, 1689-1755) у делу *О духу закона* (*De l'Esprit des lois*), које је објављено 1748. године.<sup>3</sup> Према овом становишту, када исто лице (човек или орган): ...сједини у својим рукама и законодавну власт и управну, слобода је немогућа, пошто у праву нико не може бити ограничен својом властитом вољом него туђом.<sup>4</sup>

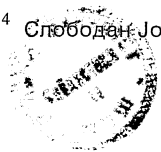
\* Редовни професор Правног факултета у Београду.

<sup>1</sup> Claude-Henri de Saint-Simon, *Катекизам индустријалаца*, Избор из дјела, Загреб, 1979, с. 206-231.

<sup>2</sup> Упореди: Џон Лок, *Две расправе о влади*, Београд, 1978; Коста Чавошки: *Политичка филозофија Џона Лока*, Филозофске студије, бр. В, 1974, с. 107-224.

<sup>3</sup> Упореди: Џон Лок, *Две расправе о влади*, Београд, 1989; Радомир Лукућ: *Монтескјеова политичка теорија*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, 1955, с. 119-134, и др.

<sup>4</sup> Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд, 1914, с. 191-192.



У оквиру концепције о подели власти, као посебно јавља се и питање разграничења између извршне и управне власти. Уопште узев, питања у вези са проблематиком извршне власти су историјски и компаративно многобројна и комплексна.<sup>5</sup>

Традиционално се у системима поделе власти подразумева да је извршна власт (егзекутива) грана државне власти којој је поверена функција извршавања закона донетих од стране органа законодавне власти (парламента). Међутим, проблем настаје због тога што, логички посматрано, извршна функција (као активност извршења закона) подразумева како доношење подзаконских аката (нпр. уредбе), тако и доношење појединачних аката. С обзиром да појединачни акти могу бити судски (пресуде) и управни (решење), произилази да извршна функција у себи обухвата и судску и управну функцију. Због тога се уводи допунско мерило разграничења, које судску и управну функцију разграничава према органима који их врше. Другим речима, судску функцију врше судови<sup>6</sup>, а управну органи управе. Оно што, међутим, остаје неразграничено јесте разлика између извршне и управне функције. Заправо, према овом традиционалном становишту, није могуће утврдити суштинску разлику између извршне и управне функције, па се узима да разлика и не постоји. Типична илустрација овог приступа је становиште чувеног аустријског правног теоретичара, творца тзв. чисте теорије права, Ханса Келзена (1881-1973), који истиче да ...законодавство (оно што се у римском праву зове "*legis latio*") представља стварање закона (*leges*). Међутим, када се говори о "извршењу" мора се тачно знати шта се извршава, пошто опште правне норме извршава не само извршна власт, већ и судска. Разлика је само у томе што се ...у једном случају извршење општих правних норми поверава судовима, а у другом, тзв. извршним, односно управним (административним) органима...<sup>7</sup>.

Међутим, за разлику од овог традиционалног става, данас се посебно истиче да се функције извршне и управне власти не могу у потпуности изједначити, с обзиром да се извршна власт данас не бави само извршавањем закона, него и формулисањем политике<sup>8</sup>, односно доношењем најважнијих, тзв. стратегијских политичких одлука. То значи да извршна власт није више само функција извршења закона, већ и посебан центар политичке моћи и одлучивања.<sup>9</sup> Слично становиште имају и наши аутори који полазе од тзв. класне суштине државе и права при одређивању теоријског појма извршне власти који истичу да је: "Извршна власт главна полуга државне власти (...) Њено политичко првенство над другим властима заснива се не само као на њеним унутрашњим својствима, чак не ни претежно на овим својствима, већ на чињеници концентрације класних интереса владајуће класе у друштвеном носиоцу извршне власти. Отуда извршна власт служи као моћно оружје за очување класног поретка, за учвршћење владавине владајуће класе."<sup>10</sup>

Полазећи од ових околности, извршну и управну функцију могуће је и садржински разграничити, с обзиром да извршна функција све више подразумева вођење политике (посебно изражено у овлашћењу владе да предлаже парламенту законе), док управна функција обухвата доношење управних одлука које имају за циљ свакодневно оперативно извршавање конкретних задатака који се пред државу постављају.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Упореди: Ратко Марковић, *Извршна власт*, Београд, 1980; Славољуб Поповић, *Органи извршне власти, Упоредни политички системи*, Београд, 1983, с. 290-295, и др.

<sup>6</sup> Упореди: Martin Shapiro, *Courts - A Comparative Political Analysis*, Chicago, 1981.

<sup>7</sup> Ханс Келзен: *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951, с. 138.

<sup>8</sup> Упореди: Слободан Јовановић, *Поратна држава*, Београд, 1936, и др.

<sup>9</sup> Енциклопедија политичке културе, *Извршна власт*, Београд, 1993, с. 451

<sup>10</sup> Ратко Марковић, *Извршна власт*, Београд, 1980, с. 233, 243.

<sup>11</sup> Иво Крбек, *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1950, с. 78, и др.

## II Државна управа

Теоријски појам државне управе, који је настао у Немачкој у другој половини 19. века, полази од затворене и апстрактне мисаоне конструкције на основама легалистичког позитивизма и нормативистичке догматике. Овај приступ појму управе у теоријском смислу конструише као тзв. функцију државне управе која се своди на ауторитативно извршавање закона путем доношења “управних аката” као појединачних аката власти и вршењем “управних радњи” као материјалних радњи принуде. Творац овог становишта је познати немачки правни мислилац Georg Jelinek (1851-1911).<sup>12</sup>

Теоријски концепт државне управе (у Немачкој и другим развијеним европским земљама напуштен је као превазиђен још пре више од пола века) стављен у контекст тзв. класне суштине државе и права, међутим, нарочито долази до изражаја крајем тридесетих, а пуни замах добија током четрдесетих и педесетих година овога века у Совјетском Савезу и другим социјалистичким земљама.<sup>13</sup> Према овом становишту, које код нас већ више деценија упорно заступа академик професор Радомир Д. Лукић, држава се своди на “...организацију владајуће класе за заштиту класних интереса путем монопола физичке силе...”<sup>14</sup>, док се вршење управе своди, како су то истицали совјетски аутори чији су се уџбеници и код нас користили, на “...прикупљање пореза, политичку репресију (прогонства и изгнанства, хапшења), управљање војском и организацију шпијунаже и контрашпијунаже, заштиту друштвеног поретка и државне безбедности тсл.”<sup>15</sup> Од теоријског становишта у одређивању појма управе као вршења ауторитативних активности заповедања и принуде полазе и поједини наши аутори управног права, посебно Павле Димитријевић и Ратко Марковић<sup>16</sup>, Зоран Томић<sup>17</sup> и други<sup>18</sup>.

Слободан Јовановић (1869-1958), међутим, показао је још почетком овог века да се држава не може свести на организацију за примену физичке силе и принуде. Тако, ...теорија која државу узима као силу, полази од тога да сваки има онолико права колико и силе. Уместо да решава проблем о оправдању државе, ова га теорија просто одриче, пошто узима да употреби силе не треба никаквог оправдања, ако је само употребљена сила довољно велика. С једне стране, држави не треба никакво право на употребу силе, пошто је држава јача од оних над којима врши принуду. С друге стране,

<sup>12</sup> Упореди: Georg Jelinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1914.

<sup>13</sup> Упореди: Hugh Collins, *Marxism and Law*, Oxford, 1982; J. Stalin, *Foundations of Leninism* (1924), London, 1940.

<sup>14</sup> Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Београд, 1973, с. 56. Осим тога, упореди: Радомир Лукић, *Теорија државе и права I*, Београд, 1956, с. 127: “Држава је организација с монополем физичког насиља” и Радомир Лукић, *Увод у право*, Београд, 1993, с. 43: “Зато државу можемо најкраће да дефинишемо као организацију која има најјачи апарат за физичку принуду у датом друштву, или краће, као организацију с монополем за физичку принуду”.

<sup>15</sup> А. И. Денисов, *Основи марксистичко-лењинистичке теорије државе и права*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1949, с. 165.

<sup>16</sup> Павле Димитријевић, Ратко Марковић, *Управно право I*, Београд, 1986.

<sup>17</sup> Зоран Томић, *Управно право*, Београд, 1991.

<sup>18</sup> Упореди: Драган Милков, *Управно право (управна делатност)*, Београд, 1988; Невенка Бачанин, *Теорија управног права*, Београд, 1994, и др.

баш зато што је јача, она има право на употребу силе. На основу своје силе, држава би имала право заповедања својим поданицима само догле, докле би била у стању покорност својих поданика, и без икаква права, простом силом изнудити. Теорија о праву јачег немоћна је да докаже претварање силе у право, пошто и по тој теорији сила не може имати трајнијег дејства од онога који би и иначе, лишена правног обележја, имала...<sup>19</sup>.

Концепт правне државе (*Rechtsstaat*) и принцип владавине права (*Rule of Law*) велике су тековине европске и светске цивилизације.<sup>20</sup> У односу на управу, посебан значај правне државе је у томе што обезбеђује легалитет (законитост) управних одлука. Без правне државе незамислив је и сваки савремени управни систем.

Као творевина 19. века, концепт правне државе подразумева нормативистички модел уређења друштвених односа, према којем се правним нормама, оличеним у законима и другим општим подзаконским актима (нпр. уредбама, наредбама и правилницима), прописују правила друштвеног понашања. На основу општих правних норми, доносе се појединачне правне норме оличене у појединачним правним актима (нпр. пресудама судова и решењима органа управе), које непосредно утичу на понашање људи.

Међутим, концепт правне државе у свом изворном виду, који подразумева да је неки поступак власти оправдан самим тим што је легалан, тј. у складу са неким прописом, данас не би могао бити остварен без велике опасности по опште демократске тековине.<sup>21</sup> Из тих разлога, довољно је само споменути нацистичке и расистичке режиме. Остваривање концепта правне државе данас не може представљати циљ, већ само нужну претпоставку за владавину права, остваривање уставности и законитости, правде и правичности.<sup>22</sup> За разлику од овог првобитног концепта правне државе, савремене концепције полазе од тога да је у вршењу власти држави, осим легалитета, неопходан и легитимитет, тј. оправданост њеног деловања у сваком конкретном случају. Према томе, неки поступак (нпр. доношење закона, уредбе или појединачног акта) не постаје легитиман самим тим што га је спровела држава или неки њен орган, већ се оправданост сваког конкретног поступка или акта мора ценити и на основу оправданости његове садржине.

У односу на управу, то значи да и делатност управе не постаје легитимна (оправдана) самим тим што је управа врши на легалан начин. Из тих разлога, данас се сматра да концепт легалитета управне власти мора уступити место концепту легитимитета (оправданости) управног деловања. Како се истиче, легитимитет власти не може се више тражити у њеном настанку, већ у њеном делању. Овај обрнути ред посматрања не само да ставља под велику сумњу традиционална правна становишта по питању односа права и управе, већ у значајној мери мења општи поглед на управу. У том смислу: "...управа престаје бити само слушкиња унапред постављеног правног поретка и постаје покретач друштвених токова, у оквиру којих заузима значајно, ако не и најзначајније место..."<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Београд, 1914, с. 25-25.

<sup>20</sup> Упореди: Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freedman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London, 1985.

<sup>21</sup> Упореди: *Темељи модерне демократије - Избор декларација и повеља о људским правима* (1215-1989), Београд, 1989, и др.

<sup>22</sup> Упореди: Миливоје Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939; Данило Баста, Diter Miler, *Правна држава - порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991; Владан Василијевић (уредник), *Правна држава*, Београд, 1990, и др.

<sup>23</sup> Serge Alain Mescheriakoff, *The Vagaries of Administrative Legitimacy*, *International Review of Administrative Science*, vol. 56, no. 2, 1990, с. 309.



### III Управа као јавна служба

Насупрот “државном” и “класном” моделу управе, модели управе који данас преовлађују у развијеним земљама (посебно европским), произилазе из концепције социјалне функције државе и управе и њихове улоге у остваривању опште друштвене добробити (*bono publico*). Концепт социјалне функције, односно друштвене улоге управе, полази од тога да се вршење управних активности државе не може свести искључиво на вршење државне власти (у смислу издавања заповести и вршења радњи принуде према својим поданицима), већ да вршење управних активности, пре свега, подразумева вршење јавних служби, као активности којима се стварају и обезбеђују услови који су неопходни грађанима за њихов свакодневни живот и рад и које доприносе општем развоју и напретку друштва као целине.

Према овом становишту, чији је творац чувени француски правни мислилац Leon Digi (1859-1928), у условима савременог материјалног и културног друштвеног развоја, државна јавна власт се трансформише у јавну службу, са задатком да обезбеди услове који су неопходни за развој и напредак друштва у области образовања, социјалне политике, здравствене заштите, научних истраживања, заштите природе, привредног развоја и др.<sup>24</sup>

Полазећи од тога, у теорији и пракси развијених земаља данас се посебно истиче да је савремени концепт управе која пружа јавне услуге проистекао из схватања државе као организације чија је социјална функција вршење јавних служби. Тако, “...савремени уставни и управни системи почивају на концепту државе као организације која пружа јавне услуге...”<sup>25</sup> Од овог теоријског становишта у одређивању појма управе полазе и наши познати аутори који се баве управним правом, посебно Лазо Костић<sup>26</sup>, Михаило Илић (1919-1944)<sup>27</sup>, Никола Стјепановић (1907-1987)<sup>28</sup>, Драгаш Денковић<sup>29</sup>, Славољуб Поповић<sup>30</sup> и други.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Упореди: Leon Digi, *Преображаји јавног права* (1913), Београд, 1929.

<sup>25</sup> David Rosenbloom, *Public Administration and Law*, New York-Basel, 1982, с. 3-4.

<sup>26</sup> Лазо М. Костић, *Административно право Краљевине Југославије I-III*, Београд, 1933-36.

<sup>27</sup> Упореди: Михаило Илић, *Административно право - теоријски део*, Београд, 1928.

<sup>28</sup> Упореди: Никола Стјепановић, *Основи административног права*, Суботица, 1940; *Управно право ФНРЈ*, Београд, 1958; *Управно право СФРЈ I-II*, Београд, 1964; *Управно право СФРЈ I-II*, Београд, 1973; *Управно право у СФРЈ*, Београд, 1978; Н. Стјепановић, С. Лилић, *Управно право*, Београд, 1991; С. Пилић, *Управно право*, Београд, 1998.

<sup>29</sup> Драгаш Денковић, *Управно право као научна дисциплина*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1, 1969; *Преображај предмета управног права...*, Зборник за друштвене науке, Матица српска, бр. 67, Нови Сад, 1979.

<sup>30</sup> Упореди: Славољуб Поповић, *Управно право - општи део*, Београд, 1989, и др.

<sup>31</sup> Nota bene: И у овом раду полази се од теоријске концепције социјалне функције државе и савременог модела управе као система људске сарадње, а не од државно-правног модела управе као инструмента за вршење управне власти или апарата са монополом принуде за остварење класне доминације. Са друге стране, конкретне институције нашег позитивног управног права (нпр. управно-правни однос, управни акт, управни поступак, управни надзор и сл), биће изложене онако како су у законима и другим прописима дате *de lege lata*. С тим у вези, треба имати у виду стање у нашем управном законодавству, тј. да многе институције нашег важећег управног права још увек почивају на концепту послова управе и управне делатности као облика вршења управне функције, а не на савременим теоријским концептима (управе као јавне службе).

За разлику од правно-политичких концепција, социо-технолошке концепције о управи везују теоријски појам управе за тзв. организовани људски рад. Према овом становишту, управна делатност није делатност којом се искључиво бави држава (власт), већ је она својствена сваком облику организованог рада. У том смислу, и управне активности које обавља држава, односно државна управа, подлежу истим принципима једне посебне технологије радног процеса која се означава као управљање.

Историјски посматрано, социо-политичке теорије воде порекло од тзв. управне прагматике, као скупа бројних управних техника, искустава и метода прагматског и апликативног карактера.

Камералисти, рани средњоевропски представници правца управне технике, користили су и развијали технике и методе тзв. чистог управног искуства у вођењу државних, односно полицијских послова, како су се тада називали послови управе. У касном средњем веку, посебно у Француској, Немачкој и Аустрији, израз полиција имао је и шире значење и означавао је управу у целини<sup>32</sup>. Зато треба бити обазрив и радове из тог времена која носе назив полицијске науке треба схватити као дела која се односе на управу, а не на полицију у данашњем смислу речи.<sup>33</sup> Камералисти верно и без критике бележе све послове које као краљевски или царски чиновници обављају (према начелу да је подједнако значајан сваки задатак на коме се ради) и на основу уопштавања тих искустава стварају читаве системе са прескрипцијама (рецептима) за “добро управљање”. Своје ставове излажу у практикумима и уџбеницима за нове генерације лојалних владаревих чиновника и, између осталог, препоручују да се снаге грађана морају у односу на снаге владара налазити увек у таквом односу “...да снаге грађана у сваком случају буде мање од мере принудних снага државе...”.<sup>34</sup>

Нове концепције, технике и методе управљања јављају се, међутим, нарочито почетком и средином 20. века као одговори на проблеме управљања везане за комплексне индустријске и економске системе. Осим политичара и правника, проблемима управе почињу се бавити и економисти, техничари и инжењери. Истиче се да у великим и сложеним технолошким системима (нпр. у индустријским заводима) свака радна операција има свој технички оптимум, тј. једну теоријски одредиву тачку у којој је однос између уложених средстава, времена, рада и других фактора, са једне, и највећег ефекта, односно резултата, са друге стране, најповољнији. На тим основама настале су и концепције о тзв. научној организацији рада које проблематику управљања виде преваасходно као питања организације, односно селекције оптималних техника и метода организовања.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Старогрчка реч полис, која је означавала тадашњи град-државу (Атину, Спарту и др), задржала се и до данашњег дана у готово свим језицима света, мада у једном знатно ужем смислу. Тако полис, односно полиција, данас, по правилу, означава један специјализовани, “лако наоружани” подсистем управе чији је задатак одржавање свакодневног “јавног реда и мира”.

<sup>33</sup> Упореди: Nicolas de la Mare, *Traité de la police*, 1705; Gottlieb von Justi, *Grundstze ger Polizeiwissenschaft*, 1765; Joseph von Sonnenfels, *Grundgestze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft*, 1770-1776, итд. (Еуген Пусић, *Управни системи I*, Загреб, 1985, стр. 257; Славољуб Поповић, *Управно право*, Београд, 1989, стр. 120-121, и др).

<sup>34</sup> Joseph von Sonnenfels, *Grundstze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft*, Band I, Wien, 1796, с. 42; (Еуген Пусић, *Проблеми управљања*, Загреб, 1971, с. 13).

<sup>35</sup> Упореди: Frederick Taylor, *Principles of Scientific Management* (1911), New York, 1967; Henri Fayol, *Administration Industrielle et Générale — Prévoyance, Organisation, Commandement, Coordination, Contrôle* (1916), Paris, 1941; Павле Димитријевић, *Организација и методи рада јавне управе*, Београд, 1959, и др.

Првобитне концепције научне организације рада, међутим, бивају изложене аргумен-товањој критици као сувише апстрактне и недовољно реалне, с обзиром да, инсистира-јући само на питањима организације, не уочавају, нити уважавају два веома битна реална елемента, тј. људе са својим сложеним психичким структурама, са једне, и друштво као социјално окружење организације, са друге стране.<sup>36</sup> Психолошка кри-тика научне организације рада истиче да се код управљања организацијом мора узети у обзир и “психолошка реалност”, тј. мотиви, реаговања и понашања појединаца који у радном процесу остварују тзв. друштвене улоге и ступају у међуљудске односе.<sup>37</sup> Са друге стране, социолошка критика истиче да се код управљања организацијом мора узети у обзир и социјална реалност, тј. утицај, ограничења и стимулације које делују на организацију и долазе из њеног друштвеног окружења.<sup>38</sup>

Социо-технолошке концепције одређују теоријски појам управе као континуирану де-латност која обухвата посебне функције - планирања, усмеравања, контролисања, оцењивања и поновног усмеравања. У настојању да се повећа степен рационали-зације, ефикасности и економичности управе, сачињена је и једна посебна “листа” управних послова који су типични за сваки облик управљања, било да се обавља у оквиру привредне корпорације или у оквиру државе. Та листа управних активности сумирана је у познатој (енглеској) скраћеници POSDCORB која обухвата: планирање, организовање, селекцију кадрова, усмеравање, координацију, извештавање и финан-сирање.<sup>39</sup> Резултати савременог социо-технолошког приступа проблемима управља-ња показали су да се и у оквиру државе управне активности не могу више посматрати искључиво као једна функција вршења државне власти, већ као комплекс активности које служе остваривању постављеног циља. Због тога се и државна управа мора посматрати у једном ширем друштвеном контексту, а не искључиво у контексту врше-ња власти. Полазећи од тога, и тзв. управна функција државе, схваћена као посебна функција власти, мора се редеофинисати у смислу да представља само једну од бројних функција управљања које остварује држава.<sup>40</sup>

Теорија и пракса управљања у организацијама уопште, а у оквиру управе посебно, у последњих двадесетак година добијају посебну динамику због новог развоја стан-дарда управне ефикасности<sup>41</sup> и технологије управљања.<sup>42</sup> Комплексне технике и мето-де управљања данас су нарочито развијене, пошто су своју првобитну прагматску

<sup>36</sup> Упореди: Don Martindale, *Institutions, Organizations and Mass Society*, Boston, 1966; Мијат Дамјановић, *Организација и управљање*, Београд, 1982, и др.

<sup>37</sup> Упореди: Elton Mayo, *The Human Problem of An Industrial Civilization*, New York, 1933; Robert Merton, *Bureaucratic Structure and Personality*, 1940; Chris Argyris, *Personality and Organization*, New York, 1957, и др.

<sup>38</sup> Упореди: Philip Selznick, *Foundations of the Theory of Organization*, 1948; Talcot Parsons, *Structure and Process in Modern Societies*, Glencoe, 1960; Michel Crozier, *Le Phénomène Bureaucratique*, Paris, 1963; Herbert Simon, *On The Concept of Organization Goal*, American Science Quarterly, June 1964; Fred Emery, Eric Trist, *The Causal Texture of Organizational Environments*, Human Relations, no. 1, 1965, и др.

<sup>39</sup> Упореди: Luther Gulick, Lyndal Urwick, *Papers on the Science of Administration*, New York, 1937.

<sup>40</sup> Упореди: Herbert Simon, *The New Science of Management*, New York, 1960; Еуген Пусић, *Управа*, (1961) Загреб, 9. изд. 1989; Драгољуб Кавран, *Наука о управљању*, Београд, 1991, и др.

<sup>41</sup> Упореди: James March, Herbert Simon, *Organizations*, New York, 1958; Dwight Waldo, *The Enterprise of Public Administration*, Novato, 1980, и др.

<sup>42</sup> Упореди: James Emery, *Organizational Planning and Control Systems - Theory and Technology*, New York, 1969.

оријентацију оплемениле не само елементима психолошких и социолошких истраживања, већ и методологијом опште теорије система, са једне, и најсавременијом информатичком технологијом, са друге стране<sup>43</sup>.

Савремене социо-технолошке концепције у одређивању теоријског појма управе полазе, дакле, од становишта да се управне активности у оквиру државе не могу свести само на једну од функција државне власти, већ да се оне морају посматрати са становишта вршења бројних и сложених функција управљања.

#### IV Управа као систем за социјалну регулацију

Традиционалне правно-политичке, као и савремене социо-технолошке концепције одређивања појма управе, међутим, имају један инхерентни ("урођени") недостатак. Наиме, и једна и друга концепција методолошки су немоћне да својим теоријским виђењем садржине појма управе изразе целовитост управе као сложене друштвене појаве која се, између осталог, манифестује у разним политичким ("власт"), правним ("функције"), психолошким ("људи"), социјалним ("организација"), технолошким ("радни процес") и другим елементима.

Због тога су се настојања у одређивању модерног теоријског појма управе *окренула* најновијим методолошким и научно-истраживачким достигнућима оличеним у општој теорији система. Као резултат тога, створене су теоријске и методолошке претпоставке на основу којих је могуће одредити један модеран теоријски појам управе полазећи од премисе да је управа сложени управни систем за социјалну (друштвену) регулацију.

За разлику од традиционалних и новијих правно-политичких и социо-технолошких концепција управе, *модерни теоријски појам* управе полази од управе као једног сложеног управног система људске сарадње за социјалну регулацију.

Модерни теоријски приступ при одређивању појма управе полази од становишта да управа представља један сложен и динамички систем, односно прецизније, управни систем. Израз *систем* у најопштијем смислу може се дефинисати као целина састављена из делова, са једне стране, и као целина која се разликује од своје околине, са друге. У том смислу, *"...управни системи су системи људске сарадње, а системи људске сарадње врста система..."*<sup>44</sup>

Под системом људске сарадње подразумевају се *разни облици понашања људи ради успостављања њихових међусобних односа у процесу рада са циљем остваривања неког ефекта* (нпр. производња, културни развој, заштита природе и др). Будући да су облици понашања људи мотивисани жељом (или нуждом) да се успостави сарадња са другим људима, из тога произилази да је понашање једног човека увек оријентисано ка одговарајућем понашању другог.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Упореди: А. Melezinek, А. Kornhauser, L. Šturm, *Technick und Informationsgesellschaft*, Alsbach, 1987; Klaus Grimmer, *The Use Of Information Technology In Qualitative Administration Work - Organizational, Economic and Service-Related Aspects*, European Center For Research and Documentation In Social Sciences, Vienna, 1987, и др.

<sup>44</sup> Еуген Пусић, *Управни системи I*, Загреб, 1985, с. 9, 11.

<sup>45</sup> Еуген Пусић, *Управни системи I*, Загреб, 1985, с. 33.

Концепт социјалне регулације произилази из околности да људи у друштву остварују своје интересе како у односима међусобне сарадње, тако и у међусобним сукобима. Међусобна конкуренција појединаца и друштвених група за релативно оскудна материјална и друштвена добра испољава се било као *доминација* (када се интереси једних остварују на рачун других), било као *компромис* (када се интереси остварују само једним делом и никада у потпуности). У том смислу, концепт социјалне регулације полази од становишта да управни систем, као систем људске сарадње, има за циљ неутралисање контингентности<sup>46</sup>, тј. *негативних ефеката неизвесности* који произилазе из могућег нелегитимног понашања других људи у друштвеној интеракцији.<sup>47</sup>

Модерни концепт управе као система за социјалну регулацију полази од резултата до којих је дошла општа теорија система<sup>48</sup> и од тзв. *системског приступа* у одређивању сложених природних, и посебно, друштвених појава.<sup>49</sup>

Карактеристична за науку, посебно за област друштвених наука, била је њена превасходно позитивистичка оријентација усмерена ка утврђивању чињеница и одређивању елемената који једну појаву разликују од друге (*differentia specifica*). Иако је овим приступом својевремено дат велики допринос развоју знања о детаљима у оквиру специфичних и ограничених подручја (нпр. број, врста и значење правних норми у оквиру једног закона), у условима непрекидног нарастања опште друштвене сложености, позитивистички приступ све је више "отказивао", уз карактеристичну констатацију да долази до очигледног раскорака између теоријских концепција и модела, са једне, и друштвене реалности, са друге стране. У области права, као типичан пример немоћи правног позитивизма да се ухвати у коштац са друштвеним реалностима наводи се тзв. *раскорак права и стварности*, метафорично изражен као "побуна факта против права".<sup>50</sup>

Традиционални позитивистички приступ почива на концепту да целину која се проучава треба *раставити* на тзв. саставне делове, јер се полазило од тога да је *целина једнака механичком збиру својих делова* (нпр. да право представља "скуп" правних норми и сл). Системски приступ, међутим, полази од тога да целина настаје само као интеракција делова целине међу собом и да *целина има вредност која је вишег реда* у односу на вредност збира њених делова (нпр. правни систем је вредност вишег реда од простог збира правних норми садржаних у законима и другим правним актима). Због тога целина има карактер *система* у којем постоји међусобно дејство његових делова и који је изложен утицајима свог окружења. Систем је, дакле, у сталној динамичкој интеракцији са својим окружењем како би се прилагодио и осигурао свој опстанак. У методолошком смислу, "*...теорија система означила је велику промену оптике, интелектуалне перспективе из које се посматра реалност...*".<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Упореди: Еуген Пусић, *Управни системи I*, Загреб, 1985; Herbert Werlin, *Contingency Theory: The Wrong Door*, International Review of Administrative Sciences, vol. 55, no. 1, 1989, и др.

<sup>47</sup> Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, с. 339-340.

<sup>48</sup> Упореди: А. Angyl, *A Logic of Systems* (1941), F. Emery (Editor), *Systems Thinking*, Harmondsworth, 1969; Ludvig von Bertalanffy, *General Systems Theory*, D. Singer (Editor), *Human Behavior and International Politics*, Chicago, 1965; John Dorsey, *A Communication Model for Administration*, American Science Quarterly, December 1957; Staford Beer, *Decision and Control - The Meaning of Operational Research and Management Cybernetics*, New York, 1959, и др.

<sup>49</sup> Упореди: Nikolas Luhmann, *Теорија система, сврховитост и рационалност* (1961), Загреб, 1981.

<sup>50</sup> Упореди: Слободан Перовић, *Криза правног система*, Правни живот, бр. 11, 1987.

<sup>51</sup> Мирослав Печујлић, *Методологија друштвених наука*, Београд, 1982, с. 45-46.

У том контексту, системски приступ је одлучујућа теоријска претпоставка за савремено проучавање комплексних социјалних система, посебно управе, јер су карактеристике комплексних система другачије од оних које важе за једноставне целине.<sup>52</sup> Системи високог степена сложености и са великим бројем међусобних веза своју стабилност постижу стварањем посебних, тзв. модуларних подсистема унутар себе, који омогућавају прилагођавање система на промене у околини и у њему самом. У супротном, долази до стагнације, па чак и колапса система.<sup>53</sup>

Прекретница у методологији проучавања управе, као и технологији управљања, наступа средином, а нарочито се развија у другој половини 20. века, појавом кибернетске моделистике засноване на егзактним математичким моделима управљања и организовања сложених регулационих процеса применом информатичке технологије.<sup>54</sup> У трансдисциплинарним методолошким и технолошким оквирима кибернетике као опште науке о управљању, чији је предмет комуникација и контрола у сложеним динамичким системима<sup>55</sup>, настаје и развија се читав спектар регулационих концепција, управљачких техника и нових технологија, као што су системска анализа, линеарно и динамичко програмирање, операциона истраживања, пројект менаџмент, пословна логистика, теорија игара, тзв. *cost-benefit* анализа, формулација стратегије, аутоматска обрада података, итд.<sup>56</sup> Кибернетска моделистика прилази управи првенствено са аспекта улоге информација у процесу остварења управних активности, постављајући тако функцију управљања у контекст регулације система.<sup>57</sup> Најопштије посматрано, кибернетски модел полази од тога да се сваки систем састоји од два подсистема: а) оног који управља (управљачки систем) и б) оног којим се управља. Информације чине супстрат (суштину) управљања и могу бити: директне (које теку од управљачког подсистема ка систему којим се управља) и повратне (које теку од подсистема којим се управља ка управљачком подсистему). Повратне информације, односно повратна веза (тзв. *Feed-back*), као облик регулације, односно контроле активности система, користе резултате остварених активности система ради кориговања његових будућих активности, и тако затварају тзв. комуникациони круг.

За одређивање теоријског појма управе са становишта кибернетске моделистике, посебно је значајан тзв. кибернетски модел управе, који је сачинио француски стручњак за управу Лисјен Мел (Lucien Mehl). Према овом моделу, управа је феномен који се јавља код сложених система у оквиру људске заједнице. Према Мелу, организације, као комплексни и динамички социјални системи са финалитетом, представљају сложене друштвене целине које се образују ради постизања неког циља (тзв. *финалитет*).<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Упореди: Рајко Томовић, Радивој Петровић, *Модерни погледи на управљање системима*, Београд, 1970.

<sup>53</sup> Ловро Штурм, *Значење системског управљања за јавну управу*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4, 1987, стр. 429.

<sup>54</sup> Упореди: Lee Loevinger, *Jurimetrics - The Next Step Forward*, Minnesota Law Review; no. 5, 1949; Стеван Лилић, *Кибернетска моделистика и одређивање управне функције*, Правни живот, бр. 11, 1985.

<sup>55</sup> Упореди: Norbert Wiener, *Cybernetics: Or Control and Communication in The Animal and The Machine* (1948), Cambridge, 1968.

<sup>56</sup> Упореди: William House, *The Impact of Information Technology on Management Operations*, Prinston, 1971.

<sup>57</sup> Упореди: Ross Ashby, *Self-Regulation and Requisite Variety* (1956), F.Emery (Editor), *Systems Thinking*, Harmondsworth, 1969; Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956, и др.

<sup>58</sup> Упореди: Lucien Mehl, *За кибернетски теорију управног деловања*, (Е.Пусић, *Проблеми управљања*, Загреб, 1971, стр. 115-174); Lucien Mehl, *La cybernetique et l'administration*, La Revue Administrative, Paris, no. XII, 1959, стр. 542-567, и др.

У оквиру једне организације (нпр. државе), активности људи могу се посматрати било као регулаторске (*управљачке*) активност, било као ефекторске (*реализаторске*) активности. Регулаторске активност дађе могу бити селекторске активности (*активности одређивања циља*) и трансдукторске активности (*активности спровођења циља у извршење*). Осим тога, постоје и контролне активности (*активности контроле реализације осталих активности*) у виду feed-back активности. Полазећи са становишта кибернетске моделистике, садржина теоријског појма управе може се одредити као вршење трансдукторских активности, тј. као скуп активности којима се циљеви непосредно спроводе у материјалну реализацију (ефекат). Посебан допринос кибернетске моделистике у одређивању теоријског појма управе огледа се у садржинском одређивању управних активности као активности “трансдукторског карактера” којима се општи циљеви система спроводе у непосредно извршење. У том смислу, доношење управних аката од стране органа управе и других овлашћених субјеката била би типична трансдукторска активност којом се општи циљ (утврђен у закону) спроводи у реализацију ради постизања одговарајућег ефекта (понашање људи).



## V Социјална регулација

Општи привредни и друштвени развој<sup>59</sup>, уз велики обим државне интервенције и нормативну регулативу, указују на околност да се социјална регулација у вођењу јавних послова не може више посматрати као *маргинална* активност у односу на основне друштвене процесе. Социјална регулација коју спроводи управа и сама сада постаје *основни* друштвени процес и чини битну претпоставку економске ефикасности, културног развоја и општег друштвеног напретка у условима развијеног индустријског и урбанизованог друштва<sup>60</sup>.

Крајем 19. и почетком 20. века управа се јавља као иницијатор и координатор друштвено неопходних и корисних послова (у здравству, просвети, саобраћају, комуникацијама, комуналним службама и сл), а атрибути власти, иако нису сасвим нестали, више не представљају основну садржину управне активности државе. Функције управе не само да постају све бројније, већ и све сложеније и теже. Једва да постоји неки посао у раду државне управе или у производњи који је некада био једноставан, да сада није постао изузетно сложен. Као класичан пример успешне интервенције државе у процесе социјалне регулације наводи се корист, економичност и успешност државне поштанске службе САД крајем прошлог века.<sup>61</sup> Ове околности указују и на то да проблеми управљања у привреди и јавним службама постају све сложенији и бројнији, као и да општи принципи и технологија управљања државом и привредом међусобно све више конвергирају.<sup>62</sup>

У 20. веку јављају се и прве комплексне анализе управе у савременом индустријском друштву које комбинују политичко и технолошко становиште, и које као средишње питање постављају однос управе и политичке власти. Полазећи од садржинског једин-

<sup>59</sup> Упореди: John Naisbitt, *Megatrendovi - Десет нових смјерова развоја који мијењају наш живот*, Загреб, 1985.

<sup>60</sup> Упореди: Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1989.

<sup>61</sup> Упореди: Woodrow Wilson, *The Study of Public Administration* (1887), Washington D.C., 1955.

<sup>62</sup> Упореди: *The Administrative Implications of Regional Economic Integration: The Case of the European Community*, ISAA, Bruxelles, 1990; Стеван Лилић, *Полазне основе технолошке трансформације управног система*, Правни живот, бр. 1-2, 1991, и др.

ства технологије обављања управних активности као бројних и сложених функција управљања, како у “јавном” (државном), тако и у “приватном” (пословном) сектору, уместо дотадашњег теоријског појма *државно-правне* управе, настаје тзв. Циљно - рационални (*zweckrational*) концепт модерне управне организације.<sup>63</sup> Овај модел наглашава двоструку улогу управе: са једне стране, управа се може посматрати као инструмент за вршење политичке власти (“управа као власт”), а са друге, као организација за вршење јавних служби (“управа као служба”).

Резултати ових проучавања, посебно тзв. великих управних система (нпр. здравствене службе, државне управе, индустријске корпорације, саобраћајне мреже, урбани конгломерати и сл), показују да се у сложеним савременим условима живота управљање не може одвијати произвољно, већ према одређеним правилима. У том смислу, управну делатност, као стручну, рационалну и континуирану делатност, могу обављати само професионални и деполитизовани управни службеници. Са друге стране, како постављање политичких циљева није ствар стручности већ политике, управни службеници не треба да се баве политиком, јер је то посао политичара.

У оваквим околностима, управа остварује своју социјалну функцију не као инструмент власти, већ првенствено као регулатор друштвених процеса. У сложеним и динамичним условима савременог живота, управо је управа та организација која располаже великим стручним знањем, људским потенцијалом и материјалним ресурсима за ефикасну социјалну регулацију. Истовремено, са порастом улоге управе као инструмента социјалне регулације, опада њена улога као вршиоца политичке власти и принуде.

Концепт управе као система социјалне регулације подразумева, дакле, да се активностима управе у регулацији друштвених процеса не приступа као владању људима, већ као процесу легитимног утицаја на понашање људи према унапред постављеним стандардима. Као што је истакнуто, концепт управе као система за социјалну регулацију полази од становишта да управа, као систем људске сарадње, има за циљ неутралисање негативних ефеката неизвесности (контингентности) која произилази из могућег нелегитимног понашања других људи у друштвеној интеракцији, а не из успостављања доминације државе над људима применом ауторитативних средстава и метода власти.

Полазећи од изнетог, може се рећи да је основна социјална функција и друштвена улога управе, односно државе у томе да својим активностима оствари опште благодинање друштва (*welfare*). Другим речима, опште циљеве друштва држава реализује остваривањем општих, односно јавних интереса (*bono publico*) као оних интереса који стоје изнад појединачних (личних или групних) интереса. Уосталом, управо се према овом мерилу могу јасно разликовати демократске од ауторитативних држава, посебно раније социјалистичке од савремених социјалних држава. Тако, док се у социјалистичким државама општи циљеви друштва првенствено реализују ауторитативним путем и вршењем власти (нпр. како је то тврдио А. И. Денисов), дотле се у социјалним државама јавни интереси првенствено реализују неауторитативним путем и обављањем јавних служби (нпр. како то тврди Леон Диги).

## VI Легитимитет управног деловања и право Европске уније

У последњих двадесетак година, динамика развоја управе и управног права у развијеним земљама указује на распрострањен процес административне дерегулације, али и

<sup>63</sup> Упореди: Макс Вебер, *Привреда и друштво* (1921), Београд, 1976.



на процес стварања нових административних институција, посебно у међународним и регионалним оквирима. У Европи ови процеси имају два основна тока.

Са једне стране, у оквирима интеграционих процеса Западне Европе, оличеним, пре свега, у праву и институцијама Европске Уније (Европске Заједнице), посебно је актуелно питање “имплементације права Заједнице од стране држава чланица”, у смислу да: “...имплементација права Заједнице не може бити посматрано као ‘аутоматски’ или ‘статичан’ процес примене императивних правних аката Заједнице; напротив, то је процес узајамног утицаја између Заједнице и држава чланица. (...) Управе држава чланица су националне управе, обликоване традицијом и искуством у националним контексту. Отуда је и за примену једног акта Заједнице од посебног значаја и упоређивање одговарајућих националних управа.”<sup>64</sup>

Са друге стране, у бившим социјалистичким земљама Средње и Источне Европе, нестају читави арсенали прописа о “посебним” условима и управним мерама из периода административне хипер-регулације друштвених односа, а у оквиру њих и разна административна ограничења, пре свега у области слободе кретања, својине и јавног живота. Како се истиче: “...изазови са којима су суочене јавне управе у Средњој и Источној Европи, пре свега, подразумевају редесфинисање њихове улоге у друштву. (...) Следствено томе, успеси реформе јавне управе у највећој мери зависе од политичког, правног, друштвеног и привредног развоја.”<sup>65</sup>

Као општа претходна напомена, може се рећи да се управно право Европске Уније развија и кроз процес усклађивања (*harmonization*) управног права појединих држава чланица са правом Уније. Примера ради, ево како се управно право Европске Уније примењује у Француској, где Државни савет и данас наставља са традицијом да својим одлукама и праксом ствара нове управно-правне институте: “...дубоке промене у управном праву Француске последица су одређене политике интернационализације и децентрализације у међународноправном систему. Ту се истиче да је Државни савет више година, читавим низом својих одлука јасно у судској пракси прихватио супериорност међународног права, и посебно супериорност права Европске Заједнице према националном праву Француске. У том смислу, Државни савет је својом одлуком прихватио да општа начела француског права могу бити изведена из међународних конвенција као, на пример, у материји права избеглица; да судирективе Европске Заједнице обавезне за државе чланице Заједнице; да су француски закони, чак и они донети касније, који нису сагласни са међународним уговорима, не могу примењивати сагласно члану 55. Устава Француске Републике; да је судија овлашћен да сам тумачи међународне конвенције, не питајући Министарство иностраних послова, као и да француски законодавац мора поштовати право изведено из права Европске Заједнице, односно уредби (регулатива) и директива Заједнице.”<sup>66</sup>

У односу на актуелно стање нашег знања и праксе у вези са управним правом, уочава се велика потреба упознавања и прилагођавања наше управне науке и нашег управног законодавства, пре свега, у смислу напуштања превазиђених концепција о управи као инструменту политичке власти, са једне стране, али и у смислу “хватања корака” са савременим токовима управног права, са друге стране. Ове се нарочито односи на најновије процесе у оквиру упоредног и међународног управног права, а посебно са

<sup>64</sup> Heinrich Siedentopf, Jaques Ziller, *Making European Policies Work: The Implementation of Community Legislation in the Member States*, London, 1988, c. 1, 7.

<sup>65</sup> Joachim Jens-Hesse (Editor), *Administrative Transformation in Central and Eastern Europe: Towards Public Sector Reforms in Post-Communist Societies*, Oxford, 1993, c. vi.

<sup>66</sup> Драгаш Денковић, Guy Braibant, *Le droit administratif français*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4, 1993, с. 452.

оним процесима са којима се традиција управног права суочава у земљама Европске Уније, јер: "...сарадња између држава, привреда и друштава у оквиру Западне Европе далеко превазишла традиционалне моделе односа између националних држава".<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> William Wallace (Editor), *The Dynamics of European Integration*, London, 1990, с. 21.

**Dr STEVAN LILIĆ\***

## **LEGITIMITE DU FONCTIONNEMENT ADMINISTRATIF ET LE DROIT DE L'UNION EUROPEENE**

### **Résumé**

Avant tout, l'article montre que le fonctionnement de l'administration d'Etat ne devient pas légitime (justifiée) par le fait même que cette fonction a été faite de la façon légale. Car l'administration cesse d'être la servante d'un ordre juridique d'avance instauré et devient un des plus importants promoteurs des courants administratifs. L'administration, comme l'a affirmé Léon Dugui (1825-1928) et dont l'opinion partage toute une série de nos théoriciens contemporains du droit administratif (Stjepanović, Denković, Popović), de plus en plus, devient un service public, c'est à dire une organisation qui rend des services publics. A cette transformation de l'administration d'État, cependant, dans la plus grande mesure, correspond se elle est comprise comme système de réglementation sociale. A la fin, l'article ouvre la question du rapport de légitimité du fonctionnement administratif et du droit de l'union européenne en liaison avec de plus grande coordination des droits administratifs de certain Etats membres avec le droit de l'Union.

---

\* Professeur titulaire à la Faculté de Droit à Beograd.



Др МИЛА ЈОВАНОВИЋ

**НЕКИ АСПЕКТИ СТАТУСА ЖЕНЕ  
ПО ЗАКОНУ XII ТАБЛИЦА**

2

## Апстракт

Према одредбама Закона XII таблица, које доста верно одражавају ондашње друштвене и породичне прилике, жена уопште није била онако обесправљена како се годинама мислило. Иако су до овога времена већ утемељене оне друштвене појаве које дају примат мушкарцу, о некаквој апсолутној обесправљености жене и њеној апсолутној подређености мушкарцу не може бити говора. Погрешно мишљење о статусу жене тога доба, на чију неоснованост је већ раније указано, базира се углавном на неким одредбама из *leges regiae*. А у питању је једна неаутентична збирка прописа, настала крајем периода републике и приписана старом времену Рима којем, према карактеру бројних одредби, уопште не одговара. У доба доношења Закона XII таблица, наиме, умногоме је одржана стара фактичка позиција жене, што се морало одразити и на регулисање њеног правног положаја. А основу таквог стања чине одређене специфичности у развоју старе римске политичке и економско-породичне организације.

Старо римско гентилно друштво, наиме, политички се организује у један затворени круг патриција, одигнут изнад разнородне и нејединствене масе плебејаца, насупрот њима и суседним градовима. Унутар тог затвореног и доста хомогеног друштва дуго се одржавају стари међусобни односи гентила, као и стари однос према жени, који подразумева велики њен значај, углед и поштовање. У кругу широких породичних

заједница тога друштва, *consortium*-а, жена има равноправан положај са мушкарцем; а бројне одлике *consortium*-а биће задржане, односно пренеће се и на будућу ужу породичну групу, фамилију. Нагли економски развој, наиме, узрокован више спољним факторима, уз постојећу затворену политичку организацију и великим делом баш њој захваљујући, изазива пребрз и неспонтан распад *consortiuma* на уже породичне групе. Отуда та нова породична јединица, *familia*, и поред извесних нових елемената, умногоме понавља живот *consortiuma*, задржавајући много од старих односа гентила и старог односа према жени, а што се није могло потпуно заобићи при регулисању њеног правног положаја.

Новонасталој држави одговара процес распадања *consortiuma*, те га овуда поспешује и правно фаворизује рађање у учвршћивање фамилије. У том смислу основна идеја Закона XII таблица, у имовинско-породичној области, јесте еманципација фамилије од утицаја ширих породичних заједница. Положај жене регулисан је само утолико уколико је то било нужно због новонасталих промена у породичној организацији; а малобројне одредбе којима се дотиче њен статус уопште не предвиђају неку изразиту обесправљеност и подређеност мушкарцу што би иначе било у великом нескладу са постојећом позицијом жене у породици и друштву, регулисаном ванправним нормама.

Кључне речи: правни статус, жена, римско право, Закон XII таблица

Др МИЛА ЈОВАНОВИЋ\*

## НЕКИ АСПЕКТИ СТАТУСА ЖЕНЕ ПО ЗАКОНУ XII ТАБЛИЦА

Према одредбама Закона XII таблица, које доста верно одражавају ондашње друштвене и породичне прилике,<sup>1</sup> жена уопште није била онако обесправљена како се годинама мислило.<sup>2</sup> Додуше, до овога времена јесте већ утемељена већина оних друштвених појава које дају предност мушкарцу.<sup>3</sup> У извесној мери је та предност видљива и из самих одредби Закона;<sup>4</sup> али из њих није видљиво и некакво свевлашће мушкарца, односно некаква апсолутна обесправљеност жене, какву по правилу доноси класична моногамија.<sup>5</sup> Тако што се не може закључити на основу одредби везаних за статус жене, посебно уколико се оне посматрају у склопу неких других одредби Закона, из имовинско-поро-

\* Доцент Правног факултета у Нишу.

- <sup>1</sup> Највећа већина романиста сагласна је по питању аутентичности Закона XII таблица, за разлику од "краљевских закона". Више о томе у Girard, P. – *Textes de droit romain*, Paris, 1903, с. 4-5 и с. 11-12. Такође в. Girard, P. – *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1918, с. 15 и с. 23. Новија истраживања потврђују основаност схватања о аутентичности Закона.
- <sup>2</sup> На жалост такво је мишљење владајуће и данас, готово у читавој Европи. Довољно је отворити уџбенике и уверити се да по овом питању нема значајнијих разлика у поређењу са литературом из XII века, мада су идеје неких аутора управо из тога века већ биле довољне као разлог за преиспитивање традиционалних схватања. Изузетак у том смислу, мада више у области фактичког живота жене, чини дело Herrmann, Cl. – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964.
- <sup>3</sup> Рођена је приватна својина, држава и право, које се уздигло до писаних закона, и ropство, мада још увек нема класични карактер. Усточио се патријархат, а политичка делатност мушкарца другачија је у односу на некадашњу. Римско друштво је закорачило у цивилизацију, мада ће трагове гентилног уређења имати још доста година.
- <sup>4</sup> Према општем мишљењу, кроз одредбе о наслеђивању и туторству (Закон XII таб., V, 3-6), мушкарцу је једином, као шефу фамилије, правно допуштено да одлучи о судбини фамилије, пре свега о добрима у њој.
- <sup>5</sup> О класичној моногамији в. Енгелс, Ф. - *Порекло породице, приватне својине и државе*, Београд, 1976, с. 58 и даље.

дичне области.<sup>6</sup> Иако се до овога времена држава већ учврстила и право добило писани израз, задржало се још доста трагова старог гениталног уређења, посебно у односима између полова, карактеристичних за матријархално доба;<sup>7</sup> а то се свакако морало одразити и на карактер одредби којима се регулише статус жене.

Владајуће мишљење у литератури међутим, како оној до XX века, тако и у савременој, посве је супротно. Нису га озбиљније уздрмала ни уочавања раскорака између правног и фактичког положаја жене у првим вековима римске историје, присутна већ у радовима из друге половине XIX века.<sup>8</sup> Додуше, добар број аутора констатује, углавном узгредно, повољан фактички положај жене у то доба;<sup>9</sup> али при анализи правног положаја жене редовно се задржавају стара схватања, без покушаја објашњења констатованог раскорака између права и живота.

Основу оваквих, у много чему погрешних схватања, свакако чине фамозни “краљевски закони”, чије одредбе о жени не припадају времену краљевства, којем се приписују.<sup>10</sup> Уколико се те одредбе изузму и одредбе Закона XII таблица посматрају независно од њих, традиционална схватања о положају жене у оквиру старог *ius civile* бивају врло озбиљно доведена у питање. Наравно, при том треба изузети и тумачења старог права, када је положај жене у питању, изречена од стране антифеминистички расположених Римљана из каснијих векова, оних попут Катона Старијег.<sup>11</sup> На тај начин се, уз адекватно вредновање података о фактичком положају жене у старо доба Рима,<sup>12</sup> стиче

<sup>6</sup> Централне одредбе Закона у овој сфери управо су поменуте, о наслеђивању и туторству (V, 3-6), кроз које се, у ствари, тежи еманципацији фамилије од утицаја ширих заједница, односно од утицаја агната. У овој области то је основна идеја Закона. Више о томе у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1984, с. 59.

<sup>7</sup> Нека запажања о траговима матријархалне епохе код Римљана изнета су у Јовановић М. – *Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1986, с. 163-184.

<sup>8</sup> У питању је неколико реномираних аутора: De Coulanges, F. – *Античка држава*, прво издање 1864, Београд, 1956, део о Риму; Gide, P. – *Etude sur la condition privée de la femme, Paris, 1885*, део о Риму; Ihering, R. – *Geist des Römischen Rechts...* превод на француски: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, Paris, 1886*; Ihering, R. – *Историја развоја римског права, Paris, 1900*. Подацима о повољном фактичком положају жене, у новијој литератури, додаје значаја Herrmann, Cl. – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République rom.*, Брисел, 1964.

<sup>9</sup> Такве се узгредне констатације срећу и у југословенским уџбеницима: Стојчевић, Д. *Римско приватно право*, Београд, 1974, с. 86; Пухан, И. *Римско право*, Београд, 1969, с. 135, н 17; Корошец, В. *Римско право*, II дел, Љубљана, 1969, с. 375. итд. Мало више речи но остали аутори овом питању посвећује Станојевић, О. *Римско право*, Београд, 1986, с. 133-134.

<sup>10</sup> О питању аутентичности “краљевских закона” у Girard, P. – *Textes de droit romain, Paris, 1903*, с. 4-5; О неспојивости одредби о жени са временом Ромула више у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, Правни факултет у Београду, 1984, с. 25 и даље; такође и Јовановић, М. – *Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1986, с. 163-184.

<sup>11</sup> О Катону Старијег в. Plutarh: *Paralelne biografije*, Катон (Славни ликови антике, Нови Сад, 1978, о Катону). Нека запажања о Катонској личности и схватањима у погледу положаја жене изнета су у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 57-59.

<sup>12</sup> Подаци о фактичком положају жене, врло уваженом и угледном, садржани су у делима бројних римских писаца: Livije, Plutarh, Dionisije iz Halinkarnasa, Aul Geliје, Valerije Maxim и други. На те податке су скренули пажњу и придали им прави значај поменути аутори из XIX века: De Coulanges, Gide, Ihering. Обимнији преглед тих података, уз анализу њиховог значаја, садржан је у Јовановић М. *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 338-492.



посве другачија слика и о њеном правом положају; односно, енигма о раскораку између живота и права, фактичког и правног положаја жене, бива решена: тог раскорака, у ствари, у оно доба није ни било.<sup>13</sup> Он се јавља као резултат погрешног тумачења старих правних норми којих тада није било, и тумачења одредби Закона XII таблица у складу са тим, у ствари непостојећим нормама.<sup>14</sup> Таква појава свакако није била случајна. У измењеним друштвеним и породичним приликама из друге половине периода републике, када се упорно тежило све изразитијој правној подређености и обесправљености жене, што није ишло лако, овакво тумачење прошлости имало је и те каквог значаја и ефекта.<sup>15</sup>

Ово мишљење, као и оно о свежим траговима матријархата у доба Ромула,<sup>16</sup> иако потпуно противрече владајућим схватањима у литератури, сасвим су основана. Довољно аргумената у том смислу изнето је у претходним радовима.<sup>17</sup> Посвећено је пуно пажње подацима о фактичком положају жене и извршена је скоро детаљна и доста обимна анализа појединих одредби Закона XII таб., којима се регулише статус жене. Није, међутим, дато довољно простора анализи старе римске политичке и економско-породичне организације, у чијим оквирима се формира одређени однос према жени, делимично изражен и кроз извесне одредбе Закона XII таблица.<sup>18</sup> Захваљујући томе што римско друштво из доба Ромула још увек носи свежее трагове матријархалне епохе и захваљујући неким специфичностима у даљем његовом политичком и економско-породичном развоју, до времена Закона XII таблица још увек нису створени услови за класичну моногамију. Циљ Закона, у имовинско-породичној сфери, није било обесправљење жене, а њен статус се регулише само у мери која је била неопходна због насталих промена.<sup>19</sup>

1. Несумњиво је и познато да Рим у доба оснивања града има гентилно уређење, додуше, већ са зачецима неких од појава које ће га нарушити, али ипак гентилно. Свежи трагови таквог друштвеног уређења срећу се чак и неких три стотине година касније, у доба доношења Закона XII таблица. Основне карактеристике старе римске политичке

<sup>13</sup> Ово питање заслужује посебну пажњу, а више од стотину година стоји отворено, од времена када је уочен раскорак између права и живота, када је жена у питању. Више о томе у Јовановић М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 387-414.

<sup>14</sup> Оваква појава, да се новим установама жели наћи корен у старом праву, иако га тамо није било, присутан је и у погледу неких других одредби Закона XII таб. Више о томе у Стојчевић, Д. – *Римско приватно Право*, 1974, с. 22.

<sup>15</sup> У времену изразитих сукоба између старих и нових схватања и појава, позивање на "стара добра времена" је врло раширена појава. Но, када је положај жене у питању, старо доба се тумачи искључиво онако како одговара мушкарцу из друге половине периода републике. Римљанима ни до овога доба још увек није сасвим успело да жену учине робом мушкарца, бар не у смислу какав је присутан у класичној Атини; али пуно су већ постигли у том погледу и свесрдно се труде да копирају Грке. У том смислу Катон Старији просто грми у својим говорима, потенцирајући како је жена некада давно била у пуној власти мушкарца. Више о Катону в. у делима Livija и Plutarha (*Ab urbe condita* и *Paralelne biografije*). Неки од његових говора цитирани су у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 57-59.

<sup>16</sup> Више о томе у Јовановић, М. – *Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1986, с. 163-184.

<sup>17</sup> Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву; Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*

<sup>18</sup> Детаљна анализа одредби Закона XII таб. Којима се директно или индиректно регулише положај жене у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 59-238.

<sup>19</sup> О циљу Закона у овој области касније ће у тексту бити речи.

организације већ је Енгелс истакао.<sup>20</sup> Значајну допуну дали су дали су, у том смислу, радови Стојчевића; а посебно је значајан допринос аутора у погледу уочавања основних карактеристика старе римске економско-породичне организације, о којој се у доба Енгелса скоро ништа није знало.<sup>21</sup> У погледу положаја жене у старом римском друштву, међутим, остала је извесна празнина, коју свакако не могу попунити традиционална, у много чему погрешна схватања, неусклађена са открићима о предцивизацијском времену људске историје.<sup>22</sup>

Економску улогу *gensa*, у доба оснивања града, већ је преузела ужа група, *consortium*, омогућујући *gensu* развој друге, политичке функције.<sup>23</sup> Према владајућем мишљењу у литератури тадашња је политичка организација Рима строго патријархална, што се не може безрезервно прихватити, поготово не у смислу апсолутне искључености жене из јавног живота, каква се среће у доба цивилизације. Јесте тачно да су рођене заједнице уже од *gensa* у којима се, како истиче Енгелс, рађају услови за прелазак са матријархалног сродства и наслеђивања на патријархално.<sup>24</sup> Али ваља имати у виду чињеницу да такве заједнице дуго егзистирају и као матријархалне, као и чињеницу да ова промена није могла бити ствар тренутка већ процес који друштву у одређеном тренутку даје одлике прелазног система између две епохе, матријархалне и патријархалне. А код Римљана овога доба, па чак и касније, несумњиво су присутни трагови низа друштвених појава које одликују матријархално доба и које условљавају одговарајући, са мушкарцем равноправан положај жене.<sup>25</sup>

Једино што је извесно, дакле, када је реч о старој римској политичкој организацији, јесте да је она била мушка, бар споља гледано. Али то још увек није доказ о његовој строгој патријархалности, а поготово не о апсолутној искључености жене из јавног живота. Напротив бројни подаци указују управо на значајну улогу жене у јавном животу.<sup>26</sup> Са друге стране, што је много значајније истаћи, мушка политичка органи-

<sup>20</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, Београд, 1976, с. 116-126; такође и с. 153-174.

<sup>21</sup> Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, Зборник радова из правне историје, Институт за правну историју на Правном факултету у Београду, 1966, с. 59-73; *"Uti legassit" Закона од XII таблица*, Анали Правног факултета у Београду, 1959, с. 333-345; *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1966, с. 265-272; *Облици својине у старом Риму*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1970, с. 345-355.

<sup>22</sup> У литератури се среће став, мада углавном без прецизирања конкретног тренутка на који се мисли, да је жена све подређенија што се залази у римску прошлост; став који је потпуно погрешан, а о чему ће касније бити речи.

<sup>23</sup> Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, с. 267.

<sup>24</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 50-58.

<sup>25</sup> Више о тим друштвеним појавама уопште у Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*; Де Бовоар, С. – *Други пол, I*, Београд, 1982; такође Бебел, А. - *Жена и социјализам*, Београд, 1956. Опширнији преглед података о врло уваженом положају жене у старом римском друштву, као и у неким другим друштвима одговарајућег степена развоја дат је у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском друштву*, с. 238-360 и 360-395. Запажања о траговима матријархалне епохе код Римљана изнета су у Јовановић, М. – *Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*

<sup>26</sup> Према легендама, супруга праоца Римљана, чувеног Енеја, владала је градом Лавиниумом, а који је иначе по њој добио име. Више о томе у Livius: *Ab urbe condita*, I, 3. Нума је, по легенди, управљао градом према саветима богиње Егерије, а Етрушчанка Танаквил, супруга Тарквинија Старијег, јавно је грађанима држала говор е идт. Хронолошки изложен преглед података из римских легенди у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 238-250.

зација, онаква каква је тада могла постојати, присутна је и у матријархално доба, али се њоме не умањује улога и значај жене у друштву тога времена. Тек онда када буду рођене и све оне друге друштвене појаве које одликују доба цивилизације, а које узрокују пад жене, политичка организација у рукама мушкарца значајне недостижну његову предност над женом и превласт у правом смислу. Али у гентилној организацији, чак и онда када се већ родио патријархат, политичка делатност мушкарца још увек није основа за његову надмоћ. Његова јавна делатност природна је последица првобитне поделе рада међу половима, познато је. Жена се, посебно због генеративне функције, више везује за станиште и породичну групу; а мушкарац се више бави јавним организовањем, повезујући се са осталим мушкарцима, још у доба матријархалних односа. Али то му, у оквиру тадашњих друштвених односа, не даје некакву власт над женом. У том смислу тврдња Simon de Bovoar, истргнута из контекста осталих разматрања ауторке, подлеже основној критици: "Друштво је одувек било мушко; политичка власт је увек била у рукама мушкарца".<sup>27</sup> Ауторка у првобитној подели рада између полова, односно у генеративној функцији жене, у ствари, види примарни узрок жениног пада. Али такође истиче, на доста простора и уз ваљану аргументацију, да је тај пад уследио тек на одређеном ступњу друштвеног развоја, у одређеним околностима које рађају приватну својину и ропство, и које мушкарцу омогућају да се далеко више но жена исказе као стваралачко биће, као *homo faber*, и да временом "планом богаћења обухвати и жену", која му се није придружила у "рационалном освајању света".<sup>28</sup>

Поступајући помало контрадикторно, као и код неких других питања,<sup>29</sup> и не дорекавши излагање о мушкој политичкој организацији, ауторка изриче поменуту тврдњу више у смислу негирања некакве велике превласти жене у матријархално доба, истичући да је политичка делатност и онда била у рукама мушкарца. О некој апсолутној превласти жене у то доба заиста не може бити речи, поготову у смислу који поима човек цивилизације; и ту је Симон де Бовоар свакако у праву. Али такође не може бити речи ни о каквој превласти мушкарца само зато што му је препуштена јавна делатност, и у том смислу су закључивања ауторке недоречена. Карактер, садржина и значај мушкарчеве јавне делатности у то доба умногоме се разликују од оних из доба цивилизације, како уопште, тако и у погледу друштвеног положаја жене.

Најпре, жени јавна функција у старо доба уопште није *a priori* недоступна, чак и она највиша, а њен утицај на јавни живот је ван сумње. Бројни подаци о друштвима на сличном ступњу развоја, какав има римско из доба Ромула, управо указују да жена није посебно искључена из јавне организације, да се не сматра недостојном јавне делатности и да има значајног утицаја на њен карактер.<sup>30</sup> Подаци о самом римском друштву,

<sup>27</sup> Де Бовоар, С. – *Други пол, I*, Београд, с. 100.

<sup>28</sup> Де Бовоар, С. – *Други пол, I*, Београд, с. 107 и даље.

<sup>29</sup> Има рецимо доста контрадикторности у критици Енгелсових поставки, када је однос између полова у питању. Неке од поставки су посматране истргнуте из контекста осталих Енгелсових (и Марксових) схватања (рецимо и оних о стваралачкој природи човека), а која су такође од значаја за сагледавање историје жене. Но, у сваком случају, дело С. де Бовоар представља врло вредну допуну Енгелсовог и Бебеловог дела (*Жена и социјализам*), а сама ауторка, иако уз критику, у много чему прихвата Енгелсов приступ питању односа између полова.

<sup>30</sup> Енгелс у том смислу наводи податке о Ирокезима (*Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 46-47). Подаци о старим Германима садржани су у Тацитовој Германији (у Кандић, Љ. – *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд, 1974, с. 25-35). Познати су такође неки подаци о значајном утицају жене на јавни живот код старих Египћана, у Спарти, у Етрурији. Преглед података о некима од старих народа, у овом смислу, дат је у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 360-365.

макар да је већина садржана у легендама, такође говоре о значајној позицији жена у јавном животу, чак и много година након оснивања града.<sup>31</sup> Затим, послови јавне природе у старом друштву свODE се углавном на организовање ради прибављања хране и ратовања. Малобројни мирнодопски послови не искључују посебно учешће жене, нити јој умањују углед. Коначно, што посебно ваља истаћи, женина делатност ван јавног организовања у најмању руку је једнако значајна колико и мушкарчева политичка делатност, једнако је друштвено корисна и неопходна. На ту чињеницу указао је већ Енгелс.<sup>32</sup> Као и код других народа сличног степена развоја, и код Римљана центар живота представља од *gens* у породична заједница, *consortium*. За ту економско-породичну заједницу једнако су везани сви њени припадници, независно од пола. А жена у њој има и те како значајну улогу, у једно време чак нешто значајнију него мушкарац. С обзиром на значај те заједнице могло би се рећи да жена, и поред тога сто је мушкарцу препуштено јавно организовање, у друштву онога времена има онакав положај какав је имала у *consortiumu*.

Несумњиво је да су широке породичне заједнице, типа римског *consortiuma*, одиграле велику улогу у развоју људског друштва. Гледане у широким временским и просторним оквирима оне представљају, како каже Енгелс, “прелазни ступањ између матријархалне породице, која је произашла из групног брака, и инокосне породице модерног доба”.<sup>33</sup> Представљају, може се рећи, прелаз и мост између предцивилизацијског и доба цивилизације, код Римљана, као и код других народа сличног степена и пута развоја. При анализи оваквих заједница, иако немајући довољно података о старом Риму, Енгелс уочава грешке у дотадашњим схватањима и констатује: “И римска породица се своди на овај тип, те се, доследно томе, у последње време јако оспорава апсолутна власт оца породице, као и бесправност породичних чланова насупротив њему”.<sup>34</sup> У овом запажању има пуно истине чак и када је реч о фамилији с почетка периода републике, јер она задржава бројне одлике *consortiuma*, из кога је настала; а сасвим је одговарајуће времену оснивања града када је *consortium*, о коме се у доба Енгелса скоро ништа није знало, био владајући облик економско-породичне организације. Празнину у том погледу попунила су истраживања Стојчевића.<sup>35</sup>

Положај жене у *consortiumu* сличан је као и у одговарајућим широким породичним заједницама код других народа, онаквог степена развоја какав су имали Римљани у то доба, јер су присутне сличности у основним карактеристикама оваквих заједница. Да фактички односи у старој римској породици нису обележени некаквим апсолутним свевлашћем фамозног шефа породице уочили су већ Енгелсови савременици, што је Енгелсу било довољно да дође до поменутог закључка.<sup>36</sup> Али тек је Стојчевић успео да у потпуности, уз аргументовано објашњење, сруши мит о свемоћном *pater familiasu*.<sup>37</sup> Тиме је аутор дао врло значајан допринос сагледавању положаја жене у старој римској породици, мада му то није био циљ. У *consortiumu*, који Стојчевић свестрано анализира, још мање је могло бити некакве свевласти, како уопште, тако и у односу на жену посебно. Тамо, уосталом, и није било никаквог *pater familiasa*.

<sup>31</sup> Позната је, рецимо, легенда о Кориолану, односно о утицају мајке и супруге на њега, у ситуацији када ни свештеници нису могли да га умилостиве. Има мишљења да у овој легенди има историјске истине. Више о легенди у Livius: *Ab urbe condita*, II, 37-40; Плутарх: *Паралелне биографије*, Кориолан.

<sup>32</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 69.

<sup>33</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 55-56.

<sup>34</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 56.

<sup>35</sup> Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1966, с. 265-272; *Облици својине у старом Риму*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1970, с. 345-355.

<sup>36</sup> Већ поменути аутори из друге половине XIX века (Де Куланж, Жид, Јеринг).

<sup>37</sup> Стојчевић, Д. – *Римско приватно право*, Београд, 1974, с. 81-82. Такође поменути радови: *Gens, consortium, familia*; *Облици својине у старом Риму* итд.

На жалост, све ово није било довољно да се из корена измене годинама понављана погрешна схватања о положају жене у старом римском друштву.<sup>38</sup> Чак се још увек може срести мишљење да је жена све подређенија што се дубље залази у римску прошлост, а што би у ствари значило да је римски *consortium* од самога почетка строго патријархалан и да жена у њему малтене има положај, далеко пре но што се ропство код Римљана родило.<sup>39</sup> Такво схватање је, мирне се душе може рећи, потпуно апсурдно.<sup>40</sup>

Као и сличне заједнице код других народа, како истиче Стојчевић, римски *consortium* из доба оснивања града носи одлике и елементе услова у којима је настао: затворену кућну привреду и натуралну производњу, осећање трајности породичне имовине и за њу везане породичне групе, као и *agnatsko* сродство<sup>41</sup> чини затворену економску јединицу и основну ћелију друштва. Додуше, *ager gentilitius*, као основа најразвијеније гране производње, сточарства, обједињује *consortiume*, као и њихово порекло, заједничка гробља, светковине, веровања, схватања и осећања блискости и солидарности. Али изузетно драгоцену зиратну земља у поседу је појединих од *consortiuma* и временом прераста у приватну својину, колективну али приватну.<sup>42</sup> Унутар групе, коју чини више генерација, владају друштвено-својински односи; а на одређеном степену друштвеног развоја оваква група је нужни, за оба пола једнако важан и једини могућан начин опстанка. Жена је физички и временски више но мушкарац везана за породичну групу, али и мушкарац ту види све оно најдрагоценије што има. Сурови услови живљења, уз одговарајућа схватања, диктирају уску међузависност чланова групе. Нужна подела рада према полу и узрасту, строга дисциплина у раду и животу, уз минимални или никакав вишак производње, обавеза очувања и увећања породичне имовине ван које нема живота и за коју су сви чланови везани, природне су последице ондашњих услова живљења.<sup>43</sup>

У тим условима живљења делатност жене једнако је важна и нужна као и мушкарчева. У том смислу Енгелс каже: "У старом комунистичком домаћинству, које је обухватало много брачних парова и њихову децу, женама поверено вођење домаћинства било је исто толико јавна, друштвено нужна радиноћ, колико и рад мушкарца на прибављању

<sup>38</sup> Додуше, учињен је поодавно покушај уочавања трагова матријархата у Риму из доба краљевства, али није имао довољно одјека међу романистима: Pignaniol, A. – *Essai sur les origines de Rome*, Paris, 1917, с. 156-158. Међу историчарима изузетак чини Ростовцев, М. – *Историја Старог света*, I, Нови Сад, 1974, с. 238., сматрајући да у старом Риму и неким другим старим италским градовима има трагова матријархата. Међу савременим романистима изузетак представља, прихватајући мишљење о траговима матријархата у старом Риму, Herrmann, Cl. – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Bruxelles, 1964, с. 10.

<sup>39</sup> Среће се рецимо мишљење да су некада давно и малолетник и жена били у пуној власти одраслих мушких чланова породице (Еиснер – Хорват: *Римско право*, Загреб, 1948, с. 195; Андреев, М. – *Римско часно право*, Софија, 1971, с. 160 итд.) Унеколико оваквим схватањима допринели и став да се власт над децом формирала преко претходно успостављене власти над женом, који износи Girard, P. – *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1918, с. 151. Оваква констатација је основана само са једног аспекта, мада аутор изгледа није на то мислио: са аспекта начина заснивања патријархата код Римљана, преко свечаног *matius* брака. О томе ће бити речи касније у тексту, а више у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 128-144.

<sup>40</sup> Више о апсурдности оваквог схватања у Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 46.

<sup>41</sup> Више о томе в. Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, с. 270.

<sup>42</sup> Више о томе в. Стојчевић, Д. – *Облици својине у старом Риму*, с. 351.

<sup>43</sup> Више о томе в. Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, с. 271.



животних намирница.<sup>44</sup> Ако се овоме дода и низ других одлика онога доба (друштвено-својински односи, непостојање ропства и експлоатације, значај женине функције рађања и схватања везана за њу), несумњиво је да су односи између полова у најмању руку равноправни.<sup>45</sup> “Ово се изменило”, каже даље Енгелс, “са патријархалном породицом, и још више са моногамском инкосном породицом. Вођење домаћинства изгубило је јавни карактер...”.<sup>46</sup> С обзиром на традиционална схватања о старом римском друштву као строго патријархалном, схватања погрешна али и до данас жива, оваква би констатација могла и вероватно је бивала коришћена у циљу одржавања тих старих схватања; а примењена на *consortium*, откад се за њега зна, та схватања упућују на његову строгу патријархалност, какву помињу *leges regiae*. Истина, међутим, до које није тешко доћи, посве је другачија.

Најпре, када помиње патријархалну породицу, Енгелс оперише појмовима који премашују векове. Несумњиво је да постоји огромна разлика између породичне групе у којој се тек родио патријархат и оне која је већ вековима патријархална и из које се непосредно рађа инкосна моногамна породица. Та два типа породице не деле само векови, већ и врло велике разлике у структури и међусобним односима њихових чланова. Затим, зависно од начина развоја једног друштва, развој породице иде на један или други начин, а патријархат може, али и не мора сам по себи да жену стави у други план. За то је потребан још низ других значајних друштвених промена, односно појава (рађање приватне својине, експлоатације, ропства, одговарајућих схватања итд.). Патријархат сам по себи у тренутку увођења не мења осетније постојећу позицију жене. У том смислу Енгелс каже: “Ова револуција, једна од најрадикалнијих коју су људи доживели, није погодила ниједног од живих чланова *gensa*. Сви његови припадници могли су и даље остати оно што су и пре били. Довољно је било једноставно решење да ће убудуће потомци мушких чланова бити искључени преласком у *gens* свога оца...”.<sup>47</sup>

Ова промена свакако није могла бити ствар тренутка, а решење је “једноставно” у смислу немењања постојеће позиције чланова *gensa*, у тренутку увођења; али сигурно није могло бити једноставно у техничком смислу. Матријархалне везе су вековне, уобичајене и снажне, те њихов раскид захтева некакав очигледан, довољно споља видљив и ритуалом обележени начин. Код старих Римљана тај начин је био, рекло би се, свечано заснивани *malus* брак. Првобитна његова функција највероватније је била управо прекид матријархалног и увођење патријархалног сродства и наслеђивања; односно симболично подвођење жене под неку врсту патроната мушкарца и тиме везивање њене деце за оца.<sup>48</sup> Касније пак, када се патријархат уобичајио, *manus* брак ће добити нешто другачији карактер, а првобитна његова улога биће заборављена.

Увођење патријархата у широку римску породичну заједницу, као и код других народа, у првом тренутку свакако није осетније утицало на постојећу позицију жене. Када је тај “тренутак” наступио тешко је рећи. Стојчевић *consortium* из времена непосредно пре

<sup>44</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 69.

<sup>45</sup> Више о оним друштвеним појавама које жени у доба матријархата омогућују угледан друштвени положај у Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*; Бебел, А. - *Жена и социјализам*; Де Бовоар, С. – *Други пол*, I. О траговима неких од тих појава у Риму в. Јовановић, М. – *Рим из доба Ромула – патријархални или матријархални?*

<sup>46</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, приватне својине и државе*, с. 69.

<sup>47</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице...* с. 53.

<sup>48</sup> Само у овом смислу би се могао прихватити поменути Жираров став о томе да власти над децом претходи власт над женом (Girard, P. – *Manuel...* с. 151). Више о првобитној функцији *manusa* у Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 128.



оснивања града, када је по њему био породична заједница “у процвату”, сматра патријархалним.<sup>49</sup> Судаће, међутим, по бројним траговима матријархалне епохе чак и у времену доста година касније, рекло би се да тренутак увођења патријархата није био много удаљен од времена оснивања града.<sup>50</sup> У сваком случају, извесно је да није осетније изменио позицију жене, можда и отуда што није имао времена да се устоличи, због наглог економског развоја, скоковитих друштвених промена и нарушавања самога *consortiuma*; а можда и отуда што је пребрзо уведен, донекле и неспонтано. Нагли економски развој, нарастање добара у породици и жеља да се она пренесу деци чине везе живљења временом јачим од крвних веза по мајци, када је имовина у питању. Патријархално агнатско својство надвладава, али не мења постојећу позицију жене. Код Римљана уопште нема трагова реалне куповине жене; таква појава је вероватно била неспојива са ондашњим односом према жени. *Coemptio* је нова творевина и само је, ради упрошћавања поступка, симболична имитација друге установе. Таква је уосталом и ситуација са *ususom* и *usurpatio trinocitii*.<sup>51</sup> Затим, као израз старе позиције жене може се истаћи мираз, по већини аутора врло стара установка.<sup>52</sup> Кроз брак *cum manu* жена прекида имовинску и религијску заједницу са матичном породицом и везује се за породицу мужа, стичући тамо наследно право; али матична породица, задржавајући старо схватање имовинског положаја жене, обезбеђује јој мираз. Избегавање *manusa* по Закону XII таблица, од стране жене, управо долази отуда што она у брак уноси знатна средства.<sup>53</sup> Коначно, и сврставање жене у наследни ред “*sui*”, по старом праву, само је нужна правнотехничка формула којом се жена издваја из дотадашњег реда *agnata*, стављеног у други план по Закону XII таблица.<sup>54</sup> Њен положај “*filiae loco*” само у том смислу постоји и из тих разлога. Чисто правно гледано, *pater familias* има више права у погледу имовине, као једини правом признати представник некадашње генерације из *consortiuma*; али у фактичком животу суштински се позиција жене није изменила тиме што је издвојена из реда *agnata* и прикључена *pater familiasu*. Наравно, у бу-

<sup>49</sup> Стојчевић, Д. – *Облици својине у старом Риму*, с. 350; *Gens, consortium, familia*.

<sup>50</sup> Тешко је рећи да ли се патријархат код Римљана родио спонтано, кроз аутохтони развој, или под утицајем других цивилизованих народа. Друго схватање изгледа далеко прихватљивије, али је питање који то народ врши утицај на Рим. На југу Апенина већ постоје грчке колоније са којих се могао патријархат пренети на суседе. Али према бројним подацима стари Римљани највише контакта имају са Етруријом и чак су једно време били под њеном доминацијом; а у Етрурији, по мишљењу бројних аутора, још увек постоји матријархално стање, бар када је положај жене у питању. О томе в. Ростовцев, М. – *Историја Старог света*, I, Нови Сад, 1974. с. 228; Herrman, Cl. – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Брисел, 1964, с. 9-10. Слично мишљење има и Машкин, Н. А. – *Историја старог Рима*, Београд, 1968, с. 60, истичући да мајка код Етрураца у породици има значајнију улогу но отац.

<sup>51</sup> Познато је да се по Закону XII таблица *manus* заснован *ususom* избегавао симболичном применом правила о прекиду одржаја (VI, 4); а далеко од тога да се жена у оно време сматрала предметом, над којим се одржајем стиче својина.

<sup>52</sup> Више о томе Gide, P. – *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris, 1885, с. 501. и даље.

<sup>53</sup> Избегавање *manusa* по Закону XII таблица (VI, 4) путем *usurpatio trinocitii* годинама збуњује бројне ауторе и изазива најразличитија тумачења, почев од оних која овде налазе доказ о власти над женом, али без довољно аргументације, до оних која ту виде клицу еманципације жене. Ваља поменути да Јеринг најпре прихвата једно доста рационално објашњење ове појаве, какво се среће код Жида, али касније, што је сасвим разумљиво, одустаје од тог мишљења и мисли да је боље ово питање оставити отвореним, као историјску енигму (Ihering, R. – *L'esprit du droit romain*, с. 187 и с. 188; *Histoire du développement du droit romain*, с. 48). Питање је значајно и заслужује посебну пажњу. Покушај да се ова енигма реши, сматрамо успешан, учињен је у Јовановић, М. – Положај жене... с. 156-180.

<sup>54</sup> Више о овоме у Јовановић, М. – *Положај жене*... с. 103-119.

дућности ће ситуација бити другачија, али у време доношења Закона XII таблица ово је била једина форма којом би се истовремено изразио и промењени положај жене, у односу на *consortium*, из кога се родила *familia*. А у *consortiumu*, сасвим је сигурно, жена је имала једнака имовинска права са мушкарцем (као највреднија и од егзистенцијалног значаја), имајући уопште у породици и друштву равноправан положај са њим.

Унутар *consortiuma*, иако је он зачетник приватне својине (гледано према споља), владају друштвено-својински односи, схватања и осећања, што подразумева равноправност у оквиру генерације.<sup>55</sup> У том погледу постоји сличност са широким породичним заједницама код других народа. Посебно су у том смислу илустративна запажања Ковалевског о јужнословенској кућној задрузи из IX века, која Енгелс истиче: "...Али врховну власт има породично веће, скупштина свих одраслих задругара, како жена тако и мушкараца. Домаћин полаже рачун тој скупштини, она доноси важније закључке, суди задругарима, одлучује о значајнијим куповинама и продајама, нарочито у погледу земљишног поседа."<sup>56</sup> Сасвим је сигурно да у Римском *consortiumu* жена такође има у најмању руку исти овакав положај, а вероватно чак и уваженији. Наглашавајући друштвеносвојинске односе унутар *consortiuma* Стојчевић каже: "...Чак и жене, које због патријархата имају нешто подређен положај, у погледу имовине су потпуно изједначене са мушкарцем."<sup>57</sup>

У ствари, питање је да ли у старом *consortiumu* жена заиста има "нешто подређен" положај. Судићи по подацима који говоре о изузетном њеном уважавању и много година након оснивања града, не би се рекло.<sup>58</sup> Судићи такође по траговима матријархалне епохе, рекло би се да патријархат није још увек стигао да измени постојећу позицију жене.<sup>59</sup> Додуше, тачно је да су у *consortiumu* зачете клице неких од оних друштвених појава које ће временом узроковати пад жене. Поред патријархалног сродства и наслеђивања, ту је зачета приватна својина и ту су корени првобитног ропства;<sup>60</sup> ропства које ће, са своје стране, утицати на пад вредности жениног рада и женине личности, а истовремено мушкарцу омогућити да се исказе као господар и као "*homo faber*".<sup>61</sup> Већ у *consortiumu* су зачете клице будућег класног раслојавања и експлоататорских односа, уопште и између полова. Ту су већ клице услова у којима ће се зачети ново, рационално схватање света од стране мушкарца и другачије његово схватање и гледање на жену.<sup>62</sup>

Али клице тих будућих другачијих односа међу половима још дуги низ година неће уродити плодом. У тренутку њиховог зачињања жена још увек задржава постојећу позицију, што је сасвим схватљиво. Теже је схватљива, међутим, чињеница да жена чак

<sup>55</sup> Више о овоме у Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*; Облици својине у старом Риму; "*Uti legassit*" Закона од XII таблица.

<sup>56</sup> Енгелс, Ф. – Порекло породице, прив. својине и државе, с. 56.

<sup>57</sup> Стојчевић, Д. – Облици својине у старом Риму, с. 350.

<sup>58</sup> Преглед података у Јовановић, М. – Положај жене... с. 400-492.

<sup>59</sup> Нешто о томе у Јовановић, М. – Рим из доба Ромула..., Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1986.

<sup>60</sup> Говорећи о широким породичним заједницама, које се богате, Енгелс каже: "Чим су таква богатства једном прешла у приватну својину породица и тамо брзо расла, она су задала снажан удар друштву које се оснивало на синдијазмичком браку и матријархалном *gensu*", (Порекло породице... с. 52).

<sup>61</sup> Де Бовоар, С. – *Други пол*, I, с. 104-105.

<sup>62</sup> Де Бовоар, С. – *Други пол*, I, с. 104-111.



и три стотине година након оснивања града има и те како уважен положај у друштву и породици, а што се није могло значајније изменити ни кроз Закон XII таблица. Разлог томе, по много чему судећи, јесу одређене специфичности у даљем политичком и економско-породичном развоју римског друштва до времена доношења Закона, специфичности које узрокују релативно дуго одржавање онаких услова какви жени пружају угледан друштвени положај.

2. Процес рађања државе, познато је, не иде на идентичан начин код свих народа. Познато је такође да политичка организација друштва, са своје стране, иако јој у основи стоји одговарајући степен друштвено-економског развоја и њему адекватни облик породичне организације, утиче на карактер породичне структуре и на статус жене у оквиру ње. Рађање и развој римске државе до класичног облика, у том погледу, имају извесне специфичности. Римска држава, каже Енгелс, не израста као атинска “непосредно и претежно из класних супротности које се развијају у оквиру самог гентилног друштва... У Риму гентилно друштво постаје затворена аристократија усред многобројног плебса, који је ван њега и који има дужности, али нема права; победа плебса руши старо гентилно уређење и подиже на његовим рушевинама државу, у којој убрзо ишчезавају обоје, и гентилна аристократија и плебс.”<sup>63</sup> О путу настанка старе римске државе до Енгелса се врло мало знало, и у том смислу он наглашава: “...Услед густог мрака којим је обавијена цела легендарна историја Рима, мрака знатно појачаног рационалистичко-прагматичким извештајима доцнијих правнички образованих писаца, чија нам дела служе као извори, немогућно је рећи нешто одређено, било о времену, било о току, било о поводу револуције која је учинила крај гентилном уређењу. Једино је извесно да је њихов извор био у борбама између плебса и популуса.”<sup>64</sup>

У ствари, процес рађања римске државе започео је већ пре времена у којем се плебс јавља као јака политичка снага. У оквиру самог патрицијског слоја, иако затвореног и изнад плебејаца одигнутог, рађа се процес раслојавања и клице новог друштвеног уређења. Држава у класичном смислу родиће се не само из борбе плебејаца, већ такође кроз сарадњу имовински јачих припадника оба друштвена слоја. Али дуги низ година између ова два слоја стоји огроман јаз; а њихова раздвојеност, стални сукоби, нетрпељивост и одицање патриција изнад плебејаца, низ година римској политичкој организацији дају извесне специфичности. Све већи прилив разнородног становништва у Рим, слободног али углавном сиромашног, лишеног грађанских права и коришћења *ager gentilitius*, са једне стране, и све јаче затварање римских *gensova* и одицање изнад те масе у којој је *populus* недоступан, са друге стране, чине једну посебну карактеристику првобитног римског државног уређења, различитог од класичних.<sup>65</sup> У том смислу Стојчевић каже: “Насупрот плебејцима, римски *gensovi* као целина, иако и сами у већ одмаклом процесу унутрашњег раслојавања, претворили су се у владајућу класу, патриције, ограђене од плебејаца не само класним интересима, него и религијом, етничким пореклом, сопственим обичајима и привилегованим правним положајем, тако да је однос између њих и плебејаца имао, поред класних, извесне елементе сталешких разлика. Патрицији и плебејци представљају основну класну супротност римског друштва тога времена, чија ће даља заоштреност до антагонизма принудити патриције да организују свој државни апарат. Робови, којих је било, нису играли приметну улогу у римском привредном, па ни политичком животу.”<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице...* с. 164-165.

<sup>64</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице...* с. 124-125.

<sup>65</sup> О пореклу плебејаца постоје различите хипотезе, а најприхватљивије је управо схватање које Енгелс већ износи, а посебно образлаже и аргументује Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 70.

<sup>66</sup> Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 69.

Временом долази до све изразитијег раслојавања унутар слоја патриција и издвајања гентилне аристократије, са једне стране, и до богађења плебејаца, занатлија и трговаца, са друге стране, уз њихово издвајање из масе осталих плебејаца и све већи значај у новим условима привређивања.<sup>67</sup> Отуда су, уз ослањања на читав бројни слој плебејаца, њихови захтеви за земљом и учешћем у власти све снажнији. Уз то, због сталних ратовања Римљана са суседима, плебејци добијају значаја и као војна снага. Временом је нужно учинити им одређене уступке као слоју; али одлучујућу друштвену промену заједно ће извести богати припадници оба слоја, чији интереси надвлађавају дугогодишњу сталешку подељеност. Радикални захват у том погледу, познато је, учиниће чувена Сервијева реформа, негде с краја периода краљевства или с почетка периода републике.<sup>68</sup> Овом реформом, каже Стојчевић, “задат је одлучујући ударац римском гентилном уређењу, базираном на сродничким везама, а успостављено је у основи државно уређење, базирано на богатству и срачунато на држање у покорности плебејаца”.<sup>69</sup> У ствари, у покорности остаје маса сиромашних плебејаца, а богати плебејци су, како сам аутор истиче, “већ прокрчили пут ка сједињењу са богатим патрицијима и обезбедили извесно учешће у управи државом”.<sup>70</sup> Држава у класичном смислу је рођена, мада ће бити потребно још времена да се учврсти и ослободи остатака гентилног уређења. Сукоби између два друштвена слоја ће се и даље наставити, све до времена када се и формално плебејцима допушта учешће у највишим државним функцијама; али карактер тих сукоба је другачији. Могло би се рећи да је негде до доношења Закона XII таблица и *lex Canuleia* завршена једна значајна, преломна фаза у развоју старог римског друштва и да су односи између два водећа друштвена слоја попримили другачији карактер.<sup>71</sup> Стара сталешка подељеност је већ разбијена; римско гентилно друштво је разорено, мада ће неки његови трагови још увек остати да живе, имајући утицаја и на положај жене у породици и друштву као целини.

Од оснивања града до овога времена, међутим, по традицији је протекло око три стотине година. Римско друштво у том периоду, захваљујући повољном географском положају и посебно контактима са Етруријом, убрзано иде напред, прескачући неке фазе развоја,<sup>72</sup> али оно у основи остаје гентилно; наравно превасходно у кругу патриција, мада се извесни односи и схватања овога слоја рефлектују на читаво становништво града. Однос према жени рецимо, независно од тога којем слоју припада, задржао је доста од старог карактера: мотив пада *decemvira*, сматра се, било је насиље над једном плебејком, што свакако није без значаја (мада у том случају стоје и одређени политички интереси).<sup>73</sup> О тадашњем римском уређењу Енгелс каже: “Као Грци у херојско доба,

<sup>67</sup> Више о томе у Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 69-71.

<sup>68</sup> Више о томе у *Livius: Ab urbe condita*, I, 18; Енгелс, Ф. – *Порекло породице прив. својине и државе*, с. 124-125; Ростовцев, М. – *Историја Старог света*, с. 244; Ромац, А. – *Извори римског права*, Загреб, 1973, с. 15, н. 10; Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*.

<sup>69</sup> Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 72.

<sup>70</sup> Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 72.

<sup>71</sup> Иако се Закон XII таблица често истиче као резултат борбе плебејаца, у ствари је био и резултат тежњи самих патриција, како основано закључује Стојчевић (*Римско приватно право*, Београд, 1974, с. 21). А коначном разбијању сталешке подељености између два друштвена слоја кумовао је *lex Canuleia*, којим је допуштен брак између њих. Закон је био истовремено знак снаге плебејаца, али и измењених схватања патриција, по нужди и политичкој мудрости. На значај његов посебно указује Јеринг (*Histoire du développement du droit romain*, с. 75).

<sup>72</sup> Више о томе у Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 62.

<sup>73</sup> Има мишљења да ова легенда није лишена историјске истине. Више о томе у *Herrmann, Cl.* – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, с. 35-38.

тако су и Римљани у доба такозваних краљева живели у војној демократији која се оснивала на *gensovima*, *fratijama* и *plemenima* и из њих развила. Иако су *курије* и *племена* и били делимично вештачке творевине, они су били формирани по правим, самониклим узорима друштва из кога су произашли, и које их је још окруживало са свих страна. Иако је самоникло патрицијско племство већ ухватило корена, иако су *reges* настојали да постепено прошире своју власт, све то не мења првобитни основни карактер уређења.<sup>74</sup> У основи, дакле, реч је о гентилном уређењу (што условљава и одговарајући положај жене у друштву и породици), иако су већ присутни зачеци његовог распадања, можда више узроковани спољним факторима.

2

Рим, наиме, убрзо након оснивања бива привлачан за масу дошљака, као и за суседну Етрурију. Постаје средиште размене, како због слободног прилаза ушћу Тибра, тако и због близине развијене Етрурије, посебно од времена подизања моста преко Тибра.<sup>75</sup> Али гентилно римско друштво још увек није спремно да прихвати неке новине у начину живљења, обичајима, понашањима. Новине сувише брзо долазе, и то споља као нешто странано, немајући корена у самом том друштву. Отуда оно реагује затварањем у један посебан друштвени слој, у почетку бројно далеко надмоћнији над дошљацима; слој који упорно одржава старе односе унутар себе и стара укоренења схватања, чији ће се остаци задржати чак и у доба када је јединство овога слоја већ разбијено. Управо тај специфичан пут развоја римског гентилног друштва, затварање политички организованих *gensova* у један виши, имовински и политички јачи друштвени слој, слој патриција, на супрот различитој, неорганизованој и нејединственој маси плебејаца, продужава живот многим одликама старог гентилног уређења; међу њима и онима које положај жене у друштву и породици чине далеко повољнијим но што ће бити у класичном државном уређењу каснијих векова.

Одижући се, са једне стране, изван и изнад *plebsa*, и на супрот њему, као и борећи се, са друге стране, да сачува самосталност и оригиналност на супрот већ цивилизованој Етрурији чији интензиван утицај трпи, уз истовремено стално ратовање са суседним градовима, римско гентилно друштво организује одређени облик државе, али много више, односно превасходно према споља. А унутар самога друштва, између његових припадника, великим се делом задржавају стари гентилни односи, како уопште, тако и у односима између полова. Остајући затворено друштво, као један привилеговани слој и доста јединствен у односу на плебејце и суседе, патрицији успевају да унутар свога круга дуго одрже старе међусобне односе; ово свакако захваљујући и чињеници да их не дели много времена од типичног гентилног уређења. Иако временом и сам тај круг захвата диференцијација, по имовинском положају (кроз јачање појединих *consorsijuma*), као и по политичком угледу (због уобичајеног бирања старешина из појединих породица), она ипак није толико снажна да би разбила старе гентилне односе. Контакти са етрурском аристократијом такође поспешују издвајање политички угледнијих породица, али гентилна солидарност је и даље јака и биће таква још дуго.

Значајан фактор оваквог стања свакако је и одржавање старог начина производње унутар повлашћеног слоја и одржавање старих друштвено-својинских односа, а такође и карактер даљег економско-породичног организовања. Доминантне гране производње унутар слоја патриција још увек су сточарство, базирано на *ager gentilitius*-у, и земљорадња на малим парцелама, у поседу појединих *consortiuma*; а као носиоци развијенијег занатства и размене јављају се плебејци. Патрицијско друштво још увек нема властиту обраду метала; занатски обрађени метални предмети добијају се од

<sup>74</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, прив. својине и државе*, с. 124.

<sup>75</sup> Више о томе у Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 65-66; Ростовцев, М. – *Историја Старог света*, с. 236. и други.

плебејаца или преко њих. Патрициј још увек није, како би рекла С. де Бовоар, “*homo faber*”, већ је то неко изван његовог круга. Гентилна солидарност и друштвено- својински односи и схватања, у тим условима, још увек доминирају над тек зачетим приватно- својинским елементима унутар *consortiuma*. У патрицијском кругу још дуго неће бити створени услови за подјармљивање, било које врсте, па и у односима између полова. Првобитно ропство у овај круг долази споља; поробљивање властитих суграђана, односно *gentila*, неспојиво је са ондашњим односима и схватањима, као и неке друге појаве.

Под утицајем превасходно спољних фактора (преко плебејаца, суседних градова и далеко развијеније Етрурије), римско гентилно друштво пребрзо и на један специфичан начин ускаче у државну организацију, окренуто углавном према споља, према тим спољним факторима. Не иживљава спонтано и потпуно свој век, прескаче неке фазе развоја које пролазе други народи.<sup>76</sup> Пребрзо и неспонтано ускаче у једно специфично државно уређење, различито од оног у класичном смислу. У отпору према спољним утицајима и факторима страним овом друштву, ствара се доста јака политичка организација; али унутар њега самог још увек нису сазрели услови за изразиту имовинску и политичку диференцијацију, за рађање државе у класичном смислу; нису сазрели услови за класно подјармљивање, нити за подјармљивање жене мушкарцу. Јавна делатност мушкарца углавном је оријентисана на односе према споља, према плебејцима и суседним градовима, а унутар самог патрицијског слоја она је још увек доста скучена и никако не подразумева подјармљивање *gentila* једних од стране других, како мушког тако и женског пола. Оваква политичка ситуација, уз све интензивнији економски развој, у великој мери одређује и карактер породичне организације, која опет, са своје стране, на један специфичан начин доприноси одржавању старих схватања, донекле и старих односа унутар читавог слоја патриција, независно од пола.

3. Упоредо са процесом рађања државе у класичном смислу, као резултат друштвено- економског и политичког развоја, тече у Риму и процес рађања фамилије. Под утицајем спољних у унутрашњих фактора, у оквиру патрицијског друштва долази до промена у политичкој организацији, које имају извесне особености, како уопште тако и у погледу положаја жене. *Consortium* се распада и *familia* временом превладава као доминантни облик економско-породичне организације. Али до времена доношења Закона XII таблица, наспрот мишљењу бројних аутора, процес осамостаљења фамилије још увек није окончан. Закон га региструје и поспешује истовремено. Фаворизујући *pater familiasa* у име фамилије, Закон у ствари фаворизује процес осамостаљивања фамилије, процес њене еманципације од утицаја ширих заједница, *consortiuma*, односно од утицаја *agnata* и *gentila*.<sup>77</sup>

Владајуће мишљење у литератури, међутим, да *familia* доминира већ пре овога времена; мишљење које су из темеља пољуљала тек истраживања Стојчевића,<sup>78</sup> мада је

<sup>76</sup> Више о томе у Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 62.

<sup>77</sup> Идеја о еманципацији фамилије, мада не са овог аспекта, присутна је већ код Мониеа (Monier, R. – *Manuele elementaire de droit romain*, Paris, 1935, с. 539-540) али јој у литератури дуго није придато значаја. О интересима државе у погледу распадања *consortiuma* и учвршћивања фамилије више у Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, с. 271. О еманципацији фамилије као једној од основних идеја Закона XII таблица у имовинско-породичној сфери у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 70-76.

<sup>78</sup> Поменути радови Стојчевића: *Gens, consortium, familia*; *Облици својине у старом Риму; “Uti legassit” Закона од XII таблица; Формирање ране римске државе; Такође Стојчевић, Д. – Agnatus proximus, Droits de l’antiquite et sociologie juridique*, Sirey, 1959, с. 273-287.

још Енгелс истакао основану сумњу у погледу владајућих схватања.<sup>79</sup> При том се као посебно обележје римске фамилије, подразумевајући и период пре Закона XII таблица, редовно у литератури истиче *patria potestas pater familias* над свим члановима породице и *manus* над удатим женама; *patria potestas* као апсолутна власт шефа фамилије, имовинска и лична, власт која иде до *ius vitae ac necis* над свим члановима породице, и *manus* као један посебан вид те власти примењене према удатој жени. У складу са тим се у литератури XIX и XX века, сем ретких изузетака међу ауторима (чија открића на жалост нису имала довољно одјека),<sup>80</sup> ове две установе помињу као пример апсолутне власти шефа породице; истовремено и као пример апсолутне и скоро неограничене власти мушкарца над женом у најстаријем римском праву, уз понеку узгредну констатацију у смислу да је фактички положај жене био нешто повољнији но правни њен положај.



Овакво мишљење упорно се одржава, чак и код аутора који полазе од историјско-материјалистичког приступа историји људског друштва, историји права и историји жене у оквиру друштва и породице. Унеколико је таква појава разумљива. Наиме, до тренутка доношења Закона XII таблица већ су рођени право и држава у класичном смислу и рођена је *familia* базирана на приватној својини; а познато је да су ти темељи, не само подјармљивања једне друштвене класе другој, већ и жене мушкарцу.<sup>81</sup> Затим, сам Закон у име породице издваја *pater familias*, мушкарца, мада нигде не наглашавајући некакво његово свевлашће. Најзад, ту су фамозни “краљевски закони” по којима строги патријархат у Риму постоји још у доба Ромула, и захваљујући чијим одредбама се, у ствари, дефинишу *patria potestas* и *manus*. Уз *leges regiae* и одредбе Закона XII таблица се тумачен на начин који уопште није адекватан њиховом првобитном смислу. Ако се овоме дода тумачење старог *ius civile* од стране Римљана попут Катона Старијег, разумљиво је што се старе заблуде о положају жене у најстаријем римском праву и даље одржавају.<sup>82</sup> Аутор који не вреднује довољно податке о фактичком положају жене у старом Риму, који не види у “краљевским законима” један груби фалсификат историје и који слепо верује антифеминистички расположеним Римљанима из каснијих векова, када помињу старо право, лако се може закључити да је патријархат у Риму овога времена већ попримио драстично вид. Лако се може закључити да је већ рођена класична моногамија, пуно различита од оне у етимолошком смислу;<sup>83</sup> да је мушкарац, задржавајући јавну делатност, већ увелико “приграбио крму и у кући”, да је жена већ претворена у служавку и “робињу његове похоте”, обесправљена и потпуно му подређена, обавезана на рађање легитимних потомака мужу, док он и даље за себе задржава стару полну слободу.<sup>84</sup> Истина је, међутим, посве другачија, како је већ речено.

<sup>79</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице, прив. својине и државе*, с. 56 (раније цитирана констатација Енгелса, с. 6. Овога рада)

<sup>80</sup> Већ раније поменути аутори, н. 8.: De Coulanges, Gide, Ihering.

<sup>81</sup> Више о томе у делима поменутих аутора, н. 25.: Енгелс, Бебел, С. де Бовоар.

<sup>82</sup> Катон Старији, познат као поштовалац старине, стално се жали на дрскост жена његовога времена и наглашава како су жене некада биле у пуној власти мушкараца. Неки цитати из Катонових говора садржани су у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 57-59.

<sup>83</sup> О класичној моногамији, потпуно различитој од оне у етимолошком смислу у Енгелс, Ф. – *Порекло породице, прив. својине и државе*, с. 59., тј. 59-65.

<sup>84</sup> Више о томе у Енгелс, Ф. – *Порекло породице... с. 59. и даље.*

Наиме, довољно података сведочи о чињеници да је жена у фактичком животу онога времена била равноправна са мушкарцем.<sup>85</sup> *Leges regiae*, судећи по бројним одликама старог римског друштва, уопште не припадају времену којем се приписују, бар кад је положај жене у питању;<sup>86</sup> а мит о свемоћном *pater familiasu* успешно је срушен.<sup>87</sup> У складу с тим, анализа одредби Закона XII таблица не упућује на закључак о некаквој апсолутној обесправљености жене.<sup>88</sup> Додуше, тачно је да су до овога времена већ ударени темељи будуће изразите правне неравноправности жене у односу на мушкарца. Али темељ једне појаве и та појава у процвату не носе знак једнакости. Римска моногамија овога времена далеко је сличнија оној код Германа из Тацитовог доба но атинској моногамији истог тог времена;<sup>89</sup> или, можда тачније речено, према односима између полова римска *familia* има далеко више сличности са *consortiumom*, из кога израста, но са грчком породицом тога доба, као и са инокосном моногамном породицом код самих Римљана из класичнога доба.

Основу таквог стања чине извесне карактеристике старе римске *familije*, узроковане специфичностима економског и политичког развоја римског друштва до тога доба. Не само у тренутку када се рађа, но чак и онда када је постала доминантни облик економско-породичне организације, *familia* по положају жене још увек не представља класичну инокосну моногамну породицу. По много чему је, у ствари, *consortium* у малом. Већ Енгелс у том смислу упозорава на дотадашња погрешна схватања.<sup>90</sup> Под утицајем унутрашњих и спољних фактора, економских и политичких, *consortium* се пребрзо распао.<sup>91</sup> Изгледа да је, како истиче Стојчевић, релативно кратко живео, бар од времена када је у њега ушао патријархат, не стигавши да самостално и спонтано иживи свој век.<sup>92</sup> Распао се пре но што би дошле до изражаја све оне појаве које узрокују пад жене. На неки начин је вештачки пресечен његов живот и развој. Захваљујући свему томе, нова породична јединица, *familia*, задржала је многе његове карактеристике, задржавајући умногоме и стари однос према жени.

Римско друштво, наиме, доживљава нагли економски развој, економски скок; са једне стране због теренски повољног положаја Рима, што погодује развоју трговине, мада у

<sup>85</sup> Прави значај овим подацима дали су већ поменути аутори из XIX века: Де Куланж, Ф. – *Античка држава*; Gide, P. – *Etude sur la condition privée de la femme*; Ihering, R. – *L'esprit du droit romain; Histoire du développement du droit romain*. У новијој литератури в. Herrmann, Cl. – *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la Rep. rom.*

<sup>86</sup> О питању аутентичности "*leges regiae*" в. Girard, P. – *Textes de droit romain*. О неспојивости одредби "краљевских закона" са периодом краљевства, односно војне демократије код Римљана. Када је положај жене у питању, в. Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 25-35. Та разматрања такође у Јовановић, М. – "*Leges regiae*" – *Питање аутентичности*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1984, с. 149-159.

<sup>87</sup> Стојчевић, Д. – *Римско приватно право*, Београд, 1974, с. 81-82; *Gens, consortium, familia*; *Облици својине у старом Риму* итд.

<sup>88</sup> Детаљна анализа одредби Закона у Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 59-273.

<sup>89</sup> О Тацитовој Германији у Кандић, Љ. – *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд, 1977. Анализа неких података о Германима из доба Тацита у Јовановић, М. – *Положај жене у најстаријем римском праву*, с. 372-387.

<sup>90</sup> Енгелс, Ф. – *Порекло породице...* с. 56 (цитат на с. 6 овога рада).

<sup>91</sup> Стојчевић, Д. – *Gens, consortium, familia*, с. 271; *Облици својине у старом Риму*.

<sup>92</sup> Познато је да се код неких народа овај облик породице задржава све до XIX века, а слични облици се срећу чак и у XX веку. Илустративна су унеколико у том смислу истраживања Стојчевића у пределу Проклетија ("*Uti legassit*" Закона XII таблица, с. 338, н.20).

почетку много више за странце него за Римљане, који су тек закорачили у прве видове размене; са друге стране због све интензивнијих контакта са Етруријом, од које се сазнаје за нова оруђа, нову технику и методе рада. Такав развој се временом одражава на породичну организацију, омогућујући самостални опстанак породичној групи ужој од *consortiuma*. Али тај развој је много више резултат прихватања стране технике и страног утицаја, но спонтаног унутрашњег напредовања самог римског друштва. Нови начин производње бива, рекло би се, накалемљен на једно још увек недовољно развијено гентилно друштво, у коме влада јака гентилна солидарност међу свим његовим припадницима независно од пола, послешена управо политичком затвореношћу тога друштва пред странцима. И уместо да економски просперитет узрокује јачање *consortiuma*, уз јачање приватносојинских елемената у њему и уз увођење робовске радне снаге, чиме би дошло до изразитије имовинске диференцијације у самом патрицијском кругу, а што би се одразило и на положај жене, одвија се нешто другачији процес. Чим је остварен изванредан економски напредак, који побољшава услове живљења и омогућује голи опстанак ужој породичној групи, уместо да јача, *consortium* почиње да се распада. Ужа група има мање могућности да напредује и у почетку, и поред неких нових елемената који се рађају у њој, углавном понавља живот *consortiuma*, задржавајући многе његове карактеристике. Та нова породична јединица, *familia*, иако јесте колевка приватне својине и на њој засноване инокосне моногамне породице, умногоме ће, и то дуго времена, одржавати стари положај жене, стари њен значај и уважавање.

Наравно, такав положај жене, у почетку потпуно равноправан са положајем мушкарца, независно од већ рођеног патријархата, није резултат никакве посебне и чудесне наклоности Римљана према жени, као што то није био случај ни код Тацитових Германа.<sup>93</sup> Био је резултат сплета околности, унутрашњих и спољашњих, економских и политичких, старих и нових, кроз чије преплитање стара римска *familia*, као и читаво друштво, добија нека специфична обележја, рефлексована и на положај жене. Наиме, у оквиру затвореног патрицијског друштва још увек гентилног иако већ у процесу распадања, развијају се и упоредо живе две супротне тенденције: са једне стране тежња да се одржи стара гентилна солидарност и блискост, насупрот спољним утицајима, и стари друштвено-својински односи, превасходно преко *ager gentilitiusa*; са друге стране индивидуалистичке тежње појединих брачних парова и њихове одрасле деце, тежње да се издвоје из *consortiuma* као широке породичне заједнице у којој сви одрасли, независно од пола и конкретног доприноса просперитету, имају иста имовинска права, а сва деца заједно имовину стичу онда када на њих дође ред, као генерацију.

Јавља се, дакле, тежња да се ужа породична група издвоји и настави самосталну егзистенцију, која је захваљујући економском развоју била могућна, ако не за најужу инокосну породицу, оно свакако за групу ужу од *consortiuma*, који је често био врло гломазан. Притом стара гентилна солидарност, одржавана затварањем и одизањем патриција изнад осталог становништва, снажна и дубоко укоренења, има двоструки значај. Она је један од врло важних фактора одржавања јединства код овог друштвеног слоја, као и одржавања друштвено-својинских односа у оквиру њега и спречавања изразитије имовинске диференцијације. Али та иста солидарност, која подразумева уважавање сваког члана патрицијског друштва и непостојање неке изразитије надмоћи и власти једних *gentilia* над другима, у новонасталом економски повољнијим условима постаје фактор који утиче на цепање *consortiuma*. У повољнијим условима живљења, када уже групе ближних сродника економски ојачају, стара гентилна солидарност управо утиче да дође до његовог издвајања, макар да то можда парадоксално звучи. Одвојено станујући, наиме, и будући ближи међу собом но са осталима, припадници те такве уже групе не желе да поседована вреднија добра деле са другима; али они не могу, иако су имовински јачи, и можда способнији за привређивање, да наметну неки

<sup>93</sup> О односу старих Германа према жени у Енгелс, Ф. – *Порекло породице...* с. 64-66.

изразитији примат читавој широкој породичној заједници, јер стара гентилна солидарност и осећање уважавања свих чланова заједнице то не допуштају. Некаква власт једних над другима у *consortium* била је неспојива са старим схватањима. Са друге стране, и они који се осећају економски слабијима, ако иоле могу опстати, радије ће прихватити цепање групе но некакво изразитије наметање воље од стране својих *consorta*, односно *agnata*; а основу таквом њиховом схватању обезбеђује, пре свега, *ager gentilitius*, као темељ најзначајније привредне гране у оно доба, сточарства. Отуда су цепање *consortium* на мање породичне групе све чешћа, уз истовремено одржавање друштвено-својинских односа, превасходно преко гентилне земље, и уз још увек јаку гентилну солидарност, посебно изражену у односима према споља, према плебејцима и странцима.<sup>94</sup>

Дакле, иако се све више разбија на уже породичне групе, али које су међусобно повезане, патрицијско друштво се још дуго одржава као једна релативно хомогена и снажна целина, насупрот и у отпору свему ономе што је изван њега; и унутар себе још дуго одржава стара схватања и старе међусобне односе гентила, односе солидарности и уважавања, независно од пола. А такав процес, истовременог обједињавања и разбијања на уже економско-породичне групе, свакако одговара и примитивној патрицијској држави, како у борби против плебса, тако и против суседних градова и Етрурије. Одговараће јој чак и онда када већ поприма класичан облик. Изразито јачање појединих *consortium*, посебно оних јако бројних, могло је угрозити јединство слоја патриција као целине.<sup>95</sup> Отуда ће држава, крећући ка новом облику, кроз новонастало право, поспешивати процес рађања фамилије и њеног осамостаљивања; подстицаће индивидуалистичке тежње у кругу самог патрицијског друштва, а које су, у извесној мери, биле одраз постојеће равноправности гентила. Дубоко укоренено осећање равноправности, уз економски напредак који олакшава услове живљења, и уз све снажнију везу између родитеља и деце, изазива жељу за властитом самосталном породицом и властитим божанствима. Држава ће те тежње подржати, допуштајући поделу породичне имовине и фаворизујући шефа фамилије у име породичне групе, као представника читаве некадашње генерације одраслих у *consortium*.<sup>96</sup>

На овај начин, гледано према будућности, држава одређује и судбину жене, мада јој у тренутку озакоњења фамилије то није био посебан циљ. У извесној мери би се по овом питању могао прихватити став С. де Бовоар, али не у смислу који ауторка истиче. Разматрање о римској жени С. де Бовоар овако почиње: "Историја жене Рима дата је, пре свега, кроз сукоб породице и државе".<sup>97</sup> Али при том мисли на касније доба, односно на касније разбијање породичног јединства од стране државе, а које је, како истиче, жену ослободило старих породичних стега. Ово схватање унеколико противречи извесним закључцима саме ауторке и свакако захтева преиспитивање. Међутим, када је реч о старом времену Рима, могло би се рећи да сукоб државе и *consortium*, кроз правно фаворизовање фамилије као уже групе, заиста одређује судбину жене у будућности. Кроз издвајање мушкарца у име фамилије бива већ зачета правна неравноправност између полова, мада ће у пуној мери доћи до изражаја тек много касније; а у првом тренутку, као и кад је тренутак рађања патријархата у питању, стара позиција жене не бива угрожена.

<sup>94</sup> Више о томе в. Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе; Облици својине у старом Риму; Gens, consortium, familia.*

<sup>95</sup> Познат је у том смислу случај генса Фибијеваца, који сами ратују против Етрурског града Веје; више у Livius: *Ab urbe condita*, II, 48.

<sup>96</sup> То се управо чини кроз Закона XII таблица, посебно кроз одредбе о тестаменту и туторству (Закон, V, 3-6).

<sup>97</sup> Де Бовоар, С. – *Други пол*, I, с. 123.



Наиме, са рађањем фамилије, а уз истовремено даље постојање *ager gentilitius* за читав патрицијски слој, у оквиру друштва се и даље одржавају друштвено-својински односи. Чак су, рекло би се, још увек доминантни, док се посед *consortium* разбија на ситније комаде, чији збир није тако снажан да би из темеља разорио друштвено-својинске односе, схватања и осећања. Тако се и даље одржава јединство патрицијског друштва као целине, економски ојачаног и политички одигнутог изнад нејединственог, међусобно неповезаног, разнородног и углавном сиромашног плебејског слоја. Већина освојене територије највероватније се и даље припаја *ager gentilitius*, док се зиратна земља дели међу породицама, али су поседи чак и у доба доношења Закона XII таблица још увек врло ситни; управо отуда што се *consortium* стално цепају на уже политичке групе. Гентилна земља је основа богатства патриција, како закључује Стојчевић, све донде док је сточарство било водећа грана производње.<sup>98</sup> Богатство у стоци, наравно, омогућује стицање и других добара преко размене, пре свега савршенијих алата за обраду земље. Све израженије богаћење пак, и тежња за његовим увећавањем, иницирају даља ратовања и освајања. То временом уноси разорне елементе у само патрицијско друштво; са једне стране кроз јачање масе плебејаца, који постају значајна војна снага, као и кроз богаћење појединих међу њима, превасходно занатлија и трговаца, који се све више приближавају патрицијима, искоришћавајући притисак плебејске масе као целине; са друге стране и кроз све присутнију имовинску диференцијацију у кругу самих патриција, и кроз тежњу богатих међу њима да се повежу са богатим плебејцима.<sup>99</sup> Ти разорни елементи су до доношења Закона XII таблица већ уродили плодом; али се ипак, у друштву разбијеном на фамилије, бројне карактеристике старих гентилних односа задржавају и до тога доба, узрокујући далеко повољнији фактички положај жене но што ће он бити касније, у доба процвале римске цивилизације. Новорођена *familia* у ствари, када је жена у питању, задржава многе одлике *consortium*, а неке од њих ће задржати чак и у доба када буде постала доминантни облик економско-породичне организације. Захваљујући околностима у којима настаје, римска *familia* у почетку, и поред извесних нових елемената, углавном понавља живот *consortium*, одржавајући међусобне односе чланова породице скоро истим онаквима какви су били у *consortium*.

*Familia* наставља стари начин производње, користећи новине и побољшања у циљу одржавања такве мање групе, што раније није било могућно. Уз сточарство и даље доминира примитивна обрада земље на малим поседима, углавном уз коришћење радне снаге самих чланова породице. Економски развој је омогућио опстанак уже породичне групе, али не и неко значајније богаћење, бар за већину породица. Затворена кућна привреда и натурална производња, иако сада у кругу ужих група, и даље доминирају у већини породица, чак и у доба доношења Закона XII таблица, па и нешто касније.<sup>100</sup> Минимални вишак производње у већини породица још увек не чини рентабилним рад робова, те зато и нема још увек масовнијег класичног ропства. Одржање и настављање породице у таквим условима могућно је само уз свакодневни интензиван рад свих њених чланова. Женин рад потребан је, користан и значајан колико и рад мушкарца и исто толико цењен. Њена економска функција значајна је колико и мушкарчева, а обоје су, уз сараднички однос, потребни и неопходни породици. Не претерује много А.Божих када констатује да су у оно време мушкарац и жена живели у скоро идеалној заједници;<sup>101</sup> идеалној у смислу сарадње и непостојања некакве власти муш-

<sup>98</sup> Више у Стојчевић, Д. – *Формирање ране римске државе*, с. 65.

<sup>99</sup> У познатој легенди о патрицију Кориолану каже се да су Кориолана издали сами патрицији, удовољавајући захтевима плебејаца, што је овог чувеног ратника окренуло против Рима. О томе у Plutarh: *Paralelne biografije*.

<sup>100</sup> Више у Стојчевић, Д. – *Geni, consortium, familia; Облици својине у старом Риму*.

<sup>101</sup> Божих, А. – *Положај жене у приватном праву*, Београд, 1939, с. 38.

карца над женом. Римљанин са рађањем фамилије још увек није постао онај релативно моћни “*homo faber*”, који рационалистички гледа на свет и жену у њему.<sup>102</sup> Још увек је пољопривредник и ратник, везан за породицу у којој види центар свога живота.<sup>103</sup> Уз коришћење гентилне земље, стару солидарност и јавни култ, што га обједињује са осталим члановима друштва, он највеће драгоцености види у својој кући, жени и деци, породичним божанствима и имовини наслеђеној од предака. *Familia* представља једну хомогену целину, а међузависност чланова породице и њихова везаност за породичну имовину чини их једним телом, сједињеним са том имовином.

У име читаве генерације одраслих из бившег *consortiuma*, у фамилији се правно гледано, издваја само њен шеф; али стање је такво само споља гледано, а унутар фамилије жена заједно са мужем представља ту генерацију. У оквиру затворене кућне привреде и натуралне производње, као и у претходном типу породичне организације, задржавају се нека карактеристична схватања. Нека врста идентификације чланова групе са породицом као целином, са лицима и имовином у њој, карактеристична за земљорадничка друштва, наставља да живи и у фамилији.<sup>104</sup> Женина функција рађања задржава стари значај, можда само уз нешто мање мистике; али жена је још увек уважена већ тиме што је жена, а не само као мајка.<sup>105</sup> У породичном култу, у оно доба врло битном, она заузима врло важно место, без ње је непотпун.<sup>106</sup> Гледано према споља *familia* се јавља као носилац приватне својине, а њен шеф као индивидуални приватни власник. Али таква ситуација, већ и правно изражена, постоји углавном у односима према споља, према другим породицама, односно према бившем *consortiumu*. Унутар саме фамилије односи ће дуго остати слични онима из *consortiuma*. Друштвено-својинска схватања ту и даље живе, а жена и даље има имовинска права. Правно гледано једино се шеф породице јавља као власник, а жена је, у области наслеђивања, сврстана у ред “*sui*”, заједно са синовима и кћерима, имајући положај “*filiae loco*”; али разлог томе није лишавање жене имовинских права, што би у оно време било нечувено. Уосталом, већ чињеница да се правно нашла на истом месту са сином који наставља породицу, довољно говори сама за себе. Овакав правни третман супруге *pater familiasa*, како је већ речено, у ствари је само правно-техничка формула којом се у оно време жена изузима из реда агната, пошто имовину треба да наследе “*sui*”, а не агнати. Тиме њен углед и уважавање, макар да мушкарац чисто са аспекта права има извесну предност, не губе осетније од значаја.<sup>107</sup>

<sup>102</sup>Више о овоме у Де Бовоар, С. – Други пол, I, с. 105 и даље.

<sup>103</sup>О начину живљења у оно доба речито говори позната анегдота о Цинцинату који је затечен да ради на својој њиви у тренутку када су гласници дошли да га обавесте како је именован за диктатора Рима.

<sup>104</sup>О схватањима и веровањима карактеристичним за примитивна земљорадничка друштва више у Де Бовоар, С. – Други пол, I, с. 101 и даље. Такође и у поменутим радовима Стојчевића (*Gens, consortium, familia; Облици својине у старом Риму; посебно у “Uti legassit” Закона од XII таблица*).

<sup>105</sup>Уважавање жене као личности посебно истиче Ihering, R. – *L'esprit du droit romain*, с. 200-201.

<sup>106</sup>Више о томе у Де Куланж, Ф. – *Античка држава*, с. 73 и даље.

<sup>107</sup>Додуше, одређене промене у поређењу са подацима везаним за раније доба заиста постоје. Има злоупотреба, што је раније било нечувено, али оне бивају скупо плаћене. Код већине породица и у друштву као целини још увек је жена врло уважена, а злоупотребе, по свему судећи, својствене су само онима на власти који, вероватно по угледу на Грчку тога доба, желе да измене стање у погледу односа између полова; али још дуго у томе неће имати успеха. Преглед података из овога доба у Јовановић, Д. – *Положај жене... с. 298-347*.

Дакле, иако је тачно да жена, због већ рођеног патријархата и права које је њиме прожето, следи мужа и њему се прикључује као шефу породице, а не он њој, њен положај у оквиру породице, у односу на мушкарца, није значајније измењен у поређењу са *consortium*. Жена је још увек породици неопходна колико и мушкарац, који у тој породици види све највредније, а уз то је још од давнина уважена и поштована. Породично јединство и међусобно уважавање мушкарца и жене одлика је и старе фамилије, као и *consortium*. Пребрзо рођена *familia* задржала је, када је жена у питању, многе одлике *consortium*, што се свакако није могло заобићи ни кроз ново-рођено право. Закон XII таблица не предвиђа обесправљеност жене, нити му је то био циљ. Основна идеја Закона у имовинско-породичној сфери била је управо еманципација фамилије од утицаја ширих породичних заједница, односно ширег круга агнатских сродника.<sup>108</sup> Централне одредбе у том смислу биле су оне о тестаменту и туторству, којима се шефу породице допушта да одлучи о њеној судбини у смислу осамостаљивања.<sup>109</sup> Додуше, на овај начин јесу ударени темељи будуће правне неравноправности жене у односу на мушкарца, али будуће; и то превасходно кроз поменуте одредбе о наслеђу и туторству, а много мање кроз одредбе које директно дотичу статус жене. Али из тих темеља се никада не би родила нека изразита неравноправност да јој није погодовало низ промена, друштвених и породичних, у будућности; јер сам Закон заиста не обесправљује жену. Њен положај је регулисан само онолико колико је то било нужно због насталих промена у породичној организацији, које право озакоњује и поспешује. А унутар породице жена углавном задржава стару позицију, мада у нешто измењеним условима, регулисану постојећим ванправним нормама.<sup>110</sup> То што бројни аутори у самом Закону XII таблица налазе изразиту обесправљеност жене и њену апсолутну подређеност мушкарцу друго је питање, о коме је раније било речи.<sup>111</sup>

2

Основу оваквог стања, са сигурношћу се може закључити, чине управо поменуте специфичности у развоју старе римске политичке и економско-породичне организације; специфичности које погодују одржавању, у великој мери, старих односа између полова, односно старог уважавања жене, чак до времена када је рођена држава у класичном смислу.

<sup>108</sup> Више о томе у Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 70-76.

<sup>109</sup> Закон XII таблица, V, 3-6. (Даниловић, Станојевић: *Текстови из римског права*, Београд, 1970, с. 27-37, тј с. 30).

<sup>110</sup> И многе друге области регулисане су ванправним нормама. Кроз Закон су, како истиче Стојчевић, регулисани само они односи “који из неког разлога изазивају спорове”. (Стојчевић: *Римско приватно право*, 1974, с. 21).

<sup>111</sup> О томе је укратко било речи у претходном тексту, а више у Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 25-27; с. 378-414. Анализа одредби Закона XII таблица у погледу положаја жене у Јовановић, М. – *Положај жене...* с. 59-227.

2  
-11

Dr MILA JOVANOVIĆ

## QUELQUES ASPECTS DE LA POSITION JURIDIQUE DE LA FEMME SELON LA LOIS DES XII TABLES

### Résumé

Selon les dispositions de la Loi des douze tables qui reflètent assez fidèlement les circonstances sociales et familiales de cette époque, la femme n'était aucunement privée de ses droits comme on pensait depuis des années. Quoique les phénomènes sociaux, qui aient donné un primat à l'homme, étaient déjà établis jusqu'à ce temps-là, on ne pouvait pas parler d'une privation absolue des droits de la femme ni de sa soumission absolue à l'homme. Il existe une opinion erronée sur le statut de la femme de cette époque, qui est basée, en général, sur les dispositions de "*leges regiae*" et l'auteur avait déjà indiqué un manque de fondement de cette opinion. Il s'agit d'un recueil de dispositions non authentiques, rédigé à la fin de la période de la République et qui est imputé à l'ancienne époque romaine, mais qui lui ne correspond pas du tout. Pourtant, au temps de la promulgation de la Loi des douze tables, on a retenu, pour la grande partie, l'ancienne position juridique de celle-ci. Les spécificités déterminées pour le développement de l'ancienne politique romaine et son organisation sociale et familiale sont à la base de cet état.

L'ancienne société romaine composée de gens formait un cercle fermé de patriciens élevés au-dessus de la masse hétérogène et désagrégée des plébiens, indépendamment d'elle et les villes voisines. A l'intérieure de cette société fermée et assez homogène longtemps sont conservées les moeurs anciennes des gens, ainsi que le même statut de la femme qui comprend la grande importance de celle-ci, sa dignité et son respect. Dans la cercle fermé de large communautés familiales de cette société, c'est-à-dire dans le consortium, la femme a les mêmes droits que l'homme et les nombreuses distinctions du consortium seront retenues et transférées dans le futur groupe familiale, plus étroit, dans la famille. Le brusque développement économique, provoqué par de nombreux facteurs extérieurs, contre l'organisation politique fermée et même, en grande partie grâce à elle-même, a provoqué la décomposition, trop rapide et non spontanée du consortium, en groupes familiales plus

---

\* Maître de conférences à la Faculté de Droit à Niš.

étroits. D'où la nouvelle unité familiale, familia, qui malgré certains éléments nouveaux reflète en majorité la vie consortium, ce que ne pouvait être totalement évité lors de la régulation de la position juridique de la femme.

A l'Etat nouvellement fondé correspond le procès de la décomposition du consortium ce que juridiquement favorise la formation et la consolidation de la famille. Dans ce sens l'idée fondamentale de la Loi des douze tables, dans le domain de la propriété et dans le domain familial, est l'émancipation de la famille de l'influence des largés communautés familiales. La position de la femme était réglée à mesure qu'il était nécessaire à cause de nouveaux changements dans l'organisation familiale; les dispositions peu nombreuses déterminant le statut de la femme ne prévoyaient ni les privations des droits expressives ni la soumission de la femme à l'homme, car cela aurait présenté un grand désaccord avec la position existante de la femme dans la famille et dans la société, car cette position-là était d'ailleurs réglée par les normes extrajuridiques.

Мр НАТАША СТОЈАНОВИЋ

**КРВНИ СРОДНИЦИ ОСТАВИОЦА  
КАО НАСЛЕДНИЦИ ПРВОГ  
ЗАКОНСКОГ РЕДА**

**3**

### Апстракт

У раду се разматра правни положај потомака оставиоца као могућих законских наследника у нашем праву. Посебна пажња се посвећује специјалној подели наслеђа у првом законском наследном реду. Аутор, у циљу што већег приближавања социјалном

реалитету, предлаже одређене корекције у постојећој законској регулативи првог интестатског наследног реда. Оне би имале за основу материјалне и личне прилике универзалних правних следбеника који *in concreto* наслеђују.

Кључне речи: крвно сродство, потомци, законско наслеђивање.



Мр НАТАША СТОЈАНОВИЋ

## КРВНИ СРОДНИЦИ ОСТАВИОЦА КАО НАСЛЕДНИЦИ ПРВОГ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕДНОГ РЕДА

Liberos cuique ac propinquos suos,  
natura carissimos esse voluit.  
Tacitus<sup>1</sup>

### 1. Укратко о утицају крвног сродства са оставиоцем на законско наслеђивање

Крвно сродство са оставиоцем је током правне историје имало пресудну улогу у конструкцији законског наслеђивања. Крвним сродством означавамо везу између два или више лица која проистичу једно од другог или воде порекло од заједничког претка, а настаје рођењем у браку или ван брака. Отуда и две врсте крвног сродства, брачно и ванбрачно. Брачно сродство је у minulим временима имало приоритет у односу на ванбрачно сродство. И данас, у појединим правним системима у свету постоје разлике у наследноправном положају брачних и ванбрачних сродника<sup>2</sup>. У нашем праву те разлике су избрисане.

Сродство по рођењу је стуб-носач законског наслеђивања, али и неки други облици веза са оставиоцем имају значајну улогу у његовом креирању. Реч је о грађанском сродству и брачној вези са оставиоцем. Отуда се круг законских наследника не подудара са кругом оставиоцевих крвних сродника. Са једне стране, круг законских наследника је шири јер се поред крвних сродника законским наследницима сматрају и нека

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Природа је одредила да су свакоме деца и блиски сродници најдражи. Наведено према: Д. Стојчевић - А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989, с. 264.

<sup>2</sup> Детаљно о томе видети нпр. код: Б. Благојевић - О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, с. 145-148; В. Ђорђевић, *Наследно право*, Ниш, 1997, с. 108-110.

друга лица која нису у крвнородничком односу са оставиоцем. Са друге стране, круг законских наследника је ужи јер, по правилу, нису сви крвни сродници оставиоца и законски наследници.

Наследноправни прописи Републике Србије и Републике Црне Горе<sup>3</sup> за полазну основу у креирању законског наслеђивања узимају парентеларно-линеарни систем груписања крвних сродника<sup>4</sup>. Дакле, по угледу на овај облик парентеларног система<sup>5</sup> врши се распоред крвних сродника у интестатске наследне редове. Између законских наследних редова постоји одређена хијерархија. У оквиру законских наследних редова, такође, постоји одређени редослед позивања на наслеђе. Наследници ближег степена сродства искључују из наслеђа наследнике даљег степена сродства. Принцип искључивости у позивању на наслеђе универзалних правних следбеника ближег степена сродства не егзистира самостално, већ се комбинује са начелом представљања и начелом прираштаја. Начело представљања (у теорији познато и као право представљања, односно *ius representationis*) овлашћује потомке наследника који не може или не жели да наслеђује, да ступе у његов наследноправни положај по утврђеном редоследу. Начело прираштаја (у теорији познато и као право прираштаја, односно *ius accrescendi*) овлашћује наследнике који су истог степена сродства односно ранга са наследником који не може или не жели да наслеђује, а нема потомство да им припадне одговарајућа квота његовог наследног дела.

Полазећи од значаја и интензитета сродничких односа који постоје између оставиоца и одређене групе крвних сродника, приоритет у наслеђивању припада потомцима оставиоца. Уколико нема оставиоцевих десцедената, на наслеђе се позивају родитељи оставиоца и њихово потомство. Затим, следе деде и бабе оставиоца са својим потомством. Ту се завршава позивање на наслеђе крвних сродника оставиоца по ЗНЦГ. ЗНС<sup>6</sup> проширује круг крвних сродника као могућих законских наследника признајући право наслеђа и осталим прецима оставиоца.

Нови ЗНС, поред наведене новине, уноси и одређене промене у наследноправни положај крвних сродника првог законског наследног реда. Окосницу наших истраживања чине управо та нова решења, али ће у раду бити анализирани и остали аспекти позиције потомака оставиоца као могућих законских наследника по законима о наслеђивању Републике Србије и Републике Црне Горе.

<sup>3</sup> За Републику Србију то је *Закон о наслеђивању* од 31.10.1995. године ("Сл. гласник РС", бр. 46/95, у даљем тексту ЗНС), а за Републику Црну Гору то је *Закон о наслеђивању* од 29.12.1975. године ("Сл. лист СРЦГ", бр. 4/76, 10/76, 22/78, 34/86, у даљем тексту ЗНЦГ).

<sup>4</sup> О могућим начинима распореда крвних сродника као законских наследника видети нпр. код: О. Антић, *Систем групне расподеле сродника као законских наследника*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/94, с. 298-309; В. Ђорђевић, *op. cit.*, с. 114-123.

<sup>5</sup> Треба имати у виду да по ЗНС парентеларно-линеарни систем груписања крвних сродника доживљава преображај у парентеларно-градуелни систем почев од четвртог законског наследног реда. При томе, парентеларно-градуелни систем не примењује се у пуном обиму, већ је ограничен само на родоначелнике одређеног законског наследног реда.

<sup>6</sup> ЗНС од 30.12.1974. године ("Сл. гласник СРС", бр.52/74, 1/80, 25/82, 48/88) је предвиђао само три законска наследна реда са ограничењем права представљања у трећем законском наследном реду на првостепене потомке деде и бабе (чл. 18.).

## 2. Редовна подела наслеђа у првом законском наследном реду

Први законски наследни ред чине потомци оставиоца и његов супружник (чл. 9.ст.1. ЗНС и чл. 10. ЗНЦГ)<sup>7</sup>. Под потомцима треба разумети сва она лица која директно или индиректно проистичу од оставиоца. При томе, нема значаја да ли су она рођена у браку или ван брака. Са биолошким потомцима оставиоца у наследноправном положају су изједначени и грађански потомци како из потпуног усвојења (*adoptio plena*), тако и непотпуног усвојења (*adoptio minus plena*), под условом да код непотпуног облика адопције право наслеђа адоптата није уговором о усвојењу искључено или ограничено у одређеном правцу. Сваки од првостепених потомака, који се и иначе први позивају на наслеђе, заједно са својим десцедентима *in infinitum* образује тзв. линију. Он је истовремено и носилац линије. Линија се рачва, зависно од осталих потомака оставиоца на подлиније, гране подлиније и огранке подлиније.

Интестатски наследници првог законског наследног реда увек добијају део заоставштине у својину. Право доживотног уживања на заоставштини (или њеном делу) не предвиђа се као законска могућност ни под каквим условима. Приоритет у наслеђивању припада потомцима који су најближег степена сродства са оставиоцем и брачном другу. Дакле, деца оставиоца, адоптати и супружник деле заоставштину на једнаке делове. Величина наследних делова наведених субјеката је у обрнутој сразмери са њиховим бројем.

Ако неки од првостепених потомака оставиоца не може или не жели да буде универзални правни следбеник, на наслеђе се позивају применом права представљања остали потомци оставиоца по утврђеном редоследу. Прво ће то бити унуци, затим праунуци, чукунунуци оставиоца и тако редом све док постоји иједан потомак било ког степена сродства. Исто правило важи и за грађанске сроднике у правој нисходној линији. Потомци супружника који нису истовремено и оставиочеви потомци не могу се позивати на наслеђе применом *ius representationis*. Уколико је немогуће применити право представљања долази до примене права прираштаја. Између ова два права није допуштена инверзија.

Уколико оставилац нема брачног друга целокупна заоставштина по утврђеном реду припада потомцима оставиоца. Ако, пак, оставилац нема потомство (како биолошко, тако и грађанско) или нико од потомака не може или не жели да наслеђује, оставиочев супружник аутоматски прелази у други законски наследни ред и конкурише на наслеђе са родитељима оставиоца и њиховим потомством. У правној литератури има мишљења да у случају одрицања од наслеђа потомака брачни друг остаје наследник првог законског наследног реда<sup>8</sup>. Мишљења смо да би супружник оставиоца могао да наследи сам у првом интестатском наследном реду једино ако би се у његову корист одрекли наслеђа оставиочеви потомци<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> ЗНЦГ, додуше, само одређује "дјецу" као законске наследнике првог наследног реда, али се на основу садржине чл. 11 истог Закона јасно може видети да законодавац Републике Црне Горе има на уму све потомке оставиоца *in infinitum*.

<sup>8</sup> И. Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије и 13акон о наслеђивању Републике Црне Горе с објашњењима*, Београд, 1996, с. 16; С. Вуковић, *Коментар Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку*, Београд, 1997, с. 44.

<sup>9</sup> Тако и О. Антић - З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, с. 135.

### 3. Специјална подела наслеђа у првом законском наследном реду

#### а) Повећање наследног дела деце оставиоца

Важећи наследноправни прописи Републике Србије (чл. 9.ст.2. ЗНС) и Републике Црне Горе (чл. 21. ЗНЦГ) предвиђају у циљу заштите имовинских интереса првостепених потомака оставиоца могућност повећања њиховог наследног дела.

Повећање наследног дела оставиоцеве деце почива на претпоставци да је брачни друг, по правилу, довољно материјално обезбеђен, јер му поред наслеђивања дела заоставштине у својину, припада и право на издвајање предмета домаћинства и право да захтева деобу брачне тековине.

Наследни део деце може бити повећан уз кумулативно испуњење одређених услова. Први, и заправо, услов од пресудног значаја за промену величине наследних делова наследника првог законског наследног реда који *in concreto* наслеђују јесте постојање првостепених десцендата оставиоца (једног или више) којима надживели супружник није један од родитеља. Реч је, дакле, о оставиоцевом детету из претходног брака или ванбрачне заједнице, а има оправдања да то буде и усвојеник како из потпуног, тако и непотпуног облика адопције коме брачни друг оставиоца није један од грађанских родитеља, под условом да адоптату из непотпуног усвојења право наслеђа није уговором о усвојењу искључено или ограничено<sup>10</sup>.

Иако се за смањење наследног дела супружника захтева постојање деце оставиоца којима он није родитељ, а због којих је у крајњој линији и унето овакво решење у законски текст, промена у величини наследног дела брачног друга иде у корист свих првостепених потомака оставиоца. Остали десценденти оставиоца се не помињу. По логици ствари произилази да уколико дете оставиоца коме је надживели супружник очух или маћеха не може или не жели да наслеђује, његови потомци не би имали право на повећање наследног дела, осим ако не постоји још које дете из претходног брака или ванбрачне заједнице које би му омогућило да путем права представљања свог асцендата добије повећани део наследства.

Други услов, кад је реч о промени величине наследних делова интестатских наследника првог наследног реда, везује се за имовинске прилике надживелог супружника. Наиме, захтева се да брачни друг оставиоца има имовину која је по вредности већа од оног дела заоставштине који би добио конкуришући на наслеђе са децом оставиоца. За колико мора бити већа имовина супружника (његова посебна имовина и део заједничке имовине стицане током брачне заједнице) у односу на његов наследни део Закон не прецизира.

<sup>10</sup> ЗНС у круг овлашћених лица којима може бити повећан наследни део убраја само биолошке првостепене потомке. Међутим, законска стилизација чл. 34. и чл. 35. која иде у прилог изједначења наследноправног положаја грађанских сродника и крвних сродника у правој нисходној линији потврђује да би адоптатима могло бити признато исто право. За разлику од ЗНС, ЗНЦГ (чл. 21.) прецизира да се уз испуњење предвиђених услова и усвојенику може повећати наследни део.

Трећи услов предвиђен само ЗНС уноси ред и извесност у погледу промене величине наследних делова у првом законском наследном реду. Законодавац Републике Србије, наиме, одређује да је смањење наследног дела супружника у корист оставиоцевих првостепених десцедената могуће ако суд оцењујући околности конкретног случаја нађе да је то оправдано. Дакле, на суду је да узимајући у обзир разлоге *pro et contra* (узраст деце, имовинске прилике деце и преживелог супружника, њихову способност за привређивање, вредност заоставштине итд.) утврди да ли има места повећању наследног дела деце оставиоца.

За разлику од ЗНЦГ који надлежном суду додељује чисто рачунску функцију јер он мора аутоматски смањити наследни део супружника уколико су испуњена два напред наведена услова, ЗНС ставља суд у креативну позицију омогућајући да на основу брижљивог испитивања стања ствари у конкретној животној ситуацији одлучи да ли је оправдано повећати наследни део деце или не.

Повећани степен креативности судова у Републици Србији пружа и решење законодавца да надлежни суд може повећати наследни део деце до два пута. ЗНЦГ само предвиђа повећање наследног дела деце за два пута.

У циљу олакшања рада оставинских судова предлагемо да се за случај потребе примене одредбе чл. 9.ст.2. ЗНС могу користити следеће формуле:

$$S = \frac{1}{x \cdot k + 1} \qquad d = s \cdot k$$

Из прве формуле одређује се наследни део супружника после извршеног смањења, а из друге наследни део деце после спроведеног повећања. При томе, *s* означава наследни део супружника после промене у величини његовог наследног дела, бројем 1 означавамо наследни део супружника пре смањења, *x* означава број деце, *k* је коефицијент увећања наследног дела, а *d* означава наследни део детета после извршеног повећања.

ЗНС (чл. 9.ст.2.) и ЗНЦГ (чл. 21.) не одређује јасно да ли о повећању наследног дела оставиоцевих првостепених потомака суд води рачуна по службеној дужности или на захтев овлашћених лица. Стилски склоп поменутих одредби отвара простор за различита тумачења. У правној литератури, стога, наилазимо на схватање да је промена величине наследних делова интестатских наследника првог наследног реда могућа само ако неко од пасторака надживелог супружника то захтева, с обзиром на то да имовинске прилике брачног друга, по правилу, нису познате суду<sup>11</sup>. Има и мишљења да пасторак брачног друга оставиоца, у начелу, мора поставити одговарајући захтев и да је суд дужан, с обзиром на постојећу законску формулацију да га упозори на његова права. Изузетно, суд би *ex officio* водио рачуна о смањењу наследног дела супружника ако постоје малолетна деца оставиоца којима брачни друг није један од родитеља<sup>12</sup>. Поједини теоретичари сматрају да је надлежни суд дужан да поучи пасторке супружника оставиоца о правима која им припадају на основу закона, али да они морају у циљу реализације својих права да поставе захтев одговарајуће садржине, а да уколико има и малолетних пасторака, о томе мора бити обавештен и орган старатељства ради потпуније заштите њихових интереса<sup>13</sup>. Мишљења смо да до повећања наследног дела деце

<sup>11</sup> И. Бабић, *op. cit.*, с. 16; В. Тодоровић - Р. Кулић, *Наследно право и ванпарнични поступак у пракси*, Београд, 1996, с. 42; С. Вуковић, *op. cit.*, с. 43; В. Ђорђевић - С. Сворцан, *Наследно право*, Краљево, 1997, с. 158. Други поменути аутор прихвата изложено схватање.

<sup>12</sup> О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, с. 132.

оставиоца може доћи искључиво на захтев првостепеног потомка оставиоца коме супружник оставиоца није родитељ. Ако је реч о деци оставиоца која су под посебном заштитом закона јер су малолетна или су пунолетна, али неспособна да се сама брину о својим правима и интересима, на суду је да њихове законске заступнике упозори на права која им припадају на основу чл. 9.ст.2. ЗНС, односно чл. 21. ЗНЦГ<sup>14</sup>.

Захтев за повећање наследног дела пасторци супружника оставиоца могу истаћи у поступку за расправљање заоставштине све до правноснажности решења о наслеђивању. Касније то не могу јер су везани садржином решења о наслеђивању. По правилу, о захтеву одлучује оставински суд. Ако међу наследницима постоји спор чињеничне природе (нпр. наследници се споре око вредности имовине надживелог супружника), онда ће они бити упућени на парницу<sup>15</sup>. После правноснажности решења о наслеђивању захтев за повећање наследног дела пасторак може поставити у парници само ако постоје услови за понављање оставинског поступка по правилима парничног поступка или ако оставиоцево дете коме супружник оставиоца није један од родитеља, није учествовало у поступку за расправљање заоставштине.

## **б) Правне последице повећања наследног дела деце оставиоца**

Уколико дође до повећања наследног дела деце оставиоца сматра се да су они и тај део заоставштине добили у време отварања наслеђа (ex tunc).

Повећање наследног дела првостепених десцедената оставиоца, дакле, има за последицу њихово повећано учешће у правима и обавезама које чине заоставштину. На пољу одговорности за оставиоцеве дугове долази до промене у обиму одговорности на релацији супружник деца оставиоца. Деца сразмерно повећању наследног дела одговарају у већем обиму за дугове оставиоца, насупрот супружника чија се одговорност у том обиму смањује. Исту судбину доживеће и испоруке (легати) и налози којим је оптерећен брачни друг. Смањење наследног дела супружника оставиоца, по правилу, повлачи и веће оптерећење деце оставиоца за испуњење испорука и налога. Ово важи само ако није реч о испорукама и налозима који су лично теретили супружника. Он ће тада бити обавезан да их испуни само у обиму у ком се не вређа право на нужни део (чл. 144.ст.1. ЗНС и чл. 89.ст.1. ЗНЦГ).

Сразмерно извршеном смањењу наследног дела брачног друга долази и до промене у висини исплате потраживања оставиоцевих дужника. Супружник може примити само ону вредност која одговара величини његовог наследног дела после умањења. Уколико исплаћена потраживања прекорачују његов наследни део, он је дужан да тај "вишак" врати санаследницима<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> В. Ђорђевић, *op. cit.*, с. 152.

<sup>14</sup> Видети: М. Креч - Ђ. Павић, Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964, с. 38.

<sup>15</sup> Видети: чл. 119.ст.2. Закона о ванпарничном поступку Републике Србије ("Сл. гласник СРС", бр. 24/82, 48/88) и чл. 134.ст.2. Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе ("Сл. лист СРЦГ", бр. 34/86, 5/87).

<sup>16</sup> Супружник оставиоца, међутим, има могућност да на основу правила о неоснованом обогаћењу (чл. 218. Закона о облигационим односима) потражује износ од деце оставиоца који премашује вредност његовог умањеног наследног дела, ако је исплата оставиоцевог дуга учињена на терет његове имовине. Детаљније о томе видети код: О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, с. 134.

Ако супружник оставиоца на име повећања наследног дела деце мора да преда одређене ствари из наследне масе његова правна позиција цени се према савесности односно несавесности његове државине. Дакле, сходно правилима Закона о основним својинско правним односима одређује се и његов однос према санаследницима у погледу предаје саме ствари и њених плодова, накнаде за њено коришћење, одговорности за погоршање и пропаст ствари и накнаде трошкова<sup>17</sup>.

Уколико је, пак, супружник ствар која припада деци оставиоца на име повећања наследног дела већ отуђио, она имају право да реивиндикационом тужбом траже од трећег лица њен повраћај, под условом да то лице није већ стекло право својине на ствари. Ако је такав след догађаја, деца оставиоца имају право да траже накнаду штете од супружника<sup>18</sup>.



### в) Смањење наследног дела потомака оставиоца

ЗНЦГ (чл. 23.) предвиђа, за разлику од ЗНС, и могућност смањења наследног дела потомака у корист супружника оставиоца<sup>19</sup>.

Смањење наследног дела потомака оставиоца који *in concreto* наслеђују је могуће само ако брачни друг оставиоца услед недостатка нужних средстава за живот то захтева. За истицање одговарајућег захтева Закон не одређује временску границу. Да ли ће наследни део супружника бити повећан, у ком обиму и на терет којих наследника процењује суд узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а посебно имовинске прилике наследника, њихову способност за привређивање, дужину трајања брачне заједнице и вредност заоставштине.

По ЗНЦГ наследни део брачног друга оставиоца може бити повећан само у својинском облику. При томе, супружнику може бити додељен само део заоставштине или целокупна заоставштине, ако је она тако мале вредности да би њеном поделом он запао у оскудицу.

Оно што је већ речено у погледу правних последица повећања наследног дела деце оставиоца важило би (само у супротном смеру) и код смањења наследног дела потомака оставиоца.

## 4. О наследноправној позицији потомака оставиоца *de lege ferenda*

Социјални реалитет често намеће ситуације које не могу бити подведене под постојећа законска решења.

<sup>17</sup> Видети: чл. 38-40. Закона о основним својинско правним односима, ("Сл. лист СФРЈ", бр. 6/80, 36/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96, откада овај законски текст мења назив у Закон о основама својинско правних односа.

<sup>18</sup> О стварноправним последицама повећања наследног дела деце детаљније видети код: О. Антић - З. Балиновац, *op. cit.*, с. 134-135.

<sup>19</sup> Од истих правила законодавац Републике Црне Горе полази и приликом смањења наследног дела наследника другог законског наследног реда у корист супружника.

Тако законодавац, полазећи од уобичајених блиских породичних веза између наследника првог законског наследног реда (овде искључујемо пасторке брачног друга) и узимајући у обзир породичноправним прописима зацртану дужност издржавања која постоје међу овим наследницима, не уважава њихове посебне имовинске и личне прилике и потребе, и не полази од могућности другачијег уређења њиховог наследноправног положаја. Одређени показатељи, међутим, асоцирају да у погледу величине наследних делова универзалних правних следбеника првог законског наследног реда треба узети у обзир њихову целокупну социјалну позицију. Посматрано са аспекта материјалних прилика у којима се налазе универзални сукцесори који *in concreto* наслеђују, међу њима су, по правилу, присутне разлике, неко од наследника је слабог имовног стања, а други су добро материјално обезбеђени. Поред тога, наследници првог законског наследног реда не морају живети у заједници, а има доста случајева да се налазе у завади. Такође, треба имати у виду и разлике у здравственом стању наследника, поготову када је реч о различитим облицима телесног деформитета. Од не мало значаја је и образовна структура наследника. Наведене разлике међу наследницима би, донекле, могле бити ублажене састављањем завештања у корист наследника који су неповољнијег социјалног стања. Међутим, ослањање на последњу изјаву воље којом се чини распоред имовине *mortis causa* није повољно решење јер завештање нема широку примену на нашим просторима. То се са једне стране, може правдати менталитетом наших људи да је Закон проблем круга наследника већ решио, а са друге стране, чин састављања завештања је скопчан са одређеним степеном правничке културе који код нас, морамо признати, није на завидном нивоу. Отуда, сматрамо да би по угледу на регулативу другог законског наследног реда у праву Републике Србије ваљало размотрити могућност уношења у текст Закона правила о променама у величини наследних делова универзалних сукцесора првог законског наследног реда<sup>20</sup>. Те промене би за окосницу имале недостатак нужних средстава за живот неког од наследника и следеће оријентире: узраст наследника, њихово здравствено стање, образовни профил, имовинске прилике, способност за привређивање и вредност заоставштине. Право да захтевају повећање наследног дела би имали сви наследници првог законског наследног реда који *in concreto* наслеђују. То право би се могло реализовати у року од једне године од отварања наслеђа и било би ненаследиво. Наследник би на име повећања наследног дела могао добити само део или целокупну заоставштину на плодоуживање<sup>21</sup>. Повећање наследног дела би могло ићи на терет, што зависи од процене околности конкретног случаја, свих или само појединих наследника. Споразумом наследника доживотно уживање би могло бити преиначено у доживотну ренту. Плодоуживање би могло бити укинато одлуком суда на захтев осталих наследника услед промене прилика због којих је оно признато његовом титулару<sup>22</sup>.

Законодавац, такође, полази од претпоставке да се деци оставиоца који нису истовремено потомци надживелог супружника мора пружити додатна заштита њиховим наследноправним интересима, с обзиром на то да супружник оставиоца, по правилу, не живи са својим пасторцима, да је боље материјално обезбеђен, да их, у начелу, није дужан издржавати и да га они после његове смрти не могу на основу закона наследити.

<sup>20</sup> Видети: чл. 23-33. ЗНС.

<sup>21</sup> Установа плодоуживања (*usus fructus*) као врста личне службености која овлашћује титулара (плодоуживаоца) да туђу ствар употребљава (*usus*) и са ње прибира плодове (*fructus*) без повреде њене суштине, је последњих деценија била скоро заборављена на нашим просторима. Сада она поново "оживљава", делом и захваљујући законодавцу Републике Србије који јој у важећим наследноправним прописима даје одговарајуће место.

<sup>22</sup> Видети: С. Сворцан, *СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ И ПЛОДОУЖИВАЊА ПУТЕМ НАСЛЕЂИВАЊА - Наследноправни положај брачног друга*, Правни живот, бр. 10/96, том II, с. 100-102.



Наследноправни прописи, дакле, помињу само децу оставиоца као кориснике ове привилегије остављајући отвореним питање да ли то исто право припада и осталим потомцима оставиоца који нису истовремено и потомци брачног друга оставиоца. Ако прихватимо полазну идеју да би то право требало признати и њима, наилазимо на прилично јасну, прецизну и недвосмислену одредбу законодавца који говори само у прилог деце. Са друге стране, ако се не би и њима признало ово право били би оштећени у имовинским интересима, поготову ако нема друге деце оставиоца који по Закону имају право да траже повећање. Сматрамо, остајући у оквирима које Закон поставља да једино деца оставиоца којима брачни друг оставиоца није родитељ, имају право да захтевају повећање наследног дела уз испуњење законом постављених услова, а да се у заштити интереса осталих потомака оставиоца са којима супружник оставиоца није у крвнородничком или грађанскородничком односу мора поћи другим правним путем који је истоветан оном предложеном у претходном случају.



**Mr NATAŠA STOJANOVIĆ**

## **PARENTS DU SANG DU TESTATEUR COMME SUCESSEURS DU PREMIER ORDRE LEGAL DE SUCCESSION**

### **Résumé**

La parenté de sang avec le testateur est base pour la succession légale. Tous les parents de sang sont, selon l'importance et intensité de rapports de parenté avec le testateur, groupés dans des rangs successoraux d'intestat.

Dans le premier degré successoral légal héritent les descendants (tant biologiques que civils) et le conjoint du testateur. La succession, selon l'ordre régulier de choses, se partage entre les enfants du de cibus et le conjoint. S'il y a défaut d'enfants du testateur, les autres descendants du testateur sont convoqués in infinitum par l'application du droit de présentation. Si toutefois l'application de ce droit s'avère impossible, on applique le droit de l'accroissement.

Il existe un écart du partage régulier de la succession dans le premier degré de succession légale lorsque les enfants du mariage précédant du testateur succèdent ou les enfants d'une union illégitime et lorsque le bien particulier du conjoint survécu est plus grand que la valeur que celui-ci aurait reçu par le partage de la succession aux parts égales. Les enfants du testateur dont le conjoint n'est pas un des leurs parents ont le droit d'exiger l'augmentation de la part successorale qui selon la Loi de succession de descendants du premier degré est justifiable, alors que selon la Loi de succession de la République de Monténégro il y a lieu d'une double augmentation de la part successorale de la part des enfants sans examens des autres circonstances de cas concret. Nous estimons que la solution que prévoit le législateur de la République de Serbie est plus respectable puisqu'elle plus correspond à la réalité sociale.

Et encore plus, nous sommes d'opinion qu'il faut prévoir par la loi aussi la possibilité d'augmentation, c'est à dire de diminution de la part successorale des descendants juridique universels du premier degré légal qui aurait pour la base les circonstances personnelles des héritiers. Des changements relatifs à l'empure des parts successorales auraient été exécutés d'une façon analogue à celui que ceux prescrit le législateur de la République de Serbie dans le deuxième ordre successoral légale.

---

**\* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.**

ТУЛА МОИСТАРНЕ

КАЖЕ СЕ ЗА КОНЦЕПТ НЕЗАВИСНОСТИ

**ЗБОРНИК**  
XXVIII - XXIX

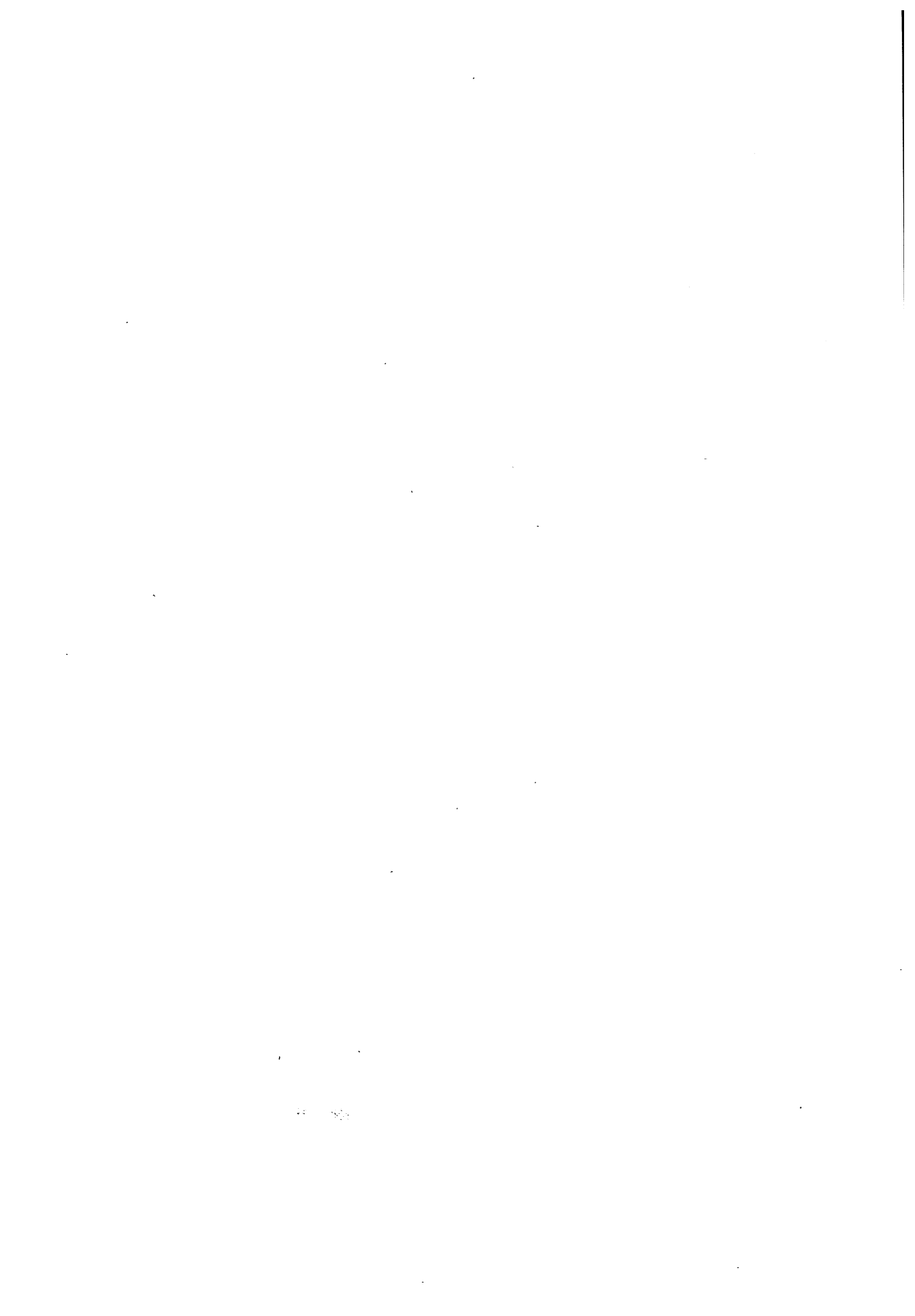
legis lex for  
она УПТ сублпна  
ена уопште није  
представљања  
санкционистичке  
говор о нов  
доступак медијације  
Правни промови и  
методи за њихово решавање  
ауторском и ср  
ауторском и ср  
ауторском и ср

# ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНЦИ



Правно приватно право  
Правно приватно право

говор о нов  
доступак медијације  
Правни промови и  
методи за њихово решавање  
ауторском и ср  
ауторском и ср  
ауторском и ср



Dr MICHAEL GEISTLINGER

**ПРАВНИ СТАТУС КОСОВА ПРЕМА  
РЕЗОЛУЦИЈИ 1244 (1999)  
САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ  
УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА**

**4**

### Апстракт

Према мишљењу аутора, резолуција Савета безбедности Уједињених нација бр. 1244 (1999) покреће читаву серију тешких питања у међународном јавном праву. Најкритичније питање односи се на начин дефинисања статуса Косова у међународном јавном праву.

Према мишљењу аутора, Косово се не може посматрати као случај формалне *occupatio bellica* јер је Савет безбедности УН једноставно игнорисао рат који је вођен без његове ауторизације. Последица тога је да се у формулисању Резолуције искључује сагледавање правног статуса садашњег Косова у формалном контексту ратне окупације. Распоређивање међународних снага безбедности, а тиме и трупа из земаља које су учествовале у агресији на Југославију, не даје статус Косову територије оку-

пиране од стране страних трупа на основу међународног закона о ратним сукобима.

Аутор одбацује тврдње па је међународна заједница установила међународни протекторат над Косовом. Протекторат захтева заштићену државу и међународни уговор према којем се одређени елементи државности, најчешће инострани послови, преносе на другу државу. Према међународном јавном праву, Косово се не може сматрати државом. Могло би се доказивати да су Србија и СР Југославија пренеле своје право управљања на УН, али би овај теоријски приступ занемарио насилничку генезу режима за Косово под покровитељством УН. Једино преостаје да се говори о фактичкој окупацији Косова од стране УН, која се ослања у погледу војне компоненте на КФОР, и на УНМИК, у погледу цивилне компоненте.

Кључне речи: **правни статус, Косово, резолуција, Савет безбедности Уједињених Нација**

Dr MICHAEL GEISTLINGER\*

## ПРАВНИ СТАТУС КОСОВА ПРЕМА РЕЗОЛУЦИЈИ 1244 (1999) САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

### 1. Увод

На дан 10. јуна 1999. године, усвајањем Резолуције 1244 (1999) у Савету безбедности Уједињених нација, бављење међународне заједнице питањем Косова враћено је у оквиру међународног јавног права. Савет безбедности УН установио је законске оквире за функционисање закона и реда на Косову који уливају много наде да ће постепено повратити мир на Косово и у целу Савезну Републику Југославију. Настајање Резолуције било је у сенци актуелног рата који је НАТО водио против Савезне Републике Југославије, блиске опасности од трећег светског рата и великог броја међународних чинилаца који су имали за циљ налажење решења за будућност свих људи који живе на Косову и који су износили мноштво покаткад супротних гледишта у вези са стратегијама и средствима за уређивање овог питања. Ова сложеност у историјату и политичкој позадини Резолуције огледа се у њеном садржају, те стога заиста изгледа да је њена правна примена тешко остварива. Резолуција покреће читаву серију тешких питања у међународном јавном праву. Најкритичније питање односи се на начин дефинисања тренутног статуса Косова у међународном јавном праву.

### 2. Косово - не као случај формалне *occupatio bellica*

Упркос чињеници да је сагласност међу сталним члановима Савета безбедности УН око усвајања Резолуције Савета безбедности УН број 1244 (1999) могла да буде постигнута једино паралелно са завршетком НАТО бомбардовања Савезне Републике Југославије, у Резолуцији се овај рат уопште не помиње. Оповргавањем претходних резолуција Савета безбедности број 1160 (1998), 1199 (1998) и 1203 (1998), Резолуција само

---

\* Професор универзитета у Салцбургу, Аустрија.

индиректно упућује на Поглавље VII Повеље Уједињених Нација, будући да су све поменуте резолуције засноване на Поглављу VII. Резолуција такође оповргава S/RES 1239 (1999), међутим, та резолуција није ни у каквој директној вези са било којом правном основом Повеље УН. Осим тих индиректних позивања на Поглавље VII у општем и ширем смислу, у тренутном тренду третирања хуманитарних питања у Савету безбедности УН<sup>1</sup>, Резолуција 1244 (1999) се у веома ограниченој мери директно осврће на Поглавље VII. Она најпре утврђује да ситуација у региону наставља да представља претњу међународном миру и безбедности. Та околност не издваја ову резолуцију од других хуманитарних резолуција које је усвојио Савет безбедности УН<sup>2</sup>.

Као посебан документ, међутим, Резолуција 1244 (1999) даље утврђује неопходност да се обезбеди сигурност и безбедност међународног персонала и да сви обухваћени овом резолуцијом испуњавају одговорности које из ње проистичу, и “да у овом циљу поступају према Поглављу VII Повеље Уједињених Нација”. Дакле, сврха понашања у оквиру Поглавља VII у овом контексту је да се обезбеди сигурност и безбедност међународног персонала и да сви обухваћени овом резолуцијом испуњавају одговорности које произлазе из ње. С једне стране, Резолуција 1244 (1999) сврстава се у групу резолуција УН о Косову, будући да је генерално заснована на Поглављу VII Повеље УН, из чега проистиче неопходност да свој легалитет и легитимитет добије искључиво усвајањем под одредбама прописа УН. С друге стране, из Резолуције 1244 (1999) произлази да је деловање у оквиру Поглавља VII Повеље УН јасно лимитирано специфичним циљевима. Узевши у обзир садржај оперативног дела Резолуције, у којем тачка 5 даје право међународним цивилним и безбедносним снагама да се под покровитељством Уједињених нација распореде на Косову, са одговарајућом опремом и људством, ограничење деловања у оквиру Поглавља VII искључује свако правно повезивање активности НАТО-а пре усвајања резолуције и значајно учешће НАТО-а у међународним безбедносним трупима на Косову под окриљем УН.

На тај начин, Савет безбедности УН једноставно игнорише рат који је вођен без његове ауторизације. Последица тога је да је у формулисању резолуције искључено сагледавање правног статуса садашњег Косова у формалном контексту ратне окупације. Распоређивање међународних снага безбедности, а тиме и трупа из земаља које су учествовале у рату против Југославије, не даје Косову формални статус територије окупиране од стране страних трупа на основу међународног закона о ратним сукобима<sup>3</sup>. Ову анализу потврђује чињеница да резолуција Савета безбедности УН не успоставља никакву правну везу са Војно-техничким споразумом између међународних мировних снага (КФОР) и влада Савезне Републике Југославије и Републике Србије, који је представљао основу за фактичку суспензију, а касније и прекид НАТО бомбардовања Савезне Републике Југославије<sup>4</sup>.

Овај војно-технички споразум, који је закључен неколико дана након усвајања Резолуције 1244 (1999), помиње се у Тачки 10 Анекса 2 ове резолуције. Анекс 2 садржи споразум о принципима (мировни план) за покретање према решењу косовске кризе.

<sup>1</sup> Видети недавну анализу коју је дао Yann Kerbrat, *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité*, Париз 1995., стр. 3-5

<sup>2</sup> Видети Кербрат (фуснота 1), стр. 9-46

<sup>3</sup> Садржину овог закона у вези са окупацијом видети у: Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Брисел 1999, друго издање, стр. 452 - 479 (бр. 2.296 - 2.348), са даљим референцама. Од битне важности је и: Friedrich Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts. II Band: Kriegsrecht*. Минхен 1969. стр. 122-139.

<sup>4</sup> Видети документ УН S/1999/682 од 15. јуна 1999. год., стр. 3-10.



Овај споразум су 2. јуна 1999. године руководству Савезне Републике Југославије презентирали фински председник Марти Ахтисари, као представник Европске уније, и Виктор Черномирдин, специјални изасланик председника Руске Федерације<sup>5</sup>. У тачки 10 овог документа констатује се да ће прекид војних активности захтевати прихватање принципа изложених у другим деловима документа. "Затим ће брзо бити закључен војно-технички споразум којим ће, између осталог, бити прецизирани додатни модалитети, укључујући и улогу и функције југословенско/српског особља на Косову". Резолуција 1244 поздравља "прихватање од стране Савезне Републике Југославије принципа постављених у тачкама 1 до 9" овог анекса, али не помиње тачку 10. Резолуција се, исто тако, позива на Анекс 2 и кроз тврдњу да ће "све земље-чланице поштовати суверенитет и територијални интегритет Савезне Републике Југославије и других држава у региону, како је утврђено у завршном документу из Хелсинкија и у анексу 2", сто такође упућује на друге делове Анекса 2, али не и на тачку 10. Исто се догађа и са одлуком Савета безбедности УН у параграфу 1 Резолуције 1244 (1999) да ће политичко решавање косовске кризе "бити базирано на општим принципима из анекса 1 и даље елаборирано кроз принципе и друге потребне елементе из анекса 2". Војно-технички споразум не може се сматрати делом ових принципа и других потребних елемената. Он ближе одређује неке од њих и придодaje друге модалитете. Исто тако, ни сва остала позивања на Анекс 2 не укључују војно-технички споразум<sup>6</sup>. У свом најновијем извештају о мисији УН за успостављавање привремене администрације на Косову<sup>7</sup>, генерални секретар УН обавештава чланове Савета безбедности УН да су југословенска војска и српске полицијске снаге започеле повлачење са Косова у складу са редоследом утврђеним у војно-техничком споразуму између Савезне Републике Југославије (Србије и Црне Горе) и војних власти Северно-атлантског пакта (НАТО). Ово повлачење завршено је до 20. јуна 1999. године. Он истиче и описује улогу коју ће Уједињене нације, ОЕБС и Европска унија имати у остваривању четири компоненте мисије за Косово, а само узгредну пажњу посвећује КФОР-у и НАТО-у. На тај начин, генерални секретар УН следи смернице одређене Резолуцијом 1244 (1999) Савета безбедности, па на први поглед изгледа да се он придржава ширег концепта мировних операција које је ауторизовао Савет безбедности УН.

4

### 3. Косово под режимом мировног програма УН?

Заиста, детаљнија анализа Резолуције Савета безбедности УН број 1244 (1999) показује даје Савет безбедности УН њоме очигледно намеравао да креира такву мировну операцију за Косово која би садржала елементе различитих случајева из историје мировног програма УН, уз додавање и неких нових<sup>8</sup>. Највише паралела постоји у односу на Прелазну управу УН у Камбоџи (УНТАЦ), која је такође обухватала и цивилну

<sup>5</sup> Видети документ УН S/1999/649 од 7. јуна 1999. год.

<sup>6</sup> У Параграфу 4 Резолуције 1244 (1999) помињу се тачка 6 и један део тачке 10 Анекса 2, Параграф 7 помиње тачку 4 Анекса 2, Параграф 9(а) тачку 6 Анекса 2, а Параграф 11(а) односи се имплицитно на тачке 5 и 8 Анекса 2.

<sup>7</sup> Видети документ УН S/1999/779 од 12. јула 1999. год., тачка 4.

<sup>8</sup> Утврђено Резолуцијом Савета безбедности број 745 (1992). За проверу у пракси видети: Институт за политичке студије (ИПС) Сингапур, УН Институт за образовање и научни рад (УНИТАР) (ед), Прелазна управа УН у Камбоџи (УНТАЦ): *Debriefing and Lessons*, Лондон и др. 1995.

и војну компоненту<sup>9</sup>. Ограничење дејстава под Поглављем VII на специфичне циљеве у складу са Резолуцијом 1244 (1999) још јаче наглашава резултате ове анализе. У том смислу, формулисање резолуције је очигледно било инспирисано историјским околностима у моменту усвајања, док је ваздушни рат НАТО-а био на самој граници да буде подржан копненим трупама. Резолуција ограничава употребу НАТО трупа, као битног дела међународног безбедносног присуства, на Резолуцијом дефинисане циљеве. Нису примењени чланови 40 и 41, нити 42 или 51 из Повеље УН. Као и у претходним случајевима мировног програма УН, позивање на Поглавље VII било је инспирисано врстом кризе<sup>10</sup>. Будући да је случај Косова обухватао оружани сукоб и стварно ратовање, посматран је у оквиру Поглавља VII, а не Поглавља VI Повеље Уједињених нација.

Према Резолуцији Савета безбедности УН број 1244 (1999), операција Косово подразумева два главна задатка, од којих сваки обухвата неколико компонената. Било је одлучено да се ангажују међународне безбедносне снаге и међународно цивилно присуство, оба под окриљем Уједињених нација. Одговорности међународног безбедносног присуства побројане у Параграфу 9 Резолуције, а одговорности међународног цивилног присуства у параграфима 10 и 11.

Главни задаци у области међународног безбедносног присуства могу се видети у успостављању сигурног и безбедног окружења на Косову, демилитаризацији, посредовању, верификацији и посматрању. Мора се сматрати дискутабилним да ли је КФОР влашћен да предузима принудне мере за остваривање ових задатака на бази Резолуције Савета безбедности УН. Нема јасне изјаве о употреби силе у вези са безбедносним, као ни са цивилним присуством. До одређеног степена се може тврдити да укључивање примене извесне силе индиректно произлази из параграфа 7 и 8, као и из Параграфа 9(а)<sup>11</sup>. Исто тако, позивање Резолуције на Поглавље VII ради обезбеђивања сигурности и безбедности међународног људства и ради старања да сви обухваћени овом резолуцијом испуњавају одговорности које из ње проистичу, може се сагледати као правна основа за ограничену употребу силе у поменуте сврхе. Према томе, ова Резолуција не следи крајње критичан модел операција у Сомалији<sup>12</sup>. Она је, чак, далеко иза јасно формулисаних резолуција Савета безбедности УН којима је наметнут режим санкција Савезној Републици Југославији у ранијој фази развоја конфликта на територији претходне Југославије. Параграф 29 Резолуције Савета безбедности УН број 820 (1993) предвиђао је, на пример, "такве мере, сразмерне специфичним околностима, које могу, уз одобрење Савета безбедности, бити неопходне ради примене ове резолуције и његових других резолуција, укључујући и примену у територијалним водама Савезне Републике Југославије (Србије и Црне Горе)"<sup>13</sup> Кембриџ 1997, стр. xix - ivi, 36 -39, 219 - 268. За правну евалуацију, видети: Oliver Scholz, *Die Durchsetzung von*

<sup>9</sup> Историјски развој мировног програма УН и кратак опис операција видети у: Michael Bothe, Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Оксфорд 1994.. Чл. 38, стр. 565 - 589, са даљим референцама.

<sup>10</sup> Видети: Bothe (фуснота 8), стр. 590, бр. 67.

<sup>11</sup> Аргументи: "сва неопходна средства", "делотворно ... присуство", "где је неопходно, наметнути прекид ватре".

<sup>12</sup> Видети резолуције Савета безбедности УН бр. 814 (1993) и 837 (1993), и: Mathias Weber, *Der UNO-Einsatz in Somalia, Die Problematik einer "humanitären Intervention"*, Денслинген 1997., стр. 100

<sup>13</sup> За практично спровођење овог режима, видети: Eugenios Kalypris, Richardt Vork, Antonio Napolitano, *Les sanctions des nations unies dans le conflit de l'ex-Yougoslavie*, Брисел, Париз 1995. За хронологију и одговарајућу дебату у Савету безбедности, видети: Daniel Bethlehem, Marc Weiler (ed), *The 'Yugoslav' Crisis in International Law: General Issues, Part I*.

*Zwangsmaßnahmen nach Art.41 der Satzung der Vereinten Nationen, insbesondere mit militärischen Mitteln*, Франкфурт на Мајни и др. 1998, стр. 42 - 47, 189 - 230.

С друге стране, из интерпретације “међународног цивилног присуства” коју је дао генерални секретар УН може се закључити да је употреба силе предвиђена и за међународно безбедносно присуство, у мери неопходној за остваривање њихових циљева. У свом извештају од 12. јула 1999. године, генерални секретар УН објашњава да Резолуција Савета безбедности УН број 1244 (1999) даје УНМИК-у сву законску и извршну власт, укључујући и управљање правосуђем<sup>14</sup>. Ову ће власт вршити специјални изасланик. Он ће бити овлашћен да доноси уредбе у областима за које је опуномоћен, као и да мења, укида или суспендује постојеће законе “у степену неопходном за извршавање његових функција, или у случајевима у којима су постојећи закони некомпатибилни са мандатом, циљевима и задацима привремене цивилне администрације<sup>15</sup>. Генерални секретар УН сматра специјалног изасланика највишим цивилним функционером на Косову, па ће имати максималну извршну власт, а, такође, и одлучујућу реч у интерпретирању поменутих закона<sup>16</sup>. У спровођењу своје законодавне и извршне власти, специјални изасланик ће се ослањати на полицијске снаге. УНМИК ће распоредити међународне полицијске снаге које ће бити под командом УНМИК начелника полиције, а који је одговоран специјалном изасланику<sup>17</sup>. У првој фази, за обезбеђивање сигурности и реда биће одговоран КФОР. Исто се односи и на пограничну полицију<sup>18</sup>. УНМИК је очигледно оријентисан ка прихватању нормалних полицијских задатака, који обухватају и надлежност за примену закона<sup>19</sup>. Из тога се може закључити да се “међународно безбедносно присуство” усмерава на обезбеђивање закона и реда у ванредним околностима оружаног сукоба и да се, стога, ослања на оружане снаге које имају овлашћење да, ако је потребно, принудно остварују своје задатке.

Ова интерпретација његовог мандата, дата од стране генералног секретара УН, мора се узети као изузетно екстензивна. Она своди ангажовање чланица УН у области “суверенитета и територијалног интегритета Савезне Републике Југославије”<sup>20</sup> на прихватање правила фактичке окупације. Генерални секретар тврди да ће УНМИК поштовати законе Савезне Републике Југославије и Републике Србије током вршења свог мандата на територији Косова, али само “у оној мери у којој не долазе у конфликт са међународно признатим стандардима људских права, или са прописима које је издао специјални изасланик ради остваривања мандата повереног Уједињеним нацијама од стране Савета безбедности”<sup>21</sup>. Исто тако, специјални изасланик и УНМИК поштују

<sup>14</sup> Видети фусноту 7, тачка 35.

<sup>15</sup> Видети фусноту 7, тачка 39.

<sup>16</sup> Видети фусноту 7, тачка 44.

<sup>17</sup> Видети фусноту 7, тачка 60.

<sup>18</sup> Видети фусноту 7, тачка 61.

<sup>19</sup> Видети фусноту 7, тачка 62.

<sup>20</sup> У односу на ово, у *Резолуцији Савета безбедности УН број 1244 (1999)* пише: “Реафирмисање ангажовања свих земаља-чланица у очувању суверенитета и територијалног интегритета Савезне Републике Југославије и других држава у региону, на начин како је дефинисано у Завршном документу из Хелсинкија и у Анексу 2”. Параграфом 10 ове резолуције “генерални секретар је овлашћен да, уз помоћ одговарајућих међународних организација, установи међународно цивилно присуство на Косову у циљу стварања привремене администрације за Косово под којом ће народи Косова моћи да уживају суштинску аутономију унутар Савезне Републике Југославије...”. Ова формулација одговара тачки 5 Анекса 2 Резолуције.

<sup>21</sup> Видети фусноту 7, тачка 36.

постојеће институције у границама у којима су оне компатибилне са њиховим мандатом. Највиша власт налази се у рукама специјалног изасланика. Државна власт Савезне Републике Југославије, на тај начин, редукована искључиво на међународно признато право својине над територијом Косова, а остваривање свих права која произлазе из суверенитета препуштено је слободном одлучивању УНМИК-а и специјалног изасланика генералног секретара УН у име Уједињених нација. Мировни режим УН се, стога, претвара у *de facto* окупацију Косова од стране УН од самог свог установљавања, ако се узме у обзир начин на који га практично схвата и примењује генерални секретар УН.

#### 4. Косово под *de facto* окупацијом Уједињених Нација

Овакво екстензивно манипулисање Резолуцијом Савета безбедности број 1244 (1999) од стране генералног секретара УН у потпуности одговара начину на који КФОР манипулише међународним безбедносним присуством. Члан 1, параграф 2, Војно-техничког споразума између међународних снага безбедности (КФОР) и влада Савезне Републике Југославије и Републике Србије преноси на КФОР “овлашћење да предузима све неопходне акције ради успостављања и одржавања безбедног окружења за све грађане Косова и остваривања других задатака у вези са њиховом мисијом”<sup>22</sup>. Параграф 4 истог члана овлашћује КФОР “да предузима било какве акције које буду потребне, укључујући и употребу силе у неопходној мери, да би се обезбедило придржавање одредби овог споразума и заштита међународних снага безбедности (КФОР)”.

С обзиром на чињеницу да генерални секретар НАТО-а, у свом писму генералном секретару УН од 10. јуна 1999. године, говори о војно-техничком споразуму “закљученом са војним властима НАТО-а”, а и да генерални секретар УН Кофи А. Анан користи исту терминологију у писму упућеном председнику Савета безбедности 15. јуна 1999. године<sup>23</sup>, НАТО или војне власти НАТО-а представљају партнера у војно-техничком споразуму искључиво преко КФОР-а и само у оној мери у којој су заступљене у КФОР-у. У Тачки 4 Анекса 2 Резолуције Савета безбедности број 1244 (1999) помиње се “значајно учешће Организације северно-атлантског уговора” у међународном безбедносном присуству. Међународно безбедносно присуство распоређује се под покровитељством Уједињених нација<sup>24</sup>.

Стварно стање ствари у погледу међународног јавног права постаје јасно кад се сагледа садржина и смисао обавеза Савезне Републике Југославије и Републике Србије које проистичу из Војно-техничког споразума. Њихов циљ је да се успостави трајни прекид непријатељстава<sup>25</sup>. Члан 11 овог Споразума покушава да то постигне дефинисањем прецизног временског распореда за повлачење југословенских оружаних снага са Косова, успостављањем зоне безбедности у ширини од 5 км на копну и 25 км у ваздушном простору око Косова и давањем КФОР-у потпуне власти у области контроле и координације. Командант КФОР-а је директор Заједничке комисије за спровођење споразума, он је овлашћен да доноси прописе и одлучује о поступцима у вези са, на пример, коришћењем ваздушног простора изнад Косова, а представља и највиши ауторитет у интерпретацији Војно-техничког споразума<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Видети фусноту 4.

<sup>23</sup> Оба писма укључена су у документ УН, видети фусноту 4.

<sup>24</sup> Видети Тачку 3 Анекса 2 Резолуције Савета безбедности број 1244 (1999).

<sup>25</sup> Видети Члан 1, Пар. 4(а) Војно-техничког споразума (фуснота 4).

<sup>26</sup> Видети чланове IV, V и II Војно-техничког споразума (фуснота 4).

Ако се овај режим посматра као целовит, будући да обухвата међународно цивилно, као и међународно безбедносно присуство, оба под окриљем Уједињених нација, тврдње које се ових дана могу чути са разних страна да је међународна заједница установила међународни протекторат над Косовом не одговарају чињеничном стању у потпуности. Протекторат захтева штићену државу и међународни уговор према којем се одређени елементи државности, најчешће инострани послови, преносе на другу државу<sup>27</sup>. Према међународном јавном праву, Косово се не може сматрати државом<sup>28</sup>. Стога и форма "квази-протектората" не одражава праву слику. Циљеви режима који су успоставиле Уједињене нације не би могли да одговарају оквирима "колонијалног протектората" чак и када би садржина режима била упоредива. Ако буде потребно, могло би се доказивати да су Савезна Република Југославија и Република Србија пренеле своја права на управљање Косовом на Уједињене нације. Овакав теоретски приступ би, међутим, занемарио насилничку генезу режима за Косово под покровитељством УН<sup>29</sup>.

Оно што преостаје, то је да се говори о *de facto* окупирању Косова од стране Уједињених нација које се ослањају на КФОР у погледу војне компоненте и на УНМИК у погледу цивилне компоненте. Овај режим потребно је назвати *de facto* окупацијом, будући да је рат против Савезне Републике Југославије водио само НАТО, а не и Уједињене нације, нити чак КФОР, и с обзиром да су одговарајући закони о ратним сукобима, који регулишу права и обавезе окупационих сила<sup>30</sup>, стварани за државе и односе се искључиво на Уједињене нације, у оној мери у којој се могу сматрати уобичајеним међународним законом и онолико колико су применљиви *ratione materiae*<sup>31</sup>. Несумњиво је да у случају Косова прописи који се односе на окупацију испуњавају ове критеријуме.

Овај резултат има две значајне последице: Генерални секретар УН није у обавези само према формулацији и садржини Резолуције Савета безбедности УН број 1244 (1999), већ је, као што су и КФОР, УНМИК и специјални изасланик УН, обавезан да се придржава међународних прописа о сукобима у погледу окупације.

<sup>27</sup> За бројне друге примере, видети: Gerhard Hoffmann, *Protectorates*, у: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Амстердам и др. 1987., том 10, стр. 336 - 339 (336), уз даље референце.

<sup>28</sup> Видети детаљну анализу у докторској дисертацији: Fee Rauert, *Das Kosovo aus völkerrechtlicher Sicht*, Салцбург 1998. (тренутно у ревидираној верзији припремљено за штампање у монографској серији "Ethnos" у бечкој штампарији Braumüller), стр.261 и даље, у којој се сматра да албански живаљ на Косову има право на само-опредељење, што под одређеним околностима може да се заврши отцепљењем Косова од Савезне Републике Југославије.

<sup>29</sup> Преношење права путем међународног уговора захтева испуњавање предуслова за један међународни уговор. Један од предуслова је слобода воље.

<sup>30</sup> Нпр. Чл. 47 - 78 Женевске конвенције о заштити цивила у време рата од 12. августа 1949. (IV женевска конвенција), 75 УНТС 287; Чл. 14 и друге одредбе Протокола који је допуна Женевској конвенцији од 12. августа 1949. године, а односи се на заштиту жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I). Видети, такође, и фусноту 3.

<sup>31</sup> Такође:Bothe(фуснота 8), стр. 600, уз даље референце.

Dr MICHAEL GEISTLINGER\*

## STATUS JURIDIQUE DU KOSOVO SELON LA RESOLUTION 1244 (1999) DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES

### Résumé

Selon l'opinion de l'auteur, la Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies n° 1244 (1999) déclenche toute une série de questions difficiles dans le droit public international. La question la plus critiquée se rapporte à la façon de définir le status de Kosovo dans le droit public international.

Selon l'avis de l'auteur, on ne peut pas considérer Kosovo comme le cas de *occupatio bellica* formelle vu que le Conseil de sécurité de Nations Unies a simplement négligé la guerre qui avait été menée sans son autorisation. La conséquence de ceci est que dans la formulation de la Résolution on exclut la considération du status juridique du Kosovo actuel dans le contexte formelle de l'occupation de guerre. La dislocation des forces internationales de sécurité, y inclus aussi des troupes des pays participant dans l'agression contre la Yougoslavie, ne donne pas au Kosovo le status d'un territoire occupé de la part des troupes étrangères à la base de la loi internationale des conflits de guerre.

L'auteur rejette l'affirmation que la communauté internationale a instauré le protectorat international sur Kosovo. Le protectorat exige l'état protégé et le contrat international selon lequel certains éléments du pouvoir d'état, le plus souvent des affaires étrangères, sont transférés à un autre état. Selon le droit public international on ne peut pas considérer Kosovo d'un Etat.

On pourrait prouver que la Serbie et la RF de Yougoslavie ont transféré leur droit d'administrer au Nations Unies, mais cet accès aurait négligé la genèse oppressive pour Kosovo sous la protection des Nations Unies. Il ne reste que parler de l'occupation de fait du Kosovo de la part des Nations Unies s'appuyant, au point de vue la composante militaire, sur KFOR et au point de vue la composante civile, sur UNMIK.

---

\* **Université de Salsbourg, Autriche.**

Др ДАРА Б. МИЛЕНОВИЋ

**УГОВОР О БАНКАРСКОМ  
НОВЧАНОМ ДЕПОЗИТУ**

**5**

### Апстракт

У чланку аутор анализира питања значајна за уговор о банкарском новчаном депозиту. Тако, он разматра следећа питања: појам уговора, врсте уговора и обавезе уговорних страна. Уговор о новчаном банкарском депозиту је значајни банкарски посао којим се обезбеђује значајна концен-

трација новчаних средстава код банака. Прикупљена новчана средства банке пласирају у различите привредне и друштвене сврхе, и то закључењем уговора о краткорочном или дугорочном кредитирању са заинтересованим лицима.

Кључне речи: **уговор о банкарском новчаном депозиту, депонент, банка (депозитар), новац, обавезе.**



Др ДАРА Б. МИЛЕНОВИЋ\*

## УГОВОР О БАНКАРСКОМ НОВЧАНОМ ДЕПОЗИТУ



### 1. Појам уговора

Уговор о банкарском новчаном депозиту је такав банкарски посао којим се банка обавезује да прими на чување одређени новчани износ, а депонент се обавезује да положи код банке тај износ новца.

Реч “депозит” потиче од латинске речи “*depositum*”, која значи “оно што је дато на чување”. У правној теорији не постоји јединствено схватање о правној природи овог уговора. Према једном схватању,<sup>1</sup> уговор о новчаном депозиту представља једну врсту зајма и то таквог зајма код којег се у улози зајмопримца (депозитара) увек појављује банка. По другом схватању,<sup>2</sup> овај уговор представља једну врсту уговора о остави, који се разликује од грађанско-правног уговора о остави по томе што се: 1. у улози зајмопримца увек појављује банка; 2. предмет уговора је одређени новчани износ. Власник новца (депонент) поверава банци на чување и коришћење одређени новчани износ који му у том тренутку није потребан, ради тога да би према банци стекао право на камату. Закључењем овог уговора банка стиче право да располаже депонованим новцем, који је дужна да врати према условима предвиђеним у уговору (чл. 1035. ст. 2. ЗОО).

Може се рећи да уговор о банкарском новчаном депозиту, без обзира што има одређене елементе уговора о зајму, уговора о остави и уговора о налогу (банка извршава налоге депонента), представља самостални, именовани уговор. На односе из овог уговора примењују се правила одредби Закона о облигационим односима (чл. 1035-1042).

---

\* Редовни професор Правног факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Јанковец, др Ивица: *Привредно право*, Београд 1996, стр. 525.

<sup>2</sup> Антонијевић, др Зоран: *Привредно право*, Београд, 1986, стр. 466.

Код овог уговора као уговорне стране појављују се депонент и депозитар. Као депозитар (зајмопримац) увек се појављује банка, док се као депонент (оставилац) може појавити било које лице.

Предмет уговора о новчаном банкарском депозиту, како се из самог назива може видети, је новац.

На основу закљученог уговора о банкарском новчаном депозиту настају одређене обавезе за обе уговорне стране, тако да овај уговор спада у категорију двострано-обавезујућих и теретних уговора. Уговор о банкарском новчаном депозиту је неформални правни посао, јер за закључење овог уговора законом није предвиђена никаква форма. То значи да се он може закључити у било ком облику. Уговор се сматра закљученим чим уговорне стране постигну сагласност (на било који начин) о битним елементима овог уговора, што значи да је у питању консенсуални уговор. У пословној пракси, по правилу, приликом закључења овог уговора уговорне стране се опредељују да овом уговору дају писмену форму. На захтев депонента, банка може да му изда потврду (цертификат) о депонованим новчаним средствима. Потврдом о депонованим новчаним средствима банка потврђује да је примила на чување депонована новчана средства, са роком трајања депозита дужим од једне године. Потврда о депонованим новчаним средствима има својство хартије од вредности и може се преносити путем индосамента. Поред тога, она може да служи и као средство плаћања.

Уговор о банкарском новчаном депозиту је комутитативан уговор. Обавезе уговорних страна не зависе од неког будућег неизвесног догађаја.

## **2. Врсте новчаних депозита**

Подела банкарских новчаних депозита може се извршити према различитим критеријумима. Најчешћа и најзначајнија подела је: 1. према времену трајања уговора о депозиту и праву депонента да располаже депонованим средствима; 2. према намени (сврси) депоновања.

С обзиром на време трајања уговора и на право депонента да располаже депонованим средствима, прави се разлика на депозите по виђењу (*a vista depozite*) и орочене депозите (ограничени депозити, неактивни депозити).

Депозити по виђењу представљају такву врсту депозита код којих су потраживања депонента према банци увек доспела у пуном износу. Банка је дужна да у границама депонованих средстава извршава све депонентове налоге за исплатама. Ако банка уредно извршава све налоге депонента за исплатама, то ће се повољно одразити на остале власнике слободних средстава и повећати њихово поверење у банку-што ће позитивно утицати на повећање депонованих новчаних средстава. За ову врсту депозита карактеристично је, да депонент добија мању каматну стопу од банке, што представља њену слабу страну.

Орочени депозит представља такву врсту депозита код које су новчана средства уложена у банку са уговореним роком. Депонент право да располаже депонованим новчаним средствима може вршити по протеклу уговореног рока. Ова врста депозита је од посебног значаја за остварење кредитне функције банака, јер омогућава неопходну концентracију средстава. Депонована новчана средства банка пласира у различите привредне и друштвене сврхе и то закључивањем уговора о краткорочном или дуго-

рочном кредитирању са заинтересованим лицима. Због тога ова врста депозита има много већи значај него неорочени депозит. Пошто банке код ороченог новчаног депозита могу да располажу депонованим средствима у дужем временском периоду, то оне за ову врсту депозита дају вишу каматну стопу.

С обзиром на начин на који је ограничено право депонента да располаже депонованим средствима, орочени новчани депозити могу бити на неодређено време са отказним роком или на одређено време без отказног рока. Депозит орочен на неодређено време са отказним роком је такав депозит код кога депонент може да располаже депонованим новцем по истеку уговореног рока од дана када је писменим путем о томе обавестио банку. Уговором о банкарском новчаном депозиту може бити предвиђено и право банке да у отказном року може једнострано да раскине уговор. Новчани депозити орочени на одређено време без отказног рока представљају такве депозите код којих депонент може располагати депонованим новчаним средствима по истеку уговореног рока депозита.

С обзиром на намену (сврху) депоновања новчаних средстава, разликују се наменски и ненаменски новчани депозити.

Наменски новчани депозити представљају такву врсту депозита код које се депонована средства могу користити само за намене и под условима који су утврђени закљученим уговором. Код ове врсте депозита банка је у обавези да проверава наменско коришћење депонованих средстава. Закљученим уговором о новчаном депозиту може бити предвиђена могућност раскида уговора у случају ненаменског коришћења депонованог новца.

Ненаменски новчани депозити представљају такву врсту депозита код кога уговором о новчаном депозиту није посебно уговорена намена коришћења депонованих средстава. Ова врста новчаног депозита одговара интересима банке (нарочито кад су они орочени), јер омогућава банци слободно располагање депонованим средствима.

Ако уговором о новчаном депозиту није одређена врста депозита, сматра се да је у питању депозит по виђењу, и то ненаменски (чл.1038. Ст. 2 ЗОУ).

### **3. Обавезе уговорних страна**

Уговор о банкарском новчаном депозиту је двострано-обавезујући и теретни уговор, што значи, да на основу закљученог уговора настају обавезе за обе уговорне стране.

#### **3.1. Обавезе депонента**

Приликом одређивања појма уговора банкарском новчаном депозиту у Закону о облигационим односима (чл. 1035. Ст. 1.) је изричито предвиђено да је овај уговор закључен када се банка обавезала да прими, а депонент да положи код банке одређени новчани износ. То значи да је на основу закљученог уговора о банкарском новчаном депозиту за депонента настала основна обавеза-обавеза полагања уговореног новчаног износа у уговорено време и на уговорени начин код банке депозитара. Уговором може бити предвиђено да депонент своју основну уговорну обавезу - обавеза полагање уговореног новчаног износа може извршити одмах или у одређеном року након закључења уговора, одједном или у ратама. Извршење обавезе полагања уговореног новчаног



износа спада у фазу остварења (реализације) закљученог уговора о банкарском новчаном депозиту, што значи да је овај уговор консенсуални, а не реални уговор.

Депонент може положити (уплатити) код депозитара не само уговорени новчани износ, него и већи износ од уговореног. У том случају одредбе закљученог уговора о банкарском новчаном депозиту аутоматски се примењују и на вишак уплаћених новчаних средстава.

У случају да депонент не изврши своју обавезу полагања (уплате) уговореног новчаног износа код депозитара, банка има право да раскине уговор о банкарском новчаном депозиту и да од депонента тражи накнаду штете.

Законом о облигационим односима (чл.1041. ) и Законом о платном промету (чл.11. ст.1.)<sup>3</sup> предвиђена је могућност да исто лице код једне банке или код више њених пословних јединица има већи број рачуна. Сваки од ових рачуна на којима се воде средстава депонента је самосталан. Самосталност сваког рачуна депонента је врло значајна, јер то значи: 1. да депозитар не може вршити вирманисање средствима са једног на други рачун, без обзира на то што се у улози депонента појављује исто лице; 2. депонент може за располагање средствима са сваког рачуна одредити друго лице. Посебно отварање рачуна препоручује се за случај када се ради о наменском новчаном депозиту, кад депозитар или депонент на тај начин желе да остваре потпуну контролу наменског коришћења депонованих средстава или кад је у питању више орочених депозита са различитим роковима.

Сви налози за уплату и исплату са рачуна депонента упућују се у седиште банке која је са депонентом закључила уговор о новчаном депозиту (чл.1040. ЗОО). Ако је рачун депонента код банке постао пасиван (дуговни салдо), зато што је она извршила налоге депонента на основу уговора о новчаном депозиту, банка је дужна да о томе одмах, без одлагања, обавести депонента и да га позове да предузме потребне мере у циљу дуговног салда. Депонент је дужан да отклони дуговни салдо на свом рачуну, јер у супротном би се радило о изнуђеном кредиту, о коме не постоји сагласност депозитара (банке) и депонента. Међутим, то не значи да на предлог депозитара или депонента не може, у оквиру дуговинског салда, бити закључен одговарајући уговор о кредиту између између депозитара и депонента. У пословној пракси у случају дуговног салда који се појави на рачуну депозита, по правилу, сматра се да је дошло до прећутног закључења одговарајућег уговора о кредиту.

### **3.2. Обавезе банке (депозитара)**

На основу закљученог уговора о банкарском новчаном депозиту банка-депозитар преузима обавезу да отвори рачун депонованих средстава. То значи, да на основу сваког уговора о новчаном депозиту, односно за сваки депозитни улог, банка је у обавези да отвори посебан рачун. Међутим, пословање на основу уговора о новчаном депозиту може да се врши (оствари) и преко већ постојећег рачуна истог депонента код исте банке. На отворени рачун депонента банка уписује сва потраживања и дуговања која произилазе из послова трећих лица са депонентом. У тај рачун се не уписују она потраживања односно дуговања за које се уговорне стране договоре да их искључе.

Банка је дужна да у границама расположивих средстава и према условима уговора о новчаном депозиту врши све исплате са рачуна депозита, а по налогу депонента или лица које је депонент овластио да располаже средствима на рачуну. У складу са

<sup>3</sup> "Сл. лист СРЈ", бр. 18/98.

налогом, банка је дужна да исплату изврши депоненту или трећем лицу за рачун депонента.

Банка је дужна да депонента обавештава о свакој промени стања на његовом рачуну (чл.1039. ст.1. ЗОО). Банка то чини најмање једанпут годишње, и то, по правилу, крајем године, тако што шаље депоненту извештај о стању рачуна (салда). Уговором о новчаном депозиту може бити предвиђена обавеза банке да чешће обавештава депонента и да му чешће подноси извештај о стању на његовом рачуну.

Законом о облигационим односима (чл.1035. Ст. 2.) је изричито предвиђено право банке да располаже депонованим новцем. Ово право банке праћено је њеном обавезом да депоненту плати уговорену камату, по уговореној каматној стопи. Ако висина камате није одређена уговором о новчаном депозиту, банка ће бити дужна да депоненту плати законску камату.



**Dr DARA B. MILENOVIĆ\***

## **CONTRACT DU DEPOT MONETAIRE EN BANQUE**

### **Résumé**

Dans son article, l'auteur fait une analyse des questions importantes pour un contrat du dépôt des fonds déposés en banque, genres de contrats et obligations des contractants. Le contrat monétaire bancaire est une affaire bancaire importante par laquelle on assure une concentration importante des fonds monétaires en banques. Les fonds monétaires amassés sont placés par les banques dans des fins sociales et économiques différent et ceci par la voie de la conclusion du contrat de crédit avec des sujets intéressés.

---

\* Professeur titulaire à la Faculté de Droit à Niš.

Др МИЛОРАД РОЧКОМАНОВИЋ

**FRAUS LEGIS У ТЕОРИЈИ И  
ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ  
ПРИВАТНОГ ПРАВА  
ФРАНЦУСКЕ**

**6**

### Апстракт

По својој суштини овај прегледни чланак требало је да укаже на место и улогу ове специфичне установе у међународном приватном праву Француске. Анализа доктринарних ставова показује да је за њено појмовно одређење према доминантном схватању неопходно и да се субјекат изигравања *lex fori* и у неком доцнијем моменту позвао на тако настао правни однос у сфери надлежности на тај начин избегнутог закона. Преглед објављених судских одлука сведочи о томе да је концепт *fraus legis* примењиван са потребном дозом опреза од стране француских судова. Њихов принципијелан однос према обиму употребе истог видљив је и у санкционисању случајева изигравања страних закона. Иако је

таквих случајева било релативно мало, то показује да је идеја интернационализма у третману (уважавању и примени) закона страних земаља, ипак добила место грађанства у међународном приватном праву ове државе.

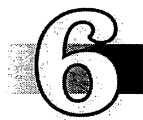
На такав начин владајући стереотип о про-текционистичкој функцији *fraus legis lex fori* уступа пред чињеницом да, независно од тога како се у домаћој држави гледа на суштину односно природу страних закона, овако употребљено то средство може бити схваћено и као својеврстан вид правне помоћи односно сарадње држава у сфери разноврсних односа међународног приватног права.

Кључне речи: ***fraus legis, lex fori*, меродавно право, међународно приватно право, санкција.**



Др МИЛОРАД РОЧКОМАНОВИЋ\*

## FRAUS LEGIS У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА ФРАНЦУСКЕ



### I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1. Установа *fraus legis* има релативно дугу традицију у међународном приватном праву у Француској. Случајеви циљног заобилажења домаћих закона и примена повољнијих прописа других држава на приватноправне односе са обележјем иностраности уочени су и теоријски обрађени у другој половини XIX века, иако је сама појава сигурно настала знатно раније. О томе закључујемо индиректним путем. Наиме, још је Тома Аквински, средњевековни теолог и филозоф, у делу “*De bonitate et malitia actuum humanorum*” (чл. IV), изрекао суд “*Qui libet singularis defectus causat malum, bonum autem causatur ex integra causa*”.

2. Одвајкада је, наиме, била присутна тежња појединца да избегне апсолутно потчињавање правној норми, нарочито онда када му она не би омогућавала заснивање или раскид неког правног односа на задовољавајући начин. То је, рекли би смо, део његове природе.

У материји међународног приватног права “интернационализација” једне ситуације унутрашњег права или заснивање надлежности страног суда, који са предметом спора не би имао никакву или бар не онакву везу која би оправдавала његову надлежност, никада није било само себи циљ. Стварањем привида легалности таквог чина, у коме није било елемената противправности, желео се резултат који се не би могао да постигне да није било таквог “маневра”.

Тако настала ситуација била је у корист субјеката намераваног (и оствареног) правног односа, али је била на уштрб права домаће државе чија је примена избегнута у конкретном случају, јер није била у складу са њиховим интересима. Случајеви *fraus legis* постоје, рецимо, ако *lex fori* забрањује развод брака или заснивање односа усвојења или позаконења, а по прописима неке друге стране државе таква могућност постоји

---

\* Редовни професор Правног факултета у Нишу.

или, пак, уколико склапање одређеног уговора у коме постоји елемент иностраности није могуће сходно *lex fori*, али је планирани уговор могућ, и у свему легалан, са становишта права неке друге државе.

3. Мада се на први поглед чини да би се и у оваквим случајевима дала оправдати изрека “Циљ оправдава средство”, поготову ако се ствар посматра из угла индивидуалних интереса учесника ових правних односа, ствари добијају другачији изглед ако се проблем стави у друштвени контекст.

Када неко ко је држављанин домаће државе и живи у њој, затражи и добије страни држављанство да би се развео и убрзо потом склопио други брак, па се потом са новим супругом врати у своју *ex* домовину у којој није могао да оствари развод брака, он је постигао оно што у нормалним околностима његови сународници не би могли. Таквим понашањем, у чијој је основи била једино намера избегавања препрека на путу до жељеног циља, он није само повредио закон своје дотадашње државе, већ је свесно (вољно) нарушио уобичајени пут регулисања развода брака заобилажењем колизионе норме *lex fori* која има карактер императива за све остале учеснике у правном саобраћају. Управо зато такав чин заслужује осуду која се огледа начелно узев у “враћању” истог у нормалне правне токове *lex fori*, а индивидуално, у негирању његових правних учинака у локалној средини, с обзиром на искључиву надлежност *lex fori* у конкретном случају.

4. У разматрању ове појаве у међународном приватном праву Француске најпре ћемо се осврнути на појам *fraus legis* у правној теорији ове земље, да би смо након тога уочили и изложили примере таквих аката кроз анализу судске праксе ове земље и, најзад, правне последице утврђених случајева изигравања француских прописа у материји разноврсних односа међународног приватног права.

## II ПОЈАМ *FRAUS LEGIS* У НАУЦИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА И СУДСКОЈ ПРАКСИ ФРАНЦУСКЕ

1. Опште је познато да је за постојање *fraus legis* у смислу међународног приватног права потребно кумулирање два услова, једног објективног, а другог субјективног. Први услов је да постоји вољно коришћење колизионе норме које се огледа у могућности **измене** легалним путем тачке везивања из колизионе норме *lex fori*. Други се очитује у **намери** избегавања надлежности редовно надлежног (домаћег) закона у конкретном случају.

И док у погледу прве претпоставке постоји једнодушан став француске доктрине о томе да се вештачким уношењем елемента иностраности или променом неке одлучне околности за примену домаће колизионе норме, однос у питању подвргава надлежности страног (за субјекте у односу повољнијег) закона, дотле у погледу другог елемента нема апсолутног склада. Неслагања потичу првенствено од непознатоности утврђивања намере избегавања надлежности *lex fori*.

Неки старији аутори истичу да није извесно да ли резултат који се постиже таквим “маневром” појединца представља циљ или последицу. Тако, рецимо, промена држављанства једног лица која доводи до избегавања неке брачне сметње која фигурира у *lex fori* или, пак, омогућава развод брака, што се није могло постићи применом дотадашњег *lex nationalis* на бази домаће колизионе норме, може произвести и друге последице у односу на актере изигравања закона за које се не може поуздано устано-

вити да ли су биле намераване или не. То једнако вреди и у случају одласка вереника у иностранство које има за резултат промену њиховог дотадашњег места пребивалишта. Да ли им се само зато може импутирати фrawdалозност ако буду закључили брак у држави у којој су стекли ново пребивалиште и то у форми коју, рецимо, француско право игнорише?

Међу оним француским ауторима који су остали резервисани у вези са поузданошћу откривања намере као битне претпоставке *fraus legis* били су *Niboyet, Y. Loussouarn i Larebours-Pigeonnière*. По њиховом мишљењу у њеном откривању треба видети неовлашћено задирање судије у материју која би требало да остане затворена, јер припада сфери свести. У противном, судија би преузео улогу арбитра, што се не може прихватити.<sup>1</sup>

Разуме се да ако је та намера очигледна, јер произилази из околности случаја, те неизвесности не треба да буде. Један од највише цитираних примера те врсте јесте случај "*Bauffremont*"

2. Класичан случај изигравања француског закона добио је свој епилог пред француским судом 1878. године. Чињенице су следеће: будући да ондашње брачно законодавство Француске није познавало могућност развода брака, то је француска држављанка г-ђа *Bauffremont*, у намери остваривања права на личну срећу, отпутовала у Немачку где је убрзо актом натурализације постала немачка држављанка. Постигавши промену држављанства, она је добила и развод брака у тој држави. Но када је доцније требало признати правне последице изреченог развода у Француској, француски суд је одлуком од 18.03.1878. санкционисао такав чин одбијањем да призна њен развод, не дирајући притом у њен новостечени држављански статус. Разлоге за такву одлуку суд је нашао у чињеници да је било очигледно да је промена држављанства била само средство за остварење главног циља, тј. добијања развода брака.

6

3. Да би овакав или сличан маневар у вези са променом тачке везивања из колизионе норме *lex fori* имао карактеристике истинског *fraus legis*, неопходно је, такође, да се у неком доцнијем моменту заиста и врше на такав начин стечена права и то у домену изиграног закона. На примеру то би изгледало овако: једна жена напусти свог мужа и затражи и добије развод у иностранству, где се и настани, али сада са својим новим мужем. Неко време након смрти њеног бившег мужа, који је умро не сачинивши тестамент, она се појављује у својој некадашњој домовини и тражи да јој се призна наследно право према његовој заоставштини као преживелом брачном другу. Притом она се позива на околност да њен развод изречен у иностранству не важи са становишта домаћег закона због намере *fraus legis* на њеној страни (?!?).

Анализирајући овакав случај *B. Audit*<sup>2</sup> долази до следећих закључака. Прво, акт развода пред судом стране државе супротно одредбама личног статута жене (*lex nationalis*) у датом моменту представља неправи сукоб, који, међутим, постаје истински са протеклом времена. Друго, нужно је да се актер изигравања закона позове на свој нови брачни статус у домену изиграног закона, тј. *lex fori*. Тражећи да јој се призна наследно право према ех супругу, с образложењем да њен развод нема дејства због извршеног *fraus legis*, жена једино настоји да искористи тај неправи сукоб чији је актер управо она била. Према томе, закључује *Audit*, ако треба санкционисати *fraus legis* то не треба да буде њен акт развода до којег је дошло раније, већ њено актуелно понашање које се тиче њеног наследноправног захтева.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> H. Batiffol: *Droit international privé*; Paris, Dalloz, 1967, с. 421.

<sup>2</sup> B. Audit: *Fraude à la loi*; Paris, Dalloz, 1974, с. 112.

<sup>3</sup> B. Audit: *op. cit.*, с. 112.

4. Имајући на уму до сада изложено појам *fraus legis* може се дефинисати на следећи начин: појединац чини изигравање закона у међународном приватном праву када, стварањем или коришћењем једног неправог сукоба, доводи до примене страног закона од стране државног органа и врши тако стечена или призната права у домену изиграног закона.<sup>4</sup>

### III ПРЕДМЕТ *FRAUS LEGIS*

1. Принципијелно узев, област примене установе *fraus legis* лоцирана је на терену колизионих норми *lex fori*: променом њене тачке везивања односно симулирањем или вештачким уношењем елемента иностраности у један приватноправни однос унутрашњег права, изиграва се њен циљ одн. избегава надлежност права коме припада колизиона норма. Међутим, исти резултат може бити исхођен одговарајућим поступцима субјеката на терену прописа о судској надлежности: избором места подношења тужбе, тамо где је то могуће, и заснивањем надлежности страног суда утиче се посредним путем и на надлежност закона, будући да страни надлежни суд редовно полази од својих колизионих норми.

Треба нагласити да могућност *fraus legis* не зависи искључиво од воље субјеката приватноправних односа, већ да је, по правилу, условљен врстом тачака везивања у колизионим нормама *lex fori*, те природом односа који чине предмет регулisaња колизионе норме. Зато су, рецимо, најчешћи предмет изигравања домаће колизионе норме у области личних и статусних односа физичких лица, њихових брачних односа у првом реду, као и оне које се односе на форму или садржину правних аката, те колизионе норме у материји стварноправних односа поводом покретности.

На ту појаву утицала су два разлога: прво, чињеница да су неке тачке везивања, које уобичајено воде надлежности домаћег закона, веома подложне манипулацији која има за циљ остварење оних резултата који се не могу постићи редовним путем одн. применом *lex fori* на бази властите колизионе норме, и друго, околност да су у неким сегментима међународног приватног права домаће државе присутна законска решења која нису увек у складу са интересима или субјективним очекивањима страна у тим односима.

2. Сигурно да је највећи број покушаја *fraus legis* у пракси француског правосуђа забележен у области брачних односа и то првенствено путем промене држављанства једног од субјеката у односу. Промена држављанства путем натурализације и закључивање брака (или његов развод) сходно новом *lex nationalis*, као први нужан услов да би се уопште могло говорити о *fraus legis*, долази у обзир једино ако се тим путем уистину губи дотадашње (домаће) држављанство. Ако то не би био случај, домаћа колизиона норма још увек указује на *lex fori*, тј. лице у питању и даље се сматра домаћим држављанином, тако да истинског заобилажења домаћег личног статута као да није ни било.

Француски судови стоје на становишту да су пуноважни бракови склопљени између Француза или између једног Француза и странца у форми страног закона, под условом да је претходно објављено њихово закључивање у складу са одредбом чл. 63 *C. civil* који се односи на исправе о личном стању. Од тог правила, међутим, начињени су изузеци, поготову када се радило о склапању брака познатих личности, тако да у

<sup>4</sup> Ibidem, с. 113.

изостављању публициитета није тражена намера избегавања домаћих прописа о форми брака. (н.пр., *Trib. civ. Seine*, 12. VII 1888., у случају закључивања брака Саре Бернар).

Такође, признавани су и бракови склопљени у иностранству у консесуалној форми локалног права (*Cass. req.*, 20. XII 1841).

Француски Касациони суд може овластити нижестепене судове да могу одбити да признају бракове француских држављана који су закључени у иностранству, само ако се установи да је до тога дошло у циљу избегавања примене француских прописа о формалностима које се притом захтевају. (*Cass. req.*, 5. VII 1905; *Cass. civ.*, 13. XII 1963. и *Cass. civ.*, 13. XII 1963).

Будући да се фрудалозност не претпоставља, узимано је да су пуноважни бракови Француза који су склопљени у иностранству у форми локалног закона, уколико су ови ту дуже времена боравили и нису могли да знају за услове из чл. 170 *C. civil*. Такви бракови бивали су уписивани у матичне књиге венчаних од стране француских конзуларних представништава у иностранству, ако из тога не би наступиле штетне последице у односу на њихову породичну средину (*Cass. req.*, 9. XI 1846).

3. Став француске правне науке у вези са захтевом о претходном објављивању брачне церемоније јесте да се ради о услову формалне природе, тако да његово изостављање не мора нужно имати као последицу поништај тако склопљеног брака. Да би до тога дошло, потребно је утврдити намеру заобилажења целине француских прописа о оглашавању планираног закључења брака (*Holleaux, Vincent i Ponsard*).

4. Треба напоменути да институт *fraus legis* понекада може послужити учвршћивању надлежности *lex nationalis* субјеката у односу. Ради се, наиме, о ситуацији када стране у правном односу нису формално промениле држављанство, али су одласком у иностранство желеле да избегну надлежност свог дотадашњег личног статута и склопе брак упркос њиховој неспособности по редовно надлежном (домаћем) праву. Намера *fraus legis* тада представља само допунски основ за ништавост таквог акта који је то већ на основу њиховог *lex nationalis*. Зато, по речима *H. P. Glenn-a*, ако има елемената фрудалозности у таквом чину, а брачна неспособност према домаћем закону је "покривена" доцнијим околностима (проток времена, пристанак неопходан за склапање брака), француски судови проглашавају ништавим такве бракове. Строгост такве праксе није наишла на одобравање дела доктрине у овој земљи, с обзиром да се инсистира једино на инцесту или бигамији као незаобилазним разлозима који доводе до суштинске неважности брака.<sup>5</sup>

5. Противно веровању да промена домицила физичког лица представља релативно лак пут заобилажења надлежности *lex fori*, чињеница је да је то само на први поглед тачно. Истине ради ваља рећи да је поред вољног момента код заснивања домицила у једној држави (лице мора бити пословно способно), неопходна и одлука надлежног органа у иностранству која се доноси након брижљиве оцене законских претпоставки које се притом траже, као и процена везаних за интерес домаће државе у којој се то питање поставља.

Но, остављајући по страни ове опаске, улога домицила у пракси односа међународног приватног права у Француској посебно долази до изражаја у случајевима тзв. мешовитих бракова лица различитог држављанства. У циљу спречавања фрудалозног премештања домицила, почев од случаја "*Rivière*" (*Cass. civ.*, 17. IV 1953) француски

<sup>5</sup> *H. P. Glenn: La capacité de la personne en droit international privé français et anglais; Paris, Dalloz, 1975, c. 120.*

судови прихватају као полазиште заједнички брачни домицил као одлучну околност при одређивању меродавног закона код процене материјалних услова за закључење брака. Услед тога признају се и правна дејства страних пресуда донесених у складу са одредбама њиховог *lex domicilii communi.*, а тиме и права стечена на тај начин, под условом да није било изигравања закона чија је надлежност предвиђена француском колизионом нормом. Ова пракса потврђена је и у одлукама донетим поводом случајева “Lewandowski” (Cass. civ., 15.III 1955) и “Tarwid” (Cass. civ., 15.V 1961).

6 □ Француска доктрина, међутим, сматра да је опредељење у корист заједничког брачног домицила и фактор спречавања *fraus legis*. С обзиром да се под тим појмом разуме “место стварног становања супружника у истој држави”, то он престаје да постоји са становишта надлежног права уколико супрузи одвојено станују у различитим државама (Cass. civ., 30.X 1967).

7 □ За разлику од односа неимовинског карактера код којих правило о томе да се форма правног акта равна према захтевима која у том погледу поставља закон места његовог предузимања има обавезујући карактер и да, према томе, може дати повод за изигравање, о чему је већ било речи, правило *locus regit actum* има диспозитиван карактер када је у питању форма имовинских правних аката. Отуд, бар на први поглед, нема озбиљних разлога за њихово избегавање одн. потчињавање страним прописима о форми. Међутим, полазећи од околности да су у одређеним случајевима (н.пр., форма тестамена у међународном приватном праву, облик уговора са елементом иностраности), већ одређени оквири у којима се њихови субјекти могу кретати, чини да питање *fraus legis* није сасвим изгубило на значају.

Када је реч о форми тестамена у француском праву постоји могућност избора између форме *lex nationalis* тестатора и оне прописане законом државе састављања тестамена. То је био доминантан став судске праксе до момента ступања на правну снагу за Француску Хашке конвенције о сукобу закона код форме тестамена из 1965. године.

У материји уговора довољно је да њихова форма одговара захтевима које у том погледу поставља закон државе у којој је дошло до његовог закључења или оних који се примењују у погледу узајамних права и обавеза уговарача (*lex causae, lex electa, lex contractus*). Такву праксу (н.пр., Cass. civ., 28.V 1963.) допунио је став највише судске инстанце према коме овоме треба додати прописе о форми установљене националним законом уговарача (Cass. civ., 10.XII 1974).

8 □ Могућности *fraus legis* у домену одређивања статута уговора ограничене су чињеницом да је француски законодавац признао, а судска пракса потврдила, значајну слободу уговарачима у одређивању меродавног права за уговор одн. за садржинско регулисање њихових права и обавеза. Па, ипак, појам *fraus legis* према схватању већег дела француске доктрине може бити примењен и у овом случају и то са две тачке гледишта. Најпре, онда када треба одлучити да ли конкретни уговор у себи садржи елементе иностраности, будући да се зна да уговарачи код ове врсте односа унутрашњег права немају могућност избора статута уговора. Одговор на то питање француски судија даје ценећи елементе локализације (везе) датог уговора са другим државама. Тек у случају потврдног одговора евентуални избор страног закона (уместо примене *lex fori*) имао би оправдања. У супротном, клаузула о одређивању страног закона у својству *lex contractus* не би била у складу са императивом примене *lex fori*.

Са друге стране, институт изигравања закона могао би добити на значају зависно од тога да ли и у којој мери домаћа колизиона норма ограничава аутономију воље уговорних страна. Свакако да коришћење овог концепта са циљем непризнавања одредбе о праву уговора у случају тзв. неограничене аутономије воље губи сваки смисао. Међутим, замисливо је да се он може употребити у ситуацији када страни изабрани закон доприноси одржању на правној снази уговора или само неких његових клаузула које би иначе биле ништаве према *lex fori* одн. по праву земаља са којим постоји "чвршћа" повезаност појединих елемената уговора.

9. Имајући на уму природу места налажења покретне ствари, као одлучујуће чињенице за одређивање меродавног закона у погледу стицања права и обавеза на овој врсти објеката, то је "подобност" за изигравања ове тачке везивања значајна. Па, ипак, изгледа да је употреба института *fraus legis* у праву Француске остала више у домену теоријског, него практичног живота. Према Batiffol-у, околност да је дошло до циљног премештања покретне ствари из Француске у страну државу, остаје без правног дејства када је реч о меродавном праву. Наиме, француски суд морао би да игнорише ту чињеницу фингирањем да је место налажења ствари остало у Француској, а самим тим и у домену примене *lex fori* као *lex rei sitae*. Но, ако би дошло до њене пропаста или оштећења у држави њеног стварног места налажења (страна држава), одговорност штетника по њему неће се просуђивати по француском праву.<sup>6</sup>

10. Концепт *fraus legis* на посебан начин присутан је у француској судској пракси и у области признања страних судских одлука. Француски судови, наиме, одбијају да признају стране судске одлуке које су исхођене фреудалозним поступањем тужиоца. До тога је нарочито долазило ако је обавештавање туженика о отпочињању судског поступка било неблаговремено, због чега тужена странка није могла да припреми ваљану одбрану (*Cass. req.*, 11. XI 1908). Истиче се, ипак, да није у питању прави *fraus legis* у смислу међународног приватног права, јер није дошло до употребе колизионе норме *lex fori* у циљу одређивања закона који би био ненадлежан да није било таквог маневра на страни тужиоца, већ о изигравању у смислу интерног права, али са правним дејством на односе са међународним обележјем.

Слично томе и када је пред француским судом била поднета тужба ради онемогућавања извршења стране судске одлуке (*Paris*, 9. II 1960.). У таквом гесту може се потражити и повод за употребу резерве јавног поретка, што се иначе догодило у случају "*Muntzer*" (*Cass. civ.*, 7. I 1964.) када је суд потврдио добро познати став "да страна судска одлука може добити егзекватуру у Француској само ако се утврди одсуство сваког *fraus legis*."

Француски суд стао је на становиште да просто одрицање од привилегије коју француски туженик ужива на основу чл. 15 *C. civil*, уколико је учињено у поступку за развод брака, није пуноважно, под условом да је имало за циљ изигравање закона (*Cass. civ.*, 16. II 1965).

<sup>6</sup> Batiffol, *op. cit.*, с. 425.

IV САНКЦИЈА УТВРЂЕНОГ *FRAUS LEGIS*

1 ▢ Проблем правних дејстава уоченог и доказаног изигравања закона може се посматрати са два аспекта: А) са становишта објекта заштите и Б) из угла субјекта односа који је на тај начин произведен.

Одговор на ова питања, углавном, дала је француска наука међународног приватног права, при чему је имала корисног помоћника у пракси француских судова.

2 ▢ Принцип да се санкционише само преварно заобилажење колизионе норме *lex fori* подржан је и од правне науке и у судској пракси ове земље. Но, како се истиче, проблем тзв. међународне повреде закона обухвата и *fraus legis* других држава. Он настаје или зато што се уместо страног (редовно надлежног) закона примењује *lex fori*, било зато што се врши примена закона неке стране државе на уштрб изигравог прописа, неке друге, такође, стране државе. Иако је овај други случај прилично редак, до њега је у пракси ипак долазило и то, по правилу, код признања страних бракоразводних одлука донетих у држави која није била њихова домовинска земља, нити су у њој супружници имали пребивалиште.

3 ▢ Да ли и у којој мери треба узети у обзир случајеве указивања на преварно заобилажење примене прописа других држава начелно зависи од тога какав је положај страног закона пред домаћим судом. Међу бројним ауторима који су писали о томе (*R. David, Ph. Francescakis, Maury, Niboyet, Y. Loussouarn, Ponsard*, и др.) доминира схватање да независно од тога како се у једној држави гледа на природу страних закона, одн. да ли им се придаје нормативни или фактички карактер, случајеве њиховог избегавања требало би једнако третирати као и да се ради о *fraus legis* домаћих закона. Другим речима, ни једна држава, па ни Француска, не треба да буде равнодушна према таквој појави, јер се таквим третманом обезбеђује и поштовање суверености других држава и остваривање захтева који су нераскидиво повезани за концепт о постојању међународне заједнице држава (*Motulsky*).

Ово схватање било је дошло до изражаја и у једном броју судских одлука, поготову када се радило о изигравању страних јавноправних прописа у доба тзв. Царинског рата, али и доцније; ништећи уговоре о транспорту, испоруци и коришћењу робе која је била намењена да тајно уђе на територију других држава, француски судови пружили су значајан доказ о таквој идеји универзализма (н.пр., *Pau* 2. VII 1886; *Trib. comm. Duncerque*, 27. XI 1906. *Trib. civ. Seine*, 2. VII 1932; *Trib. comm. Marseille*, 9. XII 1946; *Civ. comm.*, 7. III 1961; *Paris*, 9. II 1966).

Принципијелност француске судске праксе у том погледу илуструје одлука Суда Париза од 10. XI 1959. Одбијањем надлежности да поступи по тужби за развод, коју је била поднела једна Енглескиња, а против свог мужа Италијана, Председник суда Сене констатовао је да се "тужиља настанила у Француској у очитој намери да избегне прописе италијанског закона о забрани развода брака".<sup>7</sup>

<sup>7</sup> По мишљењу В. Audit-а, оп. cit. стр. 187, изузетак *fraus legis* у овом случају тешко је примењив, јер се базира на доказивању намере изигравања, која, пак, може бити утврђена на основу понашања субјекта изигравања закона и то, по правилу, тек након интервенције надлежног државног органа у Француској.



4. Изигравање страног закона применом права неке треће државе покреће општи проблем признања права стечених у иностранству заобилажењем прописа других држава. Како се истиче, он се може поставити само ако је *lex fori* ненадлежан у датом случају. У противном, такав “сукоб” решава се у корист домаћег закона, уколико је интерес за његову примену јачи или, макар, једнак истом интересу страног закона. Том приликом ваља водити рачуна и о захтеви за јавног поретка *lex fori*. Другим речима, француски суд узео је у обзир (и санкционисати) наводе о избегавању страног закона само ако његова садржина није у колизији са француским јавним поретком у смислу међународног приватног права. Зато, рецимо, није одбијано признавање брака странаца који су склопљени у иностранству противно брачним сметњама које су постојале према њиховом *lex nationalis*, ако су ове почивале на разлозима расне или верске природе. (*Audit*).

Санкција *fraus legis* може изостати и онда када по мишљењу француског суда нема истинског сукоба између домаћег и страног закона с обзиром на подударност њихових материјалних одредаба. Тзв. принцип еквиваленције, који је овде у питању, нарочито је примењиван у материји развода брака (н. пр., *Trib. civ. Seine*, 4. XI 1954).<sup>8</sup>

5. Главна правна последица *fraus legis* са становишта субјеката односа који је на тај начин заснован (или је раскинут), огледа се у одбијању признавања правних учинака истога у домаћој држави: *Fraus omnia corumpit!* Међутим, извесна дејства могла су остати на снази. Сетимо се случаја “*Bauffremont*” када је француски суд једино одбио да призна ефекте развода брака због уоченог *fraus legis*, док је акт о натурализацији, који је претходно разводу, остао на снази. У неким старијим судским одлукама француски судови били су мишљења да фrawdалозно извршена натурализација француског држављанина у циљу добијања развода у иностранству, није учинила да се у очима француског судије он сматра странцем (н. пр., *Req.*, 16. XII 1845. и *Rouen*, 6. IV 1887.).

Ништавост односа која има узрок у *fraus legis* има апсолутно дејство, тако да, рецимо, побочни сродници могу подићи тужбу за поништај фrawdалозно закљученог брака у иностранству позивом на одредбу чл. 191 *C. civil* и недостатак претходног оглашавања намераваног брака.

## ЗАКЉУЧАК

Анализа доктринираних ставова и случајева позивања на *fraus legis* у судској пракси Француске указује на бар две ствари.

Прво, да је захваљујући великом занимању правне науке за ову проблематику било могуће створити прилично заокружену слику о месту *fraus legis* у међународном приватном праву Француске и друго, да је овај специфични заштитни инструмент *lex fori* од утицаја субјеката правних односа био схваћен шире у поређењу са општим одређењем његове функције.

<sup>8</sup> Француски суд није одбио да призна правне последице развода француског брачног пара који је преселио домицил из Аргентине у Уругвај, будући да аргентински закон није познавао установу развода. На његову одлуку није имала утицаја околност што је тужена страна прихватила надлежност суда (и закона) државе у којој није постојао заједнички домицил. Уместо тога, за њега је било пресудно да је уругвајски суд изрекао развод из разлога које је познавао и француски закон.

На тај начин, у мери у којој су доктринарна решења наишла на прихватање у судској пракси, показало се да ова установа не мора неизоставно бити национално обојена, већ да се идеја заштите може проширити на уочене случајеве фрудалозног заобилажења страних закона. Такав универзалистички концепт *fraus legis*, одговара идеји правне глобализације проблема обавезности уважавања одн. примене страних закона пред домаћим судским одн. другим државним органима.

Санкционисањем у пракси, макар и у скромним оквирима, случајева *fraus legis* других држава, француски судови показали су да, у зависности од њиховог поимања садржине односно захтева домаћег јавног поретка у смислу међународног приватног права, може бити успостављена нека врста правне помоћи, нарочито између органа држава са аналогним законодавством у домену приватноправних односа са обележјем иностраности.

**Dr. MILORAD ROČKOMANOVIĆ\***

## **FRAUDE A LA LOI DANS LA THEORIE ET LA PRATIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA FRANCE**

6

### **Résumé**

Par son essence, cet article cynoptique devait faire remarquer la place et le rôle de cette institution spécifique dans le droit international privé de la France. L'analyse des attitudes doctrinales démontre que pour sa détermination notionnelle d'après la compréhension dominante, il est aussi indispensable que le sujet du fraude de la lex fori en un moment ultérieur ait fait appel au rapport juridique ainsi provenu dans la sphère des compétences de la loi esquivée de cette façon. La revue des décisions judiciaires publiées témoigne que le concept *fraus legi* été appliqué avec la dose nécessaire de précaution de la part des tribunaux français. Leur rapport de principe à l'égard de l'empleur de l'emploi de celle-ci est visible aussi dans le sanctionnement des cas de la fraude aux lois étrangères. Bien que de tels cas aient été relativement peu nombreux, ceci montre que l'idée de l'internationalisme dans le traitement (appréciation et application) des lois des pays étrangers tout de même a une place significative dans le droit international privé de cet État.

De cette façon, le stéréotype régnant sur la fonction protectrice de la *fraus legis lex fori* recule devant le fait que, indépendamment du fait de quelle façon dans le pays domestique on regarde à l'essence, c'est à dire à la nature des lois étrangères, employé de cette façon, ce moyen peut être compris aussi comme une sorte spécifique d'aide juridique, c'est à dire de coopération des États dans la sphère des relations différentes du droit international privé.

---

\* Professeur titulaire à la Faculté de Droit à Niš.



Др МИРСА МИЈАЧИЋ

**MORBUS HIV, ДИСКРИМИНАЦИЈА И  
НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ**

7

### Апстракт

Болест звана SIDA или AIDS данас се све чешће назива MORBUS HIV (болест имуне дефицијенције), која обухвата инфицирана лица и лица са израженом клиничком манифестацијом инфекције HIV-ом. Заразна је и неизлечива. Путеви њеног преношења су: сексуални контакт, крв и њени деривати и вертикално преношење. То је једна од најзлоглашенијих болести данашњице, како због њеног фаталног исхода, тако и због начина преношења. Од њеног откривања 1983. године до данас morbus HIV је у сталном порасту. Епидемија прераста у пандемију. Процењује се да ће до 2000. године у свету живети са HIV-ом преко 40 милиона људи. Епидемиолошка ситуација у погледу ове болести у нашој земљи такође

је неповољна. Медицинска, правна и етичка питања која се тичу ове болести су бројна и тешко решива. Лица оболела од morbus HIV далеко су изложенија социјалној дискриминацији од лица оболелих од других заразних болести. Због тога се све већа пажња посвећује посебној правној регулативи одговорности према оболелом, али и одговорности самог оболелог. Посебан вид одговорности према оболелом лицу је накнада нематеријалне штете у виду претрпљених душевних болова због неовлашћеног одавања лекарске тајне о HIV/AIDS статусу оболелог. Југословенски судови досуђују новчану сатисфакцију по том основу.

Кључне речи: **SIDA/AIDS, morbus HIV, morbus HIV епидемија, односно пандемија, правна заштита оболелих, грађанскоправна заштита, досуђивање болнине.**

Др МИРСА МИЈАЧИЋ\*

## MORBUS HIV, ДИСКРИМИНАЦИЈА И НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ



### I MORBUS HIV И ОПАСНОСТ ОД ЊЕНОГ ПРЕНОШЕЊА

1. Болест је, јасно је то, најважнија манифестација људске моћи и немоћи пред судбином. Кад је излечива, то је домен из лакших сфера. И тада она није велики ризик ни за оболелог ни за људе око њега. Кад је болест неизлечива, онда је то тешка грешка судбине. Одувек је људима било тешко да прихвате ту чињеницу. И од давнина су изпаз тражили у “Божијој вољи”.

2. За последње две деценије у свету је откривено више од 30 заразних болести за које нема ни лекова ни вакцине. Међу њима је и SIDA или AIDS.<sup>1</sup> SIDA је француска, а AIDS енглеска скраћеница настала од исте синтагме: *Syndrom d'immunodepression acquise* (синдром стеченог недостатка имунитета), односно *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (синдром стечене имунодефицијенције).

Ову болест изазива ретровирус који је откривен 1983. године у Пастеровом институту за вирусе у Паризу и назван LAV (*Lymphadenopathiae Associated Virus*), а затим 1984. године у САД, где је назван HTLV III. Од 1986. године, на предлог Coffin-а, добио је заједнички назив HI вирус (*Human immunodeficiency Virus*) или HIV, који је данас у употреби.<sup>2</sup>

Болест звана SIDA или AIDS уобичајено се схвата као најтежа и истовремено крајња клиничка манифестација инфекције HIV-ом. То уствари и није само једна болест него синдром, који се састоји из низа доприносиоћих или “презентирајућих” болести, односно “читав спектар патолошких стања, чији је заједнички именуатељ инфекција HIV-ом”.<sup>3</sup>

\* Редовни професор Правног факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Према наводима проф. др Борише Вуковића изнетим у чланку: Нада Мијатовић, *Заразне болести не одступају*, “Вива”, бр. 83/1997, с. 15.

<sup>2</sup> Војислав Шуваковић, *Акутне инфективне болести* (Десанка Косановић-Ћетковић и сарадници), осмо издање, Горњи Милановац, 1990, с. 395.

<sup>3</sup> Ђорђе Јевтовић, *Кожне болести манифестације синдрома стечене имунодефицијенције-AIDS* (Александар Крунић, Ђорђе Јевтовић), Београд 1994, с. 13.

За болест је карактеристичан слом целокупног имунитета, због чега настају опортунитичке инфекције, опортунитички тумори и губитак позне преосетљивости на разне антигене. Ова болест може бити дуготрајна, али је увек смртоносна. Непосредни узрок смрти су опортунитичке инфекције. Најдубљи слом имунитета имају болесници са инфекцијом *Pneumocystis carinii*.<sup>4</sup>

Данас је све чешће у употреби назив MORBUS HIV (болест имуне дефицијенције), којим су обухваћена и инфицирана лица и лица са израженом клиничком манифестацијом инфекције HIV-ом.

**3** Сматра се да инфекције HIV-ом датирају можда 50 година уназад, да су се спорадично појавиле свакако 60-тих година, а да су од краја 70-тих попримиле карактер епидемије.<sup>5</sup>

Прва званична обавештења о овој, до тад још непознатој, болести дата су јавности 1981. године у САД. Објављено је да су млади хомосексуалци оболели од запаљења плућа изазваног са *Pneumocystis carinii*, што се ретко догађа код младих и здравих особа. Ускоро после овог пријављено је и 26 случајева Капосијевог саркома код младих људи, док се раније ово малигно обољење јављало само код особа преко 60 година старости. Затим су пронађена обољења међу хетеросексуалним наркоманима. Следећа група оболелих биле су жене заражене сексуалним контактима и деца рођена од инфицираних мајки.<sup>6</sup>

**4** Што се начина преношења тиче, у првој половини 80-тих година, а свакако 1985. године постало је јасно да се ретровирус HIV преноси путем телесних течности, пре свега путем крви, али и путем производа од крви. У првој половини 1985. године, наиме, HIV је идентификован као угрожавајући састојак у производима од крви.<sup>7</sup> Данас је сасвим сигурно да су за HIV три најважнија и скоро искључива пута преношења: сексуални контакт, крв и њени деривати, и вертикално преношење.

Према најновијим подацима, однос путева трансмисије ове болести у свету, изражен у процентима, је следећи: сексуалним контактом 75-85%; интравенски наркомани 5-10%; трансфузијом 3-5%; и вероватно вертикалном трансмисијом 0,5-1%.<sup>8</sup> Хетеросексуални однос је данас најчешћи пут преношења. Сматра се да ће у наредној деценији ова инфекција све више бити инфекција хетеросексуалне популације.

**5** Morbus HIV је једна од најозлоглашенијих болести данашњице. Нема сумње, то је данас болест без преседана, злоћудна и веома тешка. Тешка за оболелог, његове ближње, за друштво у целини. Тешка, како због њеног фаталног исхода тако и због начина преношења. Оно што ову болест чини посебно застрашујућом и веома дискутованом јесте чињеница да је данас много више деце него раније оболело од ње. А кад је подмладак инфициран, онда је и његова репродукција угрожена. Због тога је борба за живот, и још више борба за здраво потомство заокупила посебно лекаре и правнике. Веома је важно да се друштво добро организује, да се болест истражује и превенира

<sup>4</sup> Војислав Шуваковић, нав. дело, с. 400.

<sup>5</sup> Erwin Deutsch, *Das Gesetz über die humanitäre Hilfe durch Blutprodukte HIV Infizierte*, "Neue Juristische Wochenschrift", бр. 12/1996, с. 756.

<sup>6</sup> Војислав Шуваковић, нав. дело, с. 395.

<sup>7</sup> Erwin Deutsch, нав. дело, с. 756.

<sup>8</sup> Подаци сазнати из извештаја Градског завода за заштиту здравља, Београд, 1998.



што је могућно боље. То је први задатак и праксе, и науке, и оних који обезбеђују материјалне услове.

6. У оквиру међународне акције за борбу против ове болести одавно је истакнуто: “AIDS је светски проблем, само га заједно можемо решити”.<sup>9</sup> Од пре 10 година у свету се 1. децембар сваке године обележава као светски дан борбе против СИДЕ.

Године 1997. овај дан је био у целом свету посвећен најмлађим жртвама ове болести. Акције у оквиру 1. децембра 1997. године одвијале су се под слоганом Светске здравствене организације: “Деца живе у свету са Сидом.” Том приликом су на пригодним скуповима, односно у одговарајућим публикацијама изнети следећи подаци: у свету је HIV-ом инфицирано три милиона деце; од 1, 5 милион особа, које су због сиде умрле у 1996. години, 350.000 било је млађе од 15. година; од 1014 HIV позитивних особа колико их је откривено у Београду закључно са октобром 1997. године 25 су деца, од којих седморо њих још није било напунило годину дана.<sup>10</sup>

Године 1998. године Светски дан борбе против сиде обележен је под слоганом: “Млади - снага за промене”. Циљ кампање под наведеним називом био је да промовише учешће младих људи у превенцији HIV-а и бризи о инфицираним и оболелим, да појача свест о разарајућем дејству HIV-а на младе људе, као и да подржи њихове напоре у борби против AIDS-а. Исте године, у периоду од 28. јуна до 3. јула, одржана је у Женеви XII Светска конференција о AIDS-у. Конференција се одвијала под геслом: “Премостимо јаз”. Та порука је подразумевала уклањање препрека свих врста и успостављање комуникације на свим нивоима-између биомедицинских и друштвених наука, науке и праксе, лекара и других здравствених радника, тек заражених и већ оболелих, с једне, и њиховог окружења, с друге стране, и тд. Посебан значај придат је “јазу” између оних који имају и оних који немају, као и између науке и друштвене заједнице.<sup>11</sup>

Године 1999. слоган светске кампање у борби против сиде гласио је: “Слушај, учи, живи”. Циљ је информисаност младих, односно промена начина понашања у вези са morbus HIV-ом.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Ово су речи Џонатана Мана, директора првог Глобалног програма Светске здравствене организације и човека за чије се име везују укупне програмске активности у борби против AIDS-а и за права људи који живе са HIV-ом, који је погинуо у тешкој авионској несрећи на путу од Њујорка до Женеви, односно Светске здравствене организације, 2. септембра 1998. године. Био је то последњи у низу летова које је Џонатан Ман обавио у служби развијања, организовања, стимулисања, помагања анти AIDS активности широм света. Био је то крај једне успешне професионалне каријере посвећене високим циљевима хуманости и јавног здравства.. Видети: Викторија Цуцић, *У спомен Џонатану Ману*, “AIDS ИНФО SIDA”, бр. 4/1998, с. 10.

<sup>10</sup> Ови подаци изнети су на Академији “Светски AIDS дан”, одржаној почетком децембра 1997. године у Београду, у организацији Југословенске асоцијације за борбу против сиде - ЈАЗАС-а, формиране 1994. године, Експертске групе за сиду, Савезног министарства за здравље и UNICEF-а..

<sup>11</sup> В. Цуцић и З. Радовановић, *Да ли и који су јазови премошћени*, “AIDS ИНФО SIDA”, бр. 4/1998, с. 2.

<sup>12</sup> Светска здравствена организација је 1999. године искључила нашу земљу из светске акције борбе против сиде. То не значи да су изостале одговарајуће акције унутар наше земље. Идући у сусрет 1. децембру, Светском дану борбе против сиде, у Скупштини града Београда новембра 1999. године одржана је Конференција “Слушај, учи, живи” коју је организовао градски Савет за борбу против сиде. Том приликом прочитана је и потписана Београдска декларација о здрављу младих. Овај документ, као позив на заједничко деловање у превенцији ове опаке болести која је обележила крај овог миленијума, упућена је другим градовима наше земље, као и градовима Европе.

7 Наука даје значајан допринос у борби против ове опаке болести. Ретровирусне инфекције код човека, посебно инфекције HIV-ом, обележиле су протекле две деценије у медицини. Од првих описа синдрома стечене имунодефицијенције учињен је значајан напредак у разумевању биолошких карактеристика HIV-а и његовог односа са одбрамбеним механизмима човека.

Из области morbus HIV-а на Медицинском факултету у Београду у периоду од 1992-1998. године одбрањене су 3 докторске дисертације, 2 магистарске тезе и 3 специјалистичка рада.<sup>13</sup>

Од појаве HIV-а до данас и код нас је написано неколико значајних радова о правним аспектима, обавезама и дужностима стручњака разних профила који се баве HIV-ом, као и о правима HIV позитивних и оболелих лица.<sup>14</sup>

Посебно ваља споменути публикацију "SIDA и друштвена реакција", као резултат сарадње лекара и правника. Група југословенских аутора ове веома значајне публикације своје текстове посветила је једном од проблема које отвара AIDS: глобалној реакцији друштва и заједнице на ову болест која отвара низ важних питања за сваку земљу која се суочава са проблемима HIV инфекције. У књизи су приказани и резултати студије у којој је испитивана јавност и здравствени радници, који указују на непостојање разлике између ове две групе, како у погледу знања и ставова, тако и у односу према HIV позитивним и оболелим особама.<sup>15</sup>

## II MORBUS HIV ЕПИДЕМИЈА ПРЕРАСТА У ПАНДЕМИЈУ

1 Године 1983. откривена су прва 3 случаја HIV инфекције у САД. У Југославији први пацијент идентификован је у Београду 1985. године.<sup>16</sup> Од тада па до данас morbus HIV је у сталном порасту како у свету тако и у нашој земљи.

2 Према процени Светске здравствене организације (СЗО) и Удруженог програма Уједињених нација у борби против AIDS-а (UNAIDS), у свету је крајем 1997. године живело преко 30 милиона људи инфицираних HIV-ом. Ту је укључено и око 1,5 милиона инфициране деце.

<sup>13</sup> "AIDS ИНФО SIDA", бр. 3/1998, с. 4.

<sup>14</sup> Видети на пример: Олга Поповић, *Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених HIV вирусом* (В. Кланј-Татић, Н. Ђурђевић, Љ. Круљ, Х. Мујовић-Зорнић, Ј. Радишић, М. Мијачић, О. Поповић, *Медицинско право и медицинска етика*, Београд, 1994, с. 233; Олга Поповић, нав. дело, с. 147; Јаков Радишић, *Преношење HIV инфекције путем трансфузије крви и одговорност због штете*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 3/1995, с. 407; Јаков Радишић, *Одговорност лекара и медицинских установа због секундарних штета*, "Правни живот: Постојеће и будуће право", том 1, бр. 9/1996, с. 201; Ивана Симовић-Хибер, *SIDA, дискриминација и кривично право*, "Правни живот: Постојеће и будуће право", том 1, бр. 9/1996, с. 517.

<sup>15</sup> К. Савин, В. Кораћ, Е. Купек, И. Симовић-Хибер, В. Цуцић, *SIDA и друштвена реакција*, Београд, ИТГП Прометеј 1992. Књига има седам поглавља: Епидемиологија сиде (В. Цуцић), Увод у разматрање друштвене реакције (В. Кораћ), Нацрт истраживања (Е. Купек), Друштвена реакција професионалаца-лекари (К. Савин), Друштвена реакција на зиду - лица зависна од дрога и јавно мњење (В. Кораћ), Трагање за ефикасном стратегијом (В. Цуцић) и SIDA и право (И. Симовић-Хибер). Видети: "AIDS ИНФО SIDA", бр. 3/1998, с. 7.

<sup>16</sup> У Нишу је први пацијент идентификован 1987. године.

Процењује се да се сваког дана вирусом сиде зарази 16. 000 људи, што значи да се број заражених повећава, у просеку, за по једну жртву сваких пет секунди.

На крају XII Светске конференције о сиди, одржане у Женеви од 28. јуна до 3. јула 1998. године на екрану је застрашујуће светлио осмоцифрен број 33. 535. 671, означавајући да је у том тренутку укупно толико људи инфицирано вирусом сиде од појаве ове болести, тј. за последњих 17 година.<sup>17</sup>

Регистрован број оболелих до јуна 1998. године је 1. 800. 000. Претпоставља се да је реалан број оболелих око 8, 5 милиона, а да многи случајеви нису дијагностификовани као SIDA.<sup>18</sup>

Од почетка инфекције до средине 1998. године од ове болести умрло је укупно 11, 7 милиона људи, и то 9 милиона одраслих (4 милиона жена) и 2, 7 милиона деце млађе од 15 година.<sup>19</sup>

Најугроженији континент је Африка, где живи 20, 8 милиона људи инфицираних HIV-ом, што износи 63% од укупног броја инфицираних у свету. У Јужној и Југоисточној Азији епидемија добија у замаху. Тамо живи око 6 милиона људи инфицираних овим вирусом. У Латинској Америци је 1, 3 милиона људи инфицирано HIV-ом.

Што се Европе тиче, највећи број HIV позитивних лица имају Француска, Италија и Шпанија. Међутим, по стопи раста HIV позитивних лица у односу на број становника међу првима су Монако и Швајцарска.<sup>20</sup>



У последње три године, стопе HIV инфекције су удвостручене у 27 земаља света, при чему у Азији у скоро свакој земљи. У неким земљама Источне Европе стопа је порасла шест и више пута. Украјина, на пример, која је највише захваћена HIV-ом, има готово четири пута више инфицираних данас него што их је било у читавом региону Источне Европе пре четири године.<sup>21</sup>

Више од 90% особа инфицираних HIV-ом живи данас у земљама у развоју. Управо у тим земљама, где млади чине више од 30% укупне популације, проблеми везани за HIV су многостручени.<sup>22</sup>

С обзиром на то да је епидемија, као што је већ речено, концентрисана у земљама у развоју, опрезне претпоставке указују да девет од десет инфицираних особа у свету не зна свој HIV статус. Према тренутним проценама, то указује да преко 27 милиона људи данас у свету нема представу о томе да је инфицирано HIV-ом.<sup>23</sup> Све је очигледније и

<sup>17</sup> В. Цуцић и З. Радовановић, *Да ли и који су јазови премошћени*, Извештај са XII Светске конференције о сиди, Женева, 28. јун-3. јул 1998, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 4/1998, с. 2.

<sup>18</sup> *Епидемиолошка слика HIV/AIDS код нас и у свету*, Градски завод за заштиту здравља, Београд, 1998.

<sup>19</sup> В. Читаковић, *Глобални преглед HIV/AIDS епидемије*, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 2/1998, с. 8-9.

<sup>20</sup> Видети извор података наведен у фусноти 18.

<sup>21</sup> В. Цуцић и З. Радовановић, нав. дело, с. 3; В. Читаковић, *"Експанзија" HIV инфекције у Источној Европи*, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 3/1998, с. 2.

<sup>22</sup> В. Читаковић, исто.

<sup>23</sup> В. Читаковић, *Глобални преглед HIV/AIDS епидемије*, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 2/1998, с. 8.

све више се указује на то да је за многе земље у свету AIDS епидемија измакла контроли.<sup>24</sup>

Процена је да ће до 2000. године у свету живети са HIV-ом преко четрдесет милиона људи. Уместо о епидемији сада се говори о пандемији morbus HIV.

**3** CP Југославија по броју HIV-ом инфицираних лица на милион становника спада у земље са ниском стопом (64, 2 HIV позитивних на 1 милион становника). Али по стопи раста инфицираних лица приближавамо се земљама у којима ова епидемија постаје све озбиљнија.

Код нас је регистровано преко 1000 HIV позитивних лица. Али, претпоставља се да је реалан број инфицираних далеко већи, да износи десет, чак двадесет хиљада, а можда и више.<sup>25</sup>

Што се тиче оболелих од сиде, први случајеви у Југославији, као што је већ речено, евидентирани су 1985. године, када су пријављена два болесника. Следећих година број новооболелих је растао, тако да је до 30. јуна 1998. године регистровано 713 оболелих. Највећи број новооболелих пријављен је 1995. године (97). Број новооболелих од 1. јануара до 30. јуна 1998. године износио је 31.

У периоду од 1985. до 30. јуна 1998. године, од 713 оболелих умрло је 499 болесника (66, 99%). Највећи леталитет регистрован је 1993. године (70, 98%). Од 1. јануара до 30. јуна 1998. године умрло је 17 болесника.<sup>26</sup>

Анализа оболелих према трансмисивним групама показује да највећи број оболелих припада интравенским наркоманима (345 или 48, 39%). Поред тога, уочава се и тенденција пораста броја оболелих у групи са хетеросексуалним преносом болести, која од 1992. године заузима друго место, уместо трећег, односно четвртог места на коме је била раније.<sup>27</sup>

Анализа оболевања према полној и старосној структури показује да је доминантна група оболелих у узрасту од 30-34 године, оба пола (186 или 26, 09). Највише оболева радно најактивнија популација, у узрасту од 25-49 година (585 или 82, 85% свих оболелих). Мушкарци три пута чешће оболевају у односу на жене.

Анализа броја оболелих према територијалној припадности у CP Југославији показује да је највећи број оболелих пријављен у Републици Србији (700 или 98, 18%). У Републици Црној Гори до сада је оболело 13 лица. Највећи број оболелих регистрован је у Београду (509 или 71, 39%). У Југославији болест се проширила на преко 80 општина.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> В. Цуцић и З. Радовановић, исто.

<sup>25</sup> Видети извор података наведен у фусноти 18.

<sup>26</sup> Подаци наведени према: Светислав Ристић и Милица Марјановић, *Извештај о кретању болести HIV у CP Југославији у периоду од 1985. до 30. 6. 1998. године*, Завод за заштиту здравља, Београд, 1998.

<sup>27</sup> Жене су у већој опасности него мушкарци да се заразе сексуалним контактом. Ризик инфекције од једног сексуалног контакта са инфицираном особом за жене је 30%, а за мушкарце 1%.

<sup>28</sup> Извор података наведен у фусноти 26. епидемиолошка слика morbus HIV је променљива. Према најновијим подацима, сазнатим путем средстава јавног информисања крајем 1999. године, у Југославији је евидентирано 1200 HIV позитивних лица, од којих 90% живи у Београду, а од сиде болује 806. лица. У Нишу, од 1987. године до данас morbus HIV је евидентирана код 66 лица. Ова опака инфекција је присутна у скоро свим општинама у земљи.

С обзиром на оно што је до сада речено, може се закључити да је епидемиолошка ситуација у погледу болести HIV у СР Југославији неповољна, са даљом тенденцијом погоршања и поред многобројних мера које се предузимају.<sup>29</sup>

### III НЕКИ ВИДОВИ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У СЛУЧАЈУ БОЛЕСТИ ИМУНЕ ДЕФИЦИЈЕНЦИЈЕ (MORBUS HIV)

1 HIV/AIDS епидемија, несумњиво, наставља да се шири светом застрашујућом брзином, носећи са собом све израженије угрожавање људских права и слобода. Многи људи који живе са HIV-ом или AIDS-ом угрожени су услед дискриминације, нетолеранције или предрасуда. Управо због тога су Високи комесаријат за људска права и UNAIDS (Удружени програм Уједињених нација у борби против AIDS-а) одлучили да заједнички објаве међународна упутства везана за HIV/AIDS и људска права. Ове препоруке садрже конкретне мере у циљу заштите људских права и здравља, када се ради о HIV инфекцији или AIDS-у. Оне су значајне не само за људе који живе са HIV-ом, него и за друштво у целини. Дванаест принципа који су уграђени у ово упутство производ су педесетогодишњег развоја заштите људских права у међународним институцијама, и петнаестогодишњег практичног искуства у борби против HIV-а и AIDS-а.

Базични документ за њихово формулисање била је, наиме, Универзална декларација о људским правима коју је усвојила Генерална скупштина Уједињених Нација пре 50 година, која је служила и служи као основ за израду и других докумената који се баве људским правима за поједине категорије становништва.

Замишљено је да се објављивањем ових упутстава упозоре владе и грађани на велику хитност са којом треба приступити решавању ових проблема. Ова упутства нарочито наглашавају то, да испуњење обавеза од стране држава у погледу недискриминације, здравља, информисања, образовања, запошљавања, социјалног старања и учешћа јавности суштински доприносе не само хуманијем односу према онима који су инфицирани или на други начин погођени HIV-ом или AIDS-ом, него су и од виталног значаја за смањење рањивости људи када је ова инфекција у питању. Ова упутства истичу да су здравствена заштита и људска права нераскидиво повезана када је у питању HIV или AIDS.<sup>30</sup>

2 Базични принципи Универзалне декларације о људским правима и других одговарајућих докумената уграђени су и у Програм превенције и контроле сиде у Југославији, који је, на предлог Савезне комисије за сиду, донело Савезно министарство за рад, здравство и социјалну политику, октобра 1995. године. Нема сумње, програм о коме је реч заснива се и на принципима Устава Савезне Републике Југославије из 1992. године, односно Устава Републике Србије из 1990. године. Савезним Уставом јемчи се неприкосновеност физичког и психичког интегритета човека, његове приватности и личних права, лично достојанство и сигурност (чл. 22.), као и заштита података о личности (чл. 33.).<sup>31</sup> Устав Републике Србије људско достојанство и право на приватни живот човека сматра неприкосновеним (чл. 18.) и гарантује заштиту тајности података о личности, прописујући да се њихово прикупљање, обрада и коришћење уређују

<sup>29</sup> Знање и здрав начин живота су најбоља заштита од ове болести. Познаваоци ових проблема указују да код нас степен информисаности и промена начина понашања нису у потребном складу.

<sup>30</sup> В. Читаковић, *HIV/AIDS епидемија наставља да се шири*, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 2/1998, с. 10.

<sup>31</sup> "Сл. лист Савезне Републике Србије", бр. 1, од 27. априла 1992. године.

законом (чл. 20).<sup>32</sup> Уређујући стратегију везану за област људских права лица која живе са HIV-ом, Програм превенције и контроле сиде у Југославији се залаже да сви болесници имају иста права и целокупно поштовање личности као и друге категорије оболелих. При том је јасно да се ови проблеми не могу решити прописима, већ порастом информација које смањују страх и лоцирају проблем на његову суштину. Информација и едукација су неопходне да би се постигла клима узајамног разумевања, као и заштитила права инфицираних и оболелих лица.

Кад је реч о нашим законима и AIDS-у, посебно место заузимају прописи о обавези превенције, лечења и заштите од заразних болести, у које спада и AIDS. Савезним Законом о заштити становништва од заразних болести које угрожавају целу земљу, затим Одлуком о начину вршења обавезних здравствених прегледа одређених категорија запослених и других лица, као и републичким Законом о заштити од заразних болести, у оквиру посебних мера за спречавање и сузбијање заразних болести у односу на AIDS предвиђене су следеће мере: рано откривање извора заразе и путева преноса узрочника обољења; епидемиолошко испитивање при појави или опасности од појаве AIDS-а; истраживање особа из контакта код којих је или на које је зараза могла бити пренета; обавезно тестирање добровољних давалаца крви; тестирање давалаца семене течности, ооцита и делова тела и органа који се пресађују, на присуство HIV инфекције. По овим законима обавезна је пријава обољења од AIDS-а, HIV носилаштва или смрти од AIDS-а.<sup>33</sup>

3 С обзиром на то да социјална дискриминација поводом болести у случају *morbus HIV* превазилази општу меру дискриминације која прати скоро сваку, а нарочито заразну, болест, за инфицирано, односно оболело лице посебно је значајно да се у јавности не открије његово здравствено стање. Треба имати на уму да је психолошки профил пацијената са сидом специфичан, као што је специфичан однос околине, па и медицинских радника према њему. Код оболелог, па и у његовој породици, дубоко се усађује страх од смрти типичан за све тешке болеснике, у случају сиде додатно оптерећеним социјалним статусом. Овакав болесник је осуђен на чување тајне о својој болести. Код неких других тешких болести, на пример карцинома, оболели има подршку околине, сви га храбре, и то доноси извесно олакшање. Болесници од сиде су и тога лишени. Њихово суочавање са неминовним крајем је директно и често беспоштедно.

Закон о здравственој заштити Републике Србије прописује обавезу чувања професионалне тајне за здравствене и друге раднике.<sup>34</sup> Једна од обавеза лекара према пацијенту јесте обавеза да чува пацијентову тајну. То је древна професионална обавеза лекара. За обављање медицинске делатности каже се, у вези с тим, да је то вештина *hutaña* (*ars muta*) о чињеницама за чије је скривање од јавности пацијент оправдано заинтересован. Сматра се да дужност чувања тајне траје не само за живота пацијентовог, него и после његове смрти.<sup>35</sup> Међутим, тајна се може открити уз пристанак пацијента, односно у општем интересу или у интересу другог лица који је претежнији од интереса чувања тајне. У супротном откривање тајне може представљати кривично дело.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> "Сл. гласник Републике Србије", бр. 1, од 28. септембра 1990. године.

<sup>33</sup> Р. Маријановић и Н. Жакула, *Наши закони и AIDS*, "AIDS ИНФО SIDA", бр. 2/1998, с. 11.

<sup>34</sup> Члан 12. Закона о здравственој заштити, "Сл. гласник Републике Србије", бр. 17/92, 50/93 и 52/93-пречишћен текст.

<sup>35</sup> Erwin Deutsch, *Artzrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin, 1991, с. 181.

<sup>36</sup> Члан 73. Кривичног закона Србије.

4. Тајност је загарантована људима и у “Божијем кодексу”, и у људским нормама понашања. Загарантована је и лична тајна човекова у приватној сфери. Тајна уште, лична тајна човекова посебно, предмет су интересовања у разним доменима људског промишљања. Књиге староставне, књиге давне, књиге нове, и најновије ређају своје аспекте о тајни. А право има задатак да одмери домен у коме је другоме забрањен приступ. И да казни људе и кад изнесу и кад пређуте важне чињенице из живота.

Зашто је тајност људског приватног живота осигурана? Кад је реч о болести, и због појединца и због друштва, наравно. За оболелог је мир и спокој велика животна олакшица у болести. За друштво је вишеструко лакше да помаже оболелим људима кад је осигуран редован ток ствари. Нису пожељни ни велика бука ни око чега, ни тајац око великог проблема. Казано је одавно да је златна средина златна и кад је здравствена сигурност у питању. Логика је помогла емоцијама, а емоције логици да нађу златну средину.

Али, и оболели има и моралну и правну дужност да се понаша контролисано и коректно. Он мора да избегава, разуме се, сваки ризичан поступак који може да угрози друге. Ни из очајања, ни из туге, ни из какве друге побуде он не сме да угрози људе око себе. Хумано је њега лечити и друштвено заштитити. Исто тако је императив хуманости да он заштити друге. Живот је и за здраве људе и за болесне добро истога ранга. То је основа за правну регулативу одговорности и према оболелом, и самог оболелог.

5. У даљем излагању биће речи о једном виду сатисфакције оболелом од ове тешке болести. Изнећемо искуство из наше судске делатности.

Окружни суд у Пожаревцу у својој одлуци Гж 183/96, од 15. фебруара 1996. године, стао је на становиште да је “Здравствена установа одговорна за нематеријалну штету која је настала кад су њени радници за пацијенткињу у јавност изнели да је инфицирана HIV вирусом и на тај начин јој нанели душевне болове великог интензитета, с обзиром на став средине у којој живи”. Овом одлуком Окружни суд је одбио жалбу туженог и потврдио пресуду првостепеног суда. Тужиља је, наиме, претрпела нематеријалну штету у виду душевних болова услед тога што је једна медицинска сестра тужене здравствене установе на родитељском састанку у школи, на коме се разговарало о даљем раду школе, пред двадесетак људи изнела да су тестови на сиду код тужиље позитивни, док је друга упозорила једног од родитеља да је тужиља, са којом се вози у колима, болесна од сиде. У образложењу одлуке Окружног суда у Пожаревцу, између осталог, речено је “да није битно шта је докторка рекла тужиљи и какве је претпоставке она из тога извукла, већ је битно само то да су радници туженог повредили чување тајне и обелоданили да је тужиља инфицирана HIV вирусом, и на тај начин нанели тужиљи душевне болове великог интензитета, с обзиром на став средине у којој тужиља живи, на избегавање контакта са њом”.<sup>37</sup>

Мишљења смо да у случају одавања лекарске тајне о HIV/AIDS статусу пацијента има места и грађанскоправној одговорности у виду новчане сатисфакције за претрпљене душевне болове, те је и наведена одлука суда правична.

<sup>37</sup> “Избор судске праксе”, бр. 1/1997, с. 46.

**Prof. dr MIRSA MIJAČIĆ\***

## **MORBUS HIV (SIDA), DISCRIMINATION ET IDEMNITE DU DOMAGE IMMATERIEL**

### **Résumé**

Une des plus fatales maladies de nos jours c'est la SIDA ou HIV, aussi bien à cause des groupes différents au sein desquels elle avait été découverte d'abord qu' à cause de son issue fatale. Une chose est claire, c'est que c'est une maladie difficile pour le malade, pour ses proches et aussi pour la société. Il paraît au malade plus naturel de cacher sa maladie, de ne pas se reconcilier avec la fin fatale à cause d'elle. Il est raisonnable à ses proches de le soigner, mais aussi de se préserver de la contagion. Pour la société, il est très important que les cerles des malades se ferment et qu'on aménage, autant que possible, un taritement humain des malades.

La prévention est d'une importance primordiale. Les contrôles réguliers, les conférences régulières des centres de santé pour le public sur la marche de la maladie, les informations préventives sur la maladie et ses dangers dans les écoles, présentent des mesures civilisatrices claires à ce sujet.

Le malade, comme l'être humain, doit être soigné de la même façon que les autres malades. Sur la maladie il ne faut renseigner que ces personnes pour lesquelles le danger de la contagion est plus grand.

Mais, le malade a aussi des obligations, aussi bien morales que juridiques, de se comporter d'une façon contrôlée et corécte. Il doit éviter chaque geste de risque qui peut mettre en danger les autres. Ni le désespore, ni la tristesse, ni quel que soit autre motif, ne doivent pas mettre en danger les gens autour de lui. Il est humain qui'll soit soigné et protégé au point de vue sociale. Mais, il est aussi l'impératif de l'humanisme que celui-ci protège les autres. La vie est, pour les hommes sains que pour les malades, un bien du même rang.

C'est la base pour la réglementation juridique de la responsabilité aussi bien vis-à-vis le malade, que du malade lui même.

---

\* **Professeur titulaire à la Faculté de Droit à Niš.**



Др НЕВЕНА ПЕТРУШИЋ

**СПОРОВИ У ПРАВНИМ  
ОДНОСИМА И МЕДИЈАЦИЈА**

8

### Апстракт

У раду су размотрене различите врсте спорова у правним односима и начини њиховог решавања. Указано је на заједничка обележја спорова из сфере права, као на разлике између појединих врста спорова. Извршена је класификација различитих процесних метода за решавање правних и интересних спорова. Обрађене су основне и суштинске карактеристике процесних метода који се примењују ради решавања спорова путем пресуђења и заједничка обележја различитих механизма за тзв. мирно решавање спорова. Посебна

пажња посвећена је медијацији као једном од метода за споразумно и пријатељско решавање спорова. Анализирани су “зона” примене процеса медијације у домаћем и упоредном праву, улога медијатора, као и садржина делатности процесних субјеката у току медијације. Указано је на потребу уобличавања процеса медијације и предузимања одговарајућих мера на организационом плану, које би унапредиле и афирмисале медијацију као посебан метод решавања спорова у југословенском процесном систему.

Кључне речи: **спорови у правним односима, методи за решавање спорова, пресуђење, медијација, преговарање.**

Др НЕВЕНА ПЕТРУШИЋ

## СПОРОВИ У ПРАВНИМ ОДНОСИМА И МЕДИЈАЦИЈА

### I

1 □ Живот људи у социјалној заједници прате разноврсни спорови (конфликти<sup>1</sup>, неспоразуми, неслагања). Спорови настају између појединаца и део су њихове свакодневице од најранијег детињства. До неслагања долази и између правних лица и различитих неформалних облика удруживања. Сукоби нису ретки ни међу државама и осталим субјектима у међународној заједници. Искуство показује да не постоји иједан сегмент друштвених односа који је, попут какве “оазе мира”, поштеђен сукоба и неспоразума; сукоби се јављају у породичним односима, базираним на племенитом осећању љубави и привржености, као и у односима заснованим на чистом економском “рачуњу”.

Несумњиво је да свака тачка додир интересних сфера и потреба појединаца и колектива, представља потенцијални извор сукоба и неслагања. С обзиром да су људски интереси, потребе, жеље и хтења разноврсни, то је и природа самих спорова разноврсна. С друге стране, спорови се међусобно разликују и по непосредном предмету, у зависности од врсте односа у коме настају, као и од конкретних питања поводом којих је међу субјектима дошло до несагласности. Но, без обзира на то што су спорови разноврсни, и по својој природи и по непосредном предмету, сваки спор, суштински посматрано, представља *сукоб интереса* страна у спору, легитимних или нелегитимних, рационалних или ирационалних. У сукобу могу бити индивидуални интереси, интереси појединаца, али и колективни интереси, тј. заједнички интереси различитих (формалних и неформалних) група људи.

---

\* Доцент Правног факултета у Нишу.

---

<sup>1</sup> Реч “конфликт”, која се у нашем језику одомаћила као синоним за “сукоб” и “спор”, потиче од латинске речи “conflictus, us” и значи судар, сукоб, спор, борбу, жестоку расправу, оружани судар, рат. (Видети: Дворецкий, И. Х.: *Латинско-Руский словарь*, Москва, 1986, с. 179).

2. Домашај и последице које спорови изазивају такође нису истоветни. Неки спорови су интерне природе, тичу се само страна у сукобу, и без значаја су за сва остала лица. Има, међутим, и спорова “планетарног” значаја, какви су нпр. спорови између држава, који, због оружане силе којом државе располажу, као и због обима и интензитета самог спора, могу да изазову фаталне последице и за садашње и за будуће генерације “земљана”.

## II

3. Велики број социјалних конфликта настаје у правној сфери, што је и разумљиво ако се има у виду да је највећи део друштвених односа правно регулисан. Спор до кога долази у току или поводом правног односа (стварног или хипотетичког), представља једну фактичку, животну ситуацију и, као такав, није регулисан правом<sup>2</sup>.

Поводи и разлози за настанак спорова у правном животу веома су различити. Спорови настају у развоју правних односа и тичу се остваривања већ постојећих субјективних права и појединачних правних овлашћења (тзв. *правни спорови*). До спорова долази и приликом покушаја правних субјеката са супротстављеним интересима да установе правила којима одређени свој однос регулишу, правно га перфектуирају или изнова уређују (тзв. *интересни спорови*).

Спорови настају у различитим областима права и могу се класификовати према различитим критеријумима. Тако, нпр. према природи предмета спора, спорови се могу сврстати у различите категорије, као што су *грађанскоправни спорови*, *радноправни спорови*, *породичноправни спорови*, *кривичноправни спорови* и многе друге врсте спорова. Према томе да ли се у структури спора појављује страни елемент, спорови имају *национални* карактер или карактер *спора са елементом иностраности*. С друге стране, поједини спорови су приватноправне природе, док је у структури неких спорова изражен, у већој или мањој мери, јавноправни елемент. Поред тога, спорови могу бити *индивидуални* и *колективни*, у зависности од тога да ли су у спору појединци или аутономне социјалне и интересне групе, као што су нпр. асоцијације послодавца и радника.

Без обзира на то што су спорови из правних односа међусобно различити, непосредни предмет неслагања увек је или неко *чињенично* или неко *правно* питање; стране у спору нису сагласне о постојању, значају или карактеру једне или више фактичких чињеница или имају супротна схватања о томе какво дејство има одређена чињеница и какве последице она изазива. Због неслагања о чињеничном или правном питању, стране у спору имају и различите ставове о томе шта свака од њих треба да се учини, да не учини или да трпи како би њено понашање било саобразно објективном праву<sup>3</sup>, односно различита схватања о томе како треба регулисати одређени однос или изнова уредити међусобна права и обавезе. Поларизоване у својим схватањима и претензијама, стране у спору једна другој опонирају, настојећи да другој страни наметну сопствено мишљење или тврђење као једино тачно и исправно.

4. Спор из области права, као и сви други спорови, изузетно је сложена социјална и психолошка појава. Иако су спорови из правне сфере разноврсни, у њиховој

<sup>2</sup> Правни спор се у литератури најчешће дефинише као “животна ситуација у којој један правни субјекат истиче своје право према другом, а овај оспорава да оно уопште постоји или тврди да не постоји према њему”. (Правна енциклопедија, Београд, 1979, с. 936).

<sup>3</sup> О појму, предмету и структури грађанскоправног спора детаљно: Марковић, М.: *Грађанско процесно право*, књ. 1, св. 1, Београд, 1957, с. 29-30.

структури и динамички појављују се и многи заједнички елементи, који су, у ствари, опште карактеристике и обележја конфликта као друштвеног и психолошког феномена<sup>4</sup>. Тако, нпр. понашање људи у правном спору детерминисано је њиховим биолошким бићем, при чему је очување интегритета сопствене личности врхунска вредност. Отуда, сваки напад једне стране у спору на интегритет друге стране, експлицитан или имплицитан, као што су оптужба, окривљавање и сл., изазива неминовно одбрамбену реакцију нападнуте стране, најчешће у виду противнапада. Исто тако, као и код свих осталих социјалних конфликта, начин понашања страна у правном спору под утицајем је два важна фактора: њихових индивидуалних процена о важности самог предмета спора и од процене значаја коју једна страна у спору има за другу страну. Стога ће се сасвим различито понашати страна у спору којој је стало до трајних добрих односа са другом страном, у односу на ону која процењује да јој друга страна није важна и да зато нема разлога да ишта улаже како би са њом задржала добар однос. Извесно је да је индивидуална процена коју свака страна у спору врши у односу на предмет спора и другу страну у спору, културно и социјално одређена. Образац понашања, обликован културом (образовањем, масовним медијима, литературом и сл.), који су стране у спору усвојиле, понекад је у стању да код њих створи потпуно погрешну представу не само о значају предмета спора већ и о значају друге стране. Зато се, нпр. може догодити да предмет спора који је објективно безвредан, у очима страна у спору поприми витални значај, што, по правилу, доводи до заостравања и продубљивања сукоба.

**5** У динамички правног спора, као и код свих других спорова, јасно је препознатљив процес ескалације. Ток овог процеса није, наравно, увек исти и зависи од низа фактора. Извесно је, међутим, да ескалаторна динамика спора, пре или касније, доводи стране у спору до "пат-позиције"<sup>5</sup>, у којој свака страна почиње да трага за адекватним методом чија би примена довела до решења спора.

**6** У литератури која је посвећена решавању правних спорова обично се наводи да је спор једно *патолошко стање* у правним односима и да га треба што пре отклонити из правног живота. Иако се на први поглед чини исправним, овај закључак је, ипак, само делимично тачан. Разумљиво је да избијање сукоба у правним односима није пожељно и да би, применом одговарајућих метода и механизма, требало предупредити њихов настанак. Исто тако, тачно је да спорове и несугласности треба решити и елиминисати из правног живота. Спорови, међутим, сами по себи, нису ни "добри" ни "лоши"<sup>6</sup>. Сваки спор који настане у једном односу, садржи у себи и *регресиван* и *прогресиван потенцијал*<sup>7</sup>. Како ће тај потенцијал бити искоришћен, зависи од тога да ли

<sup>4</sup> Иако структура конфликта још увек није у потпуности истражена, његови основни елементи су познати. Видети: Rubin, J. Z. Sander, E. A.: *When should we use agents?* Negotiation Journal, 4/1998, p. 395-401; Pruitt, D. G., Rubin, J. Z. Kim, S. H.: *Тактике надметања, у Социјални конфликти - карактеристике и начин решавања*, (приређивачи Попадић, Д., Ковач Церовић, Т), Београд, 1996, с. 121-139; Ковач Церовић, Т.: *Сукоби: настанак, ток и исходи*, Република, 1-15. 3. 1995, с. 25-27.

<sup>5</sup> У току ескалације сукоба, паралелно се одвијају два процеса: постепени губитак поверења у другу страну и преображавање почетног порива за сукоб. (Детаљно видети: Ковач Церовић, Т. - *Сукоби: настанак, ток, исходи*, у: Попадић, Д., Мрше, С., Ковач Церовић, Т., Печујић, Мاستиловић, С., Кијевчанин, С., Петровић, Д., Богдановић, М.: *Паметнији не попушта*, Београд, 1998, с. 16).

<sup>6</sup> Детаљно: Ковач Церовић, Т.: *op. cit.*, с. 14.

<sup>7</sup> Анализирајући колективне радне спорове (индустријске конфликте), Лубарда констатује да ови спорови могу бити извор "нестабилности и неравнотеже у односима снага", али да се они јављају и "као генератор промене и тежњи субјеката да успоставе нову стабилност и одређену уравнотеженост индустријских односа. Отуда, индустријски конфликти могу да воде развоју и напретку у индустријским односима (...) или нестабилности, па чак и рушењу, индустријских односа". (Лубарда, Б.: *Решавање колективних радних спорова, - Принципи, методи, институције* - Правни живот, 11/95, с. 593).

ће спор, у својој динамици, попримити конструктиван или деструктиван ток. Другим речима, спорови могу бити извор нестабилности, уништавања, разарања, али и генератор промена, развоја и унапређења односа у коме је дошло до спора. Уколико процес решавања спора крене конструктивним током, може се показати да је управо спор био повод за редеофинисање односа сукобљених страна и да је у процесу конструктивног решавања спора дошло до квалитативног унапређења њихових укупних односа и успостављања нове и трајне стабилности.

### III

7. Кад у току или поводом стварног или хипотетичког правног односа дође до спора, у реалном правном саобраћају настаје једна нова “спорна правна ствар” (*res litigiosa*), коју треба решити и учинити неспорном. Спорови у правном животу решавају се на различите начине, применом различитих и разноврсних метода и техника за њихово решавање.

8. Током историјског развоја, свака друштвена заједница изградила је сопствене механизме за решавање спорова у правним односима, у складу са својом културном и правном традицијом, верским обичајима, системом вредности, карактеристикама правне свести и другим особеностима у развоју. Иако међу националним правним системима постоје разлике у погледу метода за решавања спорова у правним односима, уз велико уопштавање, сви ти методи могу се разврстати у две категорије, у два суштински различита модела.

Први модел решавање спорова у праву чине сви они методи који се примењују кад спор решава “неко” непристрасни трећи, “неко” различит од страна у спору, тако што, након спроведеног поступка у коме се одвијала страначка “борба”, доноси одлуку којом пресуђује спорну правну ствар. Други модел чине различити механизми за тзв. мирно решавање спорова, који се примењују са циљем да странке путем преговара, уз помоћ и посредовање независног и непристрасног трећег лица, саме, споразумно и пријатељски реше свој спор.

9. Ради решавања спорних правних ствари путем пресуђења примењују се различити процесни методи, различити судски и управни поступци, као што су парнични поступак, арбитражни поступак, кривични поступак и многи други (општи и посебни) поступци, који су функционално оспособљени и прилагођени за решавање одређене врсте спорова<sup>8</sup>. Међу поступцима који се примењују ради решавања спорова путем пресуђења, постоји многобројне разлике. Сваки од њих изграђен је на специфичним процесним начелима и обликован на начин који омогућава да се поступање процесних субјеката у максималној мери прилагоди самој спорној правној ствари

<sup>8</sup> У савременим правним системима њихова примена поверена је државним органима специјализованим за решавање одређене врсте спорова, који чине посебну јавну службу преко које држава остварује своју дужност пружања правне заштите. Осим тога, о спорним правним стварима, под законом прописаним условима, могу да одлучују и недржавни органи, као што су арбитражни судови, судови “добрих људи”, старешине локалних заједница и други појединци од ауторитета, који инвестиру за пресуђење стичу на основу споразума самих страна у спору. Последњих година посебну експанзију доживљава арбитражни начин решавања грађанскоправних спорова, посебно спорова у области међународних трговинских односа. О предностима овог судског метода решавања спорова у односу на остале цивилне судске поступке, детаљно: Станковић, Г., Старовић, Б., Кеча., Петрушић, Н.: *Арбитражно процесно право*, Ниш, 1999, с. 25-28.

и оствари постулирани квалитет правне заштите која се у њему пружа.<sup>9</sup> Упркос томе што се поступци намењени пресуђењу спорних правних ствари међусобно разликују, сви они имају и низ заједничких карактеристика.

Једна од основних карактеристика поступака који се воде ради пресуђења спорних правних ствари огледа се у томе што сваки од њих представља, суштински посматрано, специфичну “борбу” страна у спору. Реч је о “борби за право”, која се одвија по унапред прописаним правилима и уз употребу допуштених “борбених средстава” - процесних овлашћења која странкама у поступку припадају. Да би остварила победу, странка напада свог противника тако што предузима *офанзивне процесне радње*, настојећи да правну ситуацију промени у своју корист, и од напада се брани предузимањем *дефанзивних процесних радњи*, како би сачувала створену повољност. У “правном турниру” који претходи пресуђењу, тј. доношењу одлуке о спорној ствари, странке расправљају<sup>10</sup> - износе аргументе у прилог исправности свог тврђења и противаргументе којима побијају исправност тврђења свог противника. Ова “борбена” шема поступка, суштински посматрано, увек је иста, без обзира на врсту поступка у коме се спор решава одлучивањем (пресуђењем) и без обзира на обим овлашћења којима надлежни орган располаже у руковођењу поступком<sup>11</sup>.

Одлука којом надлежни орган, као непристрасни трећи, пресуђује спорну правну ствар представља појединачну правну норму која за стране у спору има обавезну и императивну снагу - снагу закона. Кад одлука надлежног органа којом је спор решен ступи на

<sup>9</sup> Неки методи намењени пресуђењу спорних ствари имају традиционални карактер, плод су вековног искуства и део општег цивилизацијског наслеђа. Поједини методи су, међутим, новијег датума и представљају резултат напора који се перманентно чине ради прилагођавања поступка садржини спорних ствари и ефикаснијег решавања правних спорова. Последњих деценија, уобличавање нових процесних метода најинтензивније је у области арбитражног права. У настојању да поступак прилагоде особеностима спорне правне ствари, а нарочито жељама странака у погледу брзине решавања спора, развијени арбитражни центри у свету својим аутономним актима предвиђају различите моделе арбитражне процедуре, чији је избор у рукама самих страна у спору. Тако је, нпр. Арбитражни институт Штокхолмске трговинске коморе 1995. године усвојио правила за упрошћену процедуру (*Rules for Expediated Arbitration*). Ради решавања спорова из области инвестиција и финансија, лондонски *City Despute Panel* нуди данас својим клијентима различите врсте арбитражних поступака: обичну процедуру, која се примењује када се не захтева хитно решење спора, брзи поступак, када је одлука хитно потребна, и поступак који се примењује кад је потребно да спор буде решен истог дана. (Видети: Пауновић, М.: *Ad hoc арбитража као средство решавања међународних привредних спорова у савременим условима*, у књизи Међународна привредна арбитража - стање и перспективе, Београд, 1997, с. 56-57; Станковић, Г., Старовић, Б., Кеча, Петрушић, Н.: *op. cit.*, с. 209).

<sup>10</sup> У Душановном законику расправа странака, означена старом речи “пра”, обухвата две процесне активности: “прети” и “отпирати”. У старом српском праву, судија је био пасивни посматрач страначке борбе. “...Судије не интервенишу у ‘при’ активно, него је прате и посматрају, да на крају реше, ко је у судској борби победио...”. (Тарановски, Ф.: *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд, 1935, с. 188-190).

<sup>11</sup> “Маневарски простор” у коме се странке у току борбе за право могу кретати, тј. користити своја процесна овлашћења, омеђен је начелом забране злоупотребе процесних овлашћења, чија примена треба да онемогући победу несавесне и бескрупулозне странке. За практично остваривање начела забране злоупотребе процесних овлашћења пресудна је улога судије, одн. управног органа јер је управо он, тај који, служећи се “*изванредно финим инструментом*” забране злоупотребе права, у поступку обавља деликатни задатак контроле исправности вршења сваког појединачног процесног овлашћења. (Видети: Благојевић, Б.: *Начела приватног процесног права*, Београд, 1936, с. 114; Марковић, М.: *op. cit.*, с. 131).

правну снагу, стране у спору дужне су да своје понашање саобразе заповести садржаној у тој појединачној правној норми. Ступањем одлуке на правну снагу, спорна правна ствар (*res litigiosa*) постаје пресуђена ствар (*res iudicata*)<sup>12</sup>. У тренутку ступања одлуке на правну снагу, она постаје коначна, неоспорива и неизменљива: спор је на ауторитативан начин решен, уређени су интерни односи странака и странке свој спор не могу и даље сматрати нерешеним. Напротив, без обзира на то да ли одлуку сматрају законитом, или борбу напуштају уверени да је одлука неправилна и/или неправична, и победник и побеђени везани су одлуком и дужни да своје понашање ускладе са њеним изреком.

Са становишта остваривања нормативног правног поретка, одлука којом је пресуђена спорна правна ствар у тренутку ступања на правну снагу остварује своју мисију: спор је решен и елиминисан из правног живота, осигурана је извесност у правним односима странака и успостављен правни мир. Од странака се очекује да поштују одлуку којом је спор решен, да своје понашање саобразе заповести садржаној у одлуци и да на бази те одлуке даље граде свој однос.

Чињеница је, међутим, да се ова замисао пројектаната нормативног правног поретка не може увек остварити. Посматрана из перспективе самих странака, одлука о спорној ствари не изазива увек задовољство, нити неизоставно доводи до успостављања складних и стабилних односа међу њима. Каква ће осећања и психолошке реакције одлука изазвати код странака, зависи од тога каква је садржина одлуке и са каквим су претензијама и очекивањима ушле у "борбу за право". Сагласно томе, странке одлуку могу доживети као *победу/губитак*, као *компромисно решење* или као *обострани губитак*. Брижљива и свеобухватна анализа мериторних одлука којима се пресуђују спорне правне ствари показује, међутим, да су, по правилу, у свакој одлуци сакривени и извесни елементи губитка. Без обзира на то какав је исход поступака, евидентно је да губитке трпе обе стране у сукобу - и победник и побеђени, посебно ако се имају у виду утрошено време, новац и остали ресурси, као и негативни рефлексии одлуке у домену будућих односа странака. Чак и кад је реч о одлуци којом су у први мах задовољне обе странке и која наизглед представља компромисно решење, догађа се да странке касније, *post festum*, дођу до закључка да ипак нису оствариле неки свој важан интерес, те да су, у суштини, више изгубиле него што су добиле.

Несумњиво је да многе правноснажне одлуке којима се спорови решавају пресуђењем, саме по себи, нису гаранција да ће у фактичким односима странака бити успостављена неопходна правна стабилност, нити неизоставно доводе до успостављања правног мира. Осим тога, чињеница је да решавање једног спора пресуђењем често иницира настанак великог броја нових спорова између истих субјеката. Евидентно је, такође, да поступци намењени пресуђењу спорних правних ствари, чије вођење подразумева испуњење низа формалности, релативно дуго трају и странке излажу великим трошковима, који, не ретко, премашују вредност самог предмета спора. Стога

<sup>12</sup> Чак и кад је у конкретном случају одлука објективно незаконита, она у часу ступања на правну снагу стиче правни ауторитет и производи иста она правна дејства која производе законите одлуке. Иако се од правноснажне одлуке којом је спор решен очекује да буде у складу са ванпроцесном ситуацијом и материјалноправним поретком, може се догодити (и догађа се) да на правну снагу ступи и материјалноправно неисправна одлука. Пошто одлуке важе не зато што су законите и исправне већ зато што су правноснажне, и ова одлука ће произвести дејство. Управо због снаге коју правноснажне одлуке имају, материјалноправно неисправна одлука је у стању да у реалним правним односима конституише ново право, односно да укине право које је постојало. Дејство такве одлуке илуструје духовита изрека *Modestinus*, "*Res iudicata facit ex albo nigrum, ex nigro album, ex curvo rectum ex recto curvum*". (Стојчевић, Д., Помац, А.: *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1984, с. 468).



су, паралелно са настанком и усавршавањем модела за решавање спорова пресуђењем, развијени и различити алтернативни методи и технике за мирно решавање спорова (тзв. ADR технике *Alternative Dispute Resolution*). Примена ових метода омогућава да стране у спору приступе конструктивном и пријатељском решавању свог спора са циљем да, уз помоћ и посредовање трећих лица, заједнички пронађу споразумно и обострано прихватљиво решење, решење које неће значити ни победу ни губитак једне стране, већ њихов обострани добитак.

#### IV.

10 Међу многобројним алтернативним техникама и методима за мирно решавање спорова који се у савременим правним системима данас примењују, посебан практични значај има метод *медијације* (посредовања).

Медијација, као феномен процесног права, обично се описно дефинише, при чему се има у виду њена структура, функција коју остварује и садржина делатности која се у току медијације предузима. У литератури се најчешће наводи да је медијација поступак који се води са циљем да странке уз помоћ једног или више посредника (медијатора) путем преговора постигну пријатељско и споразумно решење насталог спора које одговара њиховим (добро схваћеним) интересима. Садржину овог поступка чине преговарачка делатност странака и посредничка активност медијатора, чији се задатак састоји у томе да странке тактично усмеравају ка праведном решењу спора, те да им, давањем одговарајућих сугестија, савета, предлога и препорука, помогну да споразумно реше свој спор.

11 Поступак медијације је процесни механизам који се примењује за мирно решавање спорова из различитих области друштвених односа заснованих на принципу аутономије воља. Медијација је подобна за решавање и правних и интересних спорова, али њене предности долазе посебно до изражаја кад постоји потреба за решавањем тзв. интересних спорова, који због свог карактера нису подобни за пресуђење. Такав је, нпр. случај са интересним радним споровима. С обзиром на предмет и природу односа у којима настаје, ова врста радних спорова може бити решена или мирним путем, преговарањем<sup>13</sup>, или применом метода директне индустријске акције (штрајка и lock-out-a). Учешће у поступку посредовања ради решавања колективних спорова по правилу је факултативно. У појединим земљама за неке врсте радних спорова прописана је дужност страна у спору да активно учествују у поступку посредовања, при чему је вођење поступка посредовања (или мирења) законом предвиђено као посебан услов за примену метода директне индустријске акције<sup>14</sup>.

И поред тога што поједине врсте спорова нису подобне за пресуђење, област примене медијације ипак је ужа у односу на област коју "покривају" поступци намењени пресуђењу спорних ствари, будући да се медијација може применити за решавање само оних спорова које стране могу решити споразумно мирним путем, склапањем поравнања.

<sup>13</sup> О начинима решавања ове врсте интересних спорова у домаћем и упоредном праву, видети: Лубарда, Б.: *Решавање колективних радних спорова, Методи и институције*, Београд, 1988. Видети и рад истог аутора: *Решавање колективних радних спорова, Правни живот*, 11/95, III том, с. 593-603;

<sup>14</sup> Детаљно: Лубарда, Б. - *Појам и битна обележја права на штрајк*, *Правни живот*, 11/98, III том, с. 793-804.

Начелно посматрано, стране у спору овлашћене су да споразумно, мирним путем, реше сваки свој спор. Правнополитички разлози намећу, међутим, извесна одступања од овог правила. У сваком правном систему постоје, наиме, извесне категорије спорова чије је решавање држава монополизovala тако што је њихово решавање резервисала за државне судове и тиме искључила могућност да спор буде решен применом неких других механизма у поступку пред недржавним органима. Тако, спор о томе да ли једно дело представља кривично дело, да ли је окривљено лице извршило то дело и да ли је за њега одговорно, може бити решен само у кривичном поступку, пред надлежним државним судом. Спор о постојању брака, о његовој пуноважности, спор о томе да ли једно лице треба лишити пословне способности, спор о испуњености услова за стечај итд., такође може решити искључиво државни суд. Потреба да се решавање појединих спорова ексклузивно повери државном суду најчешће је детерминисана природом њиховог предмета. Ради се, по правилу, о правним споровима који тангирају јавни интерес или је реч о правним споровима из односа регулисаних когентним нормама, те је, стога, потребно да се у поступку њиховог решавања оствари одређени степен законитости и правне сигурности, који се, због гаранција које официјелни судски поступак пружа, може остварити само у поступку пред државним правосудним медијем.

Упркос свим ограничењима, "зона" потенцијалне примене метода медијације веома је широка, будући да у свакодневном правном животу највећи број спорова настаје у односима заснованим на начелу аутономије воља, које стране могу решити саме, склапањем одговарајућег споразума.

12 Компаративна истраживања показују да је последњих година медијација фаворизована и да овај процесни метод доживљава праву експанзију. Разлог томе лежи у чињеници да медијација није само ефикасан метод за мирно решавање спорова, већ да је њен значај и у томе што превентира настанак будућих спорова, с обзиром да преговарање правних субјеката у току процеса медијације доприноси бољем међусобном разумевању и побољшава њихову комуникацију и сарадњу.

У многим савременим националним правним системима предузимају се разноврсне мере усмерене ка стварању оптималних услова за развој и унапређење медијације и свих осталих метода за мирно решавање спорова. У том циљу, у низу земаља основани су многобројни центри за медијацију и друге сличне институције, које, под покровитељством и уз спонзорство и подршку државних органа и органа локалне власти, администрирају процес медијације и обезбеђују техничке услове за успешно одвијање медијаторске делатности. У САД, Канади, Јапану, Великој Британији, као и у многим другим државама, постоје изузетно разгранате и разуђене мреже институција за медијацију, које постепено постају својеврсна алтернатива националним системима државног судства. Јавни и приватни центри за медијацију, од локалног до федералног нивоа, чији је број у сталном порасту, помажу појединцима и правним лицима да саставе и редигују текст уговор о посредовању и нуде услуге својих компетентних и искусних медијатора, који су кроз одговарајућу обуку савладали посебне технике и вештине неопходне за успешно посредовање.

Активности које се предузимају на организационом плану, праћене су богатом нормативном делатношћу усмереном ка регулисању самог процеса медијације. Тако је позната арбитражна институција *American Arbitration Association* својим нормативним

актима, као што су нпр., *Construction Industry Mediation Rules*<sup>15</sup>, *Commercial Mediation Rules*, и други акти, креирала разноврсне моделе медијације, како би се процес медијације, који је инструменталне природе, прилагодио специфичностима појединих спорних ствари. Поступак медијације детаљно је уредио и *United States Arbitration and Mediation Service*, један од најпознатијих центара за медијацију у САД, који је својим актом *Mediation Rules and Procedures* регулисао поступање свих субјеката у процесу медијације.<sup>16</sup> Посебна правила о посредовању ради решавања спорова из радних односа донели су *Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)*<sup>17</sup> и *National Mediation Board (NMB)*, амерички центри за медијацију која промовишу, подржавају и организују процес медијације и примену других *ADR* техника за решавање спорова у области индустријских односа. Исто тако, напори се чине и на плану уобличавања посебних етичких стандарда и упутства за обављање посредничке делатности. Велику практичну примену имају познати *The American Arbitration Association's Model Standards of Conduct for Mediators*, *Lex Mundi's Code of Ethics for Mediators*<sup>18</sup>, *Standards of Practice for California Mediators*<sup>19</sup> и слични акти других друштвених асоцијација.

Као један од метода за мирно решавање спорова, медијација је предвиђена низом међународних докумената. Тако је поступак посредовања предвиђен и регулисан Вашингтонском конвенцијом од 13. 3. 1965. г.<sup>20</sup>, који се води пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова, једном од институција Светске банке у Вашингтону (*ICSID*). Посебна правила о мирном решавању спорова путем медијације (*Mediation Rules*) донела је и *World Intellectual Property Organization*, Светска организација за интелектуалну својину (*WIPO*)<sup>21</sup>. Медијација је и један од инструментата међународне политике и дипломатије, који се, на основу одговарајућих међународних уговора о посредовању, користи ради превенирања оружаних сукоба, као и за решавање спорних питања у циљу успостављања мира међу зараћеним странама.



<sup>15</sup> Практична примена ових правила, које је Америчко удружење за арбитражу донело на препоруку *National Construction Industry Arbitration Committee*, у потпуности је потврдила бонитет прихваћених решења. (Видети: Јовановић, З.: *Алтернативно решавање спорова код уговора о грађењу*, Правни живот, 12/96, с. 656-657; о практичним ефектима примене *Construction Industry Mediation Rules* детаљно у раду George C. Martin.: *Mediation... The New Requirement for Disopute Resolution*, који је аутор 1. маја 1999. г. послао на URL: <http://www.construction-mediation.com>).

<sup>16</sup> Текст ових Правила у HTML формату објављен је на сајту *United States Arbitration and Mediation Service* (<http://www.usam.com/services/mediation.html>).

<sup>17</sup> Медијатори Федералне служба за мирење и посредовање (*Federal Mediation and Conciliation Service*) посебно су едуковани за пружање посредничких услуга ради мирног решавања колективних радних спорова, укључујући и оне у којима се као стране у спору јављају запослени у федералној власти, у власти федералних јединица, ако и у локалној власти. (О томе ближе у: Goldman, A.L.: *Labor Law and Industrial Relations in U.S.A.* Kluwer, 1984, р. 307).

<sup>18</sup> Интегрални текст Кодекса може се прочитати на сајту: <http://www.lexmundi.org/med-etics.html>.

<sup>19</sup> Стандарде је израдио *California Dispute Resolution Council* (видети: <http://www.to-agree.com/advedre.html>).

<sup>20</sup> *Convention pour le reglement des differends relatifs aux investissements entre et ressortissants d autres etats*, коју је Југославија ратификовала Уредбом Савезног извршног већа од 1967. г. (Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори, 7/67).

<sup>21</sup> *WIPO Mediation Rules* примењују се од 1. 10. 1994. г. пред Центром за арбитражу са седиштем у Женеви, који је отпочео је са радом 1. 7. 1994. г. О методима које се пред овим Центром примењују, детаљно: Бесаровић, В.: *Арбитражно решавање спорова из области интелектуалне својине*, Зборник реферата Међународна привредна арбитража, стање и перспективе, Београд, 1997, с. 60-71.

13 Примена медијације предвиђена је и у нашем праву, као један од метода за решавање спорова из личних, породичних, имовинских, привредних, радних и других приватноправних и јавноправних односа.

Савезним Законом о основама радних односа<sup>22</sup>, као и Законом о радним односима Републике Србије<sup>23</sup> предвиђено је да се индивидуални и колективни радни спорови правне и интересне природе решавају пред арбитражом за радне спорове<sup>24</sup>, чији је задатак да *“посредује и пружа помоћ”* у решавању колективних спорова, односно у споразумном решавању индивидуалних радних спорова.<sup>25</sup> Посредовање као начин решавања колективних радних спорова предвиђено је и у аутономним изворима радног права. Тако је Општим колективним уговором<sup>26</sup> предвиђено да се спорови који настају приликом измена и допуна Уговора или приликом закључивања новог општег колективног уговора, као и спорови до којих долази приликом примене Уговора, решавају *“мирењем, посредовањем, путем арбитраже или другим методама у складу са законом”* (чл. 53). Сличне одредбе садржане су у облигационо-правном делу гранских колективних уговора, као и у колективним уговорима закљученим на нивоу предузећа.

Примена медијације предвиђена је, такође, и аутономним актима југословенских арбитражних центара. Правилником Спољнотрговинске арбитраже у Београду<sup>27</sup>, Правилником Сталног изабраног суда при Привредној комори Југославије<sup>28</sup>, као и правилницима свих осталих домаћих арбитражних институција, предвиђена је могућност да се, на основу одговарајућег споразума о посредовању, спроведе поступак посредовања ради мирног и пријатељског решавања спора. И арбитражни судови *ad hoc*, који се формирају ради решавања већ насталог спора, могу спор решити посредовањем, под условом да стране уговоре примену овог метода, што произлази из опште одредбе садржане у Закону о судовима којом је предвиђено да арбитраже решавају спорове не само одлучивањем већ и *“усаглашавањем, посредовањем и поравнањем”*<sup>29</sup>.

Медијација је један од метода за мирно решавање спорова који примењују мировна већа, факултативни правосудни органи локалне самоуправе, који, као посебна врста изабраних судова, решавају спорове до којих долази између грађана поводом права којима они слободно располажу<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> Сл. лист СРЈ, 29/96.

<sup>23</sup> Сл. гласник РС од 31. децембра 1996, бр. 55/96.

<sup>24</sup> Начин рада ове институције регулисан је Правилником о арбитражи за радне спорове, Сл. гласник РС од 29. јануара 1997, бр. 2/97, који је донео Министар за рад, борацка и социјална питања у Влади Републике Србије.

<sup>25</sup> Чл. 68. и чл. 76. савезног Закона о основама радних односа и чл. 115. и 115. Закона о радним односима Републике Србије.

<sup>26</sup> Општи колективни уговор од 22. маја 1977. г. закључен између Већа Савеза синдиката Србије, Привредне коморе Србије и Владе Републике Србије, Сл. гласник РС од 26. маја 1997, бр. 22/97.

<sup>27</sup> Сл. лист СРЈ, 52/97, (у даљем тексту ПСТА).

<sup>28</sup> Сл. лист СРЈ, 87/93, (у даљем тексту ПСИСПКЈ).

<sup>29</sup> Чл. 69. Закона о судовима (Сл. гласник РС, 46/91, 18/92, 60/91 и 71/92).

<sup>30</sup> Видети чл. 70. Закона о судовима. Правила о медијацији мировних већа садржана су у аутономним актима о њиховој организацији и раду коју су донела већа месних заједница при општинским скупштинама. (О методима за решавање спорова које примењују мировна већа, видети: Станковић, Г.: *Мировна већа - правосудни органи локалне самоуправе, Право-теорија и пракса*, 4/97, с. 41-50).

14. И поред тога што је у нашем праву медијација предвиђена као посебан метод за решавање спорова, она није јасно разграничена од осталих механизма за решавање спорова. Тако је, нпр. у аутономним актима појединих домаћих арбитражних институција медијација изједначена са концилијацијом, иако се ради о два различита метода за мирно решавање спорова, док се из текстова појединих нормативних аката не може се поуздано закључити да ли пројектовани метод за мирно решавање спорова представља поступак медијације или се ради о поступку концилијације. Илустративан пример пружа текст Правилника СТА. У овом нормативном документу одредбе о поступку за мирно решавање спорова носе маргинални наслов “Мирење”, док је сама делатност која се предузима у циљу мирног решења спора у првом поднаслову означена изразом “Посредовање Арбитраже”<sup>31</sup>. Осим тога, у појединим изворима радног права посредовање као посебан метод за решавање спора није јасно разграничено од арбитражног начина решавања спора, с обзиром да се, према законским прописима, поступак посредовања не окончава склапањем споразума, већ “одлуком арбитраже о постигнутом споразуму”<sup>32</sup>. С друге стране, одредбе појединих аутономних извора радног права којима је уговорена примена медијације ради решавања радних спорова упућују на закључак да циљ поступка посредовања није у томе да се странама помогне да споразумно реше свој спор, већ да се овај поступак води како би посредници усагласили своје ставове и дошли до заједничког предлога о начину решења спора, који ће странама понудити на разматрање.<sup>33</sup>

Непостојања јасних разлика између медијације и концилијације на нормативном терену вероватно је један од разлога због којих се у литератури посвећеној методама мирног решавања спорова термини “посредовање” (медијација) и “мирење” (концилијација) често користе као синоними<sup>34</sup>. У компаративним анализама, међутим, медијација и концилијација појмовно се разграничавају, будући да су у многим правним системима



<sup>31</sup> У Правилнику СИСПКЈ за означавање овог поступка употребљен је израз “поступак посредовања” (чл. 5), док је у Правилнику о Сталном избраном суду (Арбитражи) при Привредној комори Србије (Сл. гласник РС, 29/96) овај поступак означен називом “посредовање за споразумно решавање спорова”.

<sup>32</sup> Законска концепција арбитраже за радне спорове наишла је на негативну критику у нашој научној јавности. Према схватању теоретичара радног права, у нашем правном систему није на одговарајући начин регулисано решавање индивидуалних колективних радних спорова. (Видети: Брајић, В.: *Домашај прописа, струке и праксе у области радних односа*, Правни живот, 11/98, III том, с. 773-774; Јовановић, П.: *Потребе измена и допуна прописа о арбитражном решавању радних спорова*, *Радно и социјално право*, 3-6/98, с. 94-102; Петровић, М. *Арбитражно решавање радних спорова у југословенском праву*, *Радно и социјално право*, 3-6/98, с. 1-3-110; Ивошевић, З.: *Коментар Закона о основама радних односа*, Београд, 1997, с. 279). Имајући у виду негативне стране постојећих нормативних решења у погледу метода и институција намењених решавању радних спорова, експертска група за израду текста Општег колективног уговора на нивоу СР Југославије, састављена од четрнаест угледних научника и правних стручњака, користећи искуства страних земаља, израдила је препоруке које садрже начела и правила за добровољно и институционализовано решавање колективних радних спорова пред посебним телом сталном службом за мирно решавање колективних радних спорова. (Видети предлог експертске групе Анекса 1, Општег колективног уговора на нивоу СРЈ од 23. јуна 1997).

<sup>33</sup> Тако се, примера ради, у чл. 77. Посебног колективног уговора за грађевинарство (Сл. гласник РС, 1/98) може прочитати: “Стране у спору именују по два посредника стручњака из области која је предмет спора. Уколико се посредници усагласе, усаглашен предлог се доставља странама у спору на усвајање”. Одредбе сличне садржине предвиђене су и у другим гранским колективним уговорима.

<sup>34</sup> Видети, нпр. Цукавец, М.: *Нацрт новог правилника о раду Спољнотрговинске арбитраже у Београду*, Привреда и право, 5-8/97, с. 598-599.

то два различита метода за мирно решавање спорова;<sup>35</sup> поступак посредовања (медијације) подразумева да посредник (медијатор) посредује у преговорима странака и даје свој предлог за решење спора, који стране у спору могу али не морају да прихвате, док у поступку мирења (концилијације) концилијатор има задатак да помири стране у спору, али није овлашћен да у току поступка износи своје предлоге о погледу начина решења спора<sup>36</sup>.

**15** Упркос томе што је у многим домаћим законским и аутономним актима предвиђена примена медијације, овај метод решавања спорова још увек је недовољно афирмисан у нашем процесном систему. Иако је у поређењу са осталим методима за решавање спорних ствари процес медијације знатно једноставнији, неформалнији и краћи, и без обзира на то што његово вођење изазива знатно мање трошкова<sup>37</sup>, чињеница је да примена овог процесног метода није у довољној мери заживела тако да се он још увек спорадично примењује<sup>38</sup>.

Многобројни су и веома комплексни разлози таквог стања, од којих су неки, стриктно посматрано, изван сфере права. Један од основних разлога јесте чињеница да овај метод за решавање спорова није афирмисан јер је у нашој јавности недовољно позната суштина и смисао саме медијације. С друге стране, арбитражне и друге недржавне институције нису успеле да изграде и уобличи процес медијације. Нормативни акти којима је предвиђена примена медијације не садрже сва неопходна правила о покретању, току и окончању поступка медијације, о облику и садржини посредничке делатности, као ни правила о правима, дужностима и одговорностима субјеката који учествују у медијацији. Непостојање основних процесних правила о поступку медијације више-струко је штетно, посебно ако, се има у виду да управо та правила посредничкој делатности дају карактер посебног метода за решавање спорова.

Процес медијације је неформалног карактера и примењују се у различитим спорним стварима, те је, стога, и разумљиво што он не може бити детаљно и стриктно уређен, нити је могућно креирање једнообразних, типизираних и униформних правила поступања, која би, свакако, умањила његову флексибилност. Иако обликовање сваког појединачног поступка медијације, по природи ствари, мора бити препуштено медијаторима, ипак је неопходно постојање извесног минимума функционалних процесних правила, формулисаних у виду начела и препорука, која би била обавезна за све учеснике у медијацији. На такав закључак упућују и искуства страних земаља, у којима је медијација постала ефикасан метод решавања спорова тек после адекватног уобличавања процеса медијације на бази одређених принципа, као што су принцип диспози-

<sup>35</sup> У теорији и пракси појединих страних земаља, нпр. енглеској, појмови "медијација" и "концилијација" имају, међутим, исто значење. У појединим страним процесним системима, нпр. у Немачком, појмови "посредовање" и "мирење" нису јасно разграничени ни од појма "арбитража", већ се понекад подводе под заједнички појам "Schlichtung".

<sup>36</sup> Видети о томе: Лубарда, Б.: *Решавање колективних радних спорова*, Правни живот, 11/95, III том, с. 600-601.

<sup>37</sup> Имајући у виду ове карактеристике медијације, у страниој литератури овај процесни механизам описује се као "something better", "more accessible and understandable to the layperson, less adversarial, expensive, and time-consuming, and more likely to produce an outcome that matches the interests of the disputants". (Texas Law Review, A. Glass Half Full at Vol. 73:1594). Сличне квалификације даје и Miller Seymour W., у раду *Mediation - an alternate dispute resolution, methodology whose time has come (Accountant's Liability)*, објављеном на сајту <http://www.luca.com/cpajournal.htm>.

<sup>38</sup> Треба приметити да је поступак посредовања својевремено био предвиђен као један од метода за решавање спорова пред судом удруженог рада, унутрашњом арбитражом и другим тзв. самоуправним судовима, али његова примена у пракси није била честа.

тивности, принцип добровољности, принцип дискреције и друга методска начела, чија конкретизација и практична примена превентира злоупотребе и непријатна изненађења и обезбеђује услове за успешно решавање спорова<sup>39</sup>.

Разлог спорадичне примене медијације свакако јесте и околност да медијација у пракси није верификована као ефикасан метод за решавање спорова, чему у великој мери доприноси недовољна обученост и стручна оспособљеност лица којима се поверава вођење процеса медијације.

Искуства страних земаља у којима је медијација традиционални метод за решавање спорова, указују да је за успех медијације пресудна улога медијатора. У земљама у којима је медијација у пракси афирмисана као успешан метод за решавање спорова, нарочита пажња посвећује се едукацији медијатора<sup>40</sup>. Многи центри за медијацију, адвокатске коморе, академске и друге образовне установе и асоцијације, као и бројне невладине организације, организују посебне курсеве и тренинге за медијаторе, у оквиру којих полазници стичу специјалистичка знања из различитих области друштвених наука, како би стекли и усавршили посредничку вештину<sup>41</sup>. Док су се у прошлости посредовањем бавила лица различитих образовних профила и занимања, данас је у многим земљама посредовање посебна професија коју обављају експерти за медијацију, стручно оспособљена лица за ову врсту делатности.<sup>42</sup>

Успех медијације у великој мери зависи од фацитаторских способности медијатора, тако да се у програмима за образовање медијатора вештини и умећу фацитације посвећује посебна пажња. Као фацитатор, медијатор доприноси стварању поверења у успех медијације, даје правац и тон дискусији, помаже учесницима да размене и разјасне информације и превазиђу тешке, непријатне и обесхрабрујуће ситуације током процеса медијације, упућује и усмерава странке да идентификују и размотре свако спорно питање, да спор сагледају у временској ретроспективи, да приближе своје ставове итд. Захваљујући савладаној вештини фацитирања, као и стеченом умећу "активног слушања", медијатори су оспособљени да комуницирају са странкама на неконфронтирајући начин, да правилно трасирају ток страначког дијалога и конверзације и странке тактично и ненаметљиво усмеравају ка кооперативном и конструктивном решењу спора, те да, у том циљу, понуде странкама нове опције, инвентивне сугестије и креативне предлоге. На посредничке услуге појединих компетентних и веома тражених медијатора, који због својих успеха у посредовању носе неформалну титулу "*Conflict Doctor*", стране у спору спремне су да чекају и по неколико месеци. Медијаторима су намењени и бројни приручници и брошуре са упутствима за вођење

8

<sup>39</sup> О току и садржини медијације видети: Moor, S.: *The Mediation Process*, San Francisco, Jossey Bass, 1986.

<sup>40</sup> У циљу унапређења процеса медијације, организују се и специјални курсеви за адвокате са циљем да будући заступници странака у процесу медијације стекну основна знања о вештини и процесу посредовања како би успешно промовисали овај метод решавања спорова и ваљано припремали своје клијенте за учешће у процесу медијације. Центри за медијацију публикују и посебне водиче за адвокате са детаљним упутствима о томе како и на који начин треба да се припреме за учешће у медијацији. (Видети, нпр, *Preparing for Mediation, Short Guide for Attorneys*, публикован у интегралном облику на сајту <http://www.adr.com/adr1/essaye.htm>).

<sup>41</sup> Један од најбољих програма за едукацију медијатора нуди Harvard Law School. (The M.I. T. - *Harvard Public Disputes Program*).

<sup>42</sup> Moore, S.W.: *Како се одвија медијација?*, у: *Социјални конфликти - карактеристике и начин решавања*, приређивачи Попадић, Д., Плут, Д., Ковач Церовић, Т., Београд, 1996, с. 173).

поступка медијације, чији су аутори познати и угледни медијатори са богатим практичним искуством<sup>43</sup>.

Иако успех медијације превасходно зависи од способности и умешности медијатора, у нашем друштву не поклања се довољна пажња образовању медијатора и њиховом оспособљавању за успешно вођење процеса медијације. На такав закључак упућује и чињеница да југословенске арбитражне институције, иако својим актима предвиђају примену медијације, немају листе медијатора који би били посебно едуковани за вођење процеса медијације, већ за пружање посредничких услуга препоручују лица са листе сталних арбитра, која нису довољно стручно оспособљена за обављање ове специфичне посредничке делатности. То је сасвим разумљиво ако се има у виду да ниједна наша образовна установа не едукује потенцијалне медијаторе за испуњење изузетно сложених задатака који медијација подразумева.

## V

16 Медијација је комплексан механизам за решавање спорова који до сада није привукао већу пажњу домаће научне и стручне јавности. Због тога је изостало систематско и свеобухватно истраживање и проучавање теоријских и практичних проблема везаних за овај процесни метод, о чему најбоље сведочи чињеница да је домаћа литература посвећена процесу медијације изузетно оскудна. Проучавањем медијације, преговарања и других метода мирног решавања сукоба у досадашњем периоду бавили су се углавном психолози,<sup>44</sup> иако се ради о сложеним појавама, које треба анализирати са различитих аспеката (психолошког, економског, правног, политичког, антрополошког итд).

Истраживање медијације и осталих метода мирног и конструктивног решавање спорова један од приоритетних задатака наше науке. Интердисциплинарни истраживачки рад у овој области има не само теоријски већ и велики практични значај. Резултати таквог свеобухватног истраживања пружили би сазнања на основу којих би било могућно пројектовање одговарајућих едукативних и васпитних програма за различите категорије субјеката, у циљу промовисања метода мирног решавања спорова и обучавања правних субјеката за практичну примену медијаторских и преговарачких стратегија и тактика. Ова врста програма, чија је реализација немогућна без одговарајуће правнополитичке и материјалне подршке државе и њених институција, од изузетне је важности јер би допринела превладавању "парничарског духа" у свакодневним односима и поспешила примену медијације и технике преговарања, као најбољег начина за решавање спорова и у приватном и у јавном животу.

Каквим ће се темпом и интензитетом у нашем друштву одвијати даљи рад на унапређењу и афирмисању медијације и осталих механизма за мирно и конструктивно решавање спорова, незахвално је прогнозировать. Извесно је, међутим, да њихово време неминовно долази.

<sup>43</sup> Нпр., Jennifer E. Beer with Eileen Stief, : *The mediator's Handbook*; Allan H. Goodman, : *Basic Skills for the New mediator*; Eileen Babbitt, Paula Gutlove, Lynne Jones, : *Handbook of Basic Conflict Resolution skills: Facilitation, Mediation, and Consensus Building*; Mark D. Bennett and Michele S. G. Hermann, : *The Art of Mediation* и многе друге стручне публикације. (Библиографски подаци о актуелним практикумима и приручницима за медијацију објављени су на web-у: <http://addr.com/pun/med>).

<sup>44</sup> Рад на истраживању медијације и промовисању метода мирног и конструктивног решавања конфликта до сада се махом одвијао у оквиру невладиног сектора. Најзапаженије резултате остварила је београдска Група МОСТ, која је, радећи на пројекту "Подстицање развоја цивилног друштва", одржала низ семинара, којима је било обухваћено преко 350 полазника..



**Dr NEVENA PETRUŠIĆ**

## **LES LITIGES DANS LES RELATIONS JURIDIQUES ET LA MEDITATION**

### **Résumé**

La vie quotidienne des gens la société commune est chargée de différents litiges et discordances. Un grand nombre de conflits sociaux a lieu dans la sphère juridique, à l'occasion de la réalisation (de vrais ou hypothétiques) droits et obligations ou à l'occasion des essais de la part des sujets juridiques, dont les intérêts sont contradictoires, d'instaurer des règles par lesquelles ils règlent reréglent quelques unes de leurs relations.

Chaque litige dans les relations juridiques, en tant qu'un phénomène social ou psychologique, contient en lui-même un potentiel regressif ainsi que progressif. Comment ce potentiel sera-t-il utilisé oa dépend du fait sice litige, dans sa dynamique, recevra un cours utilisé ça depend constructif ou destructif.

Dans la vie juridique, les litiges sont statués de manières différentes, avec l'application de différentes méthodes et techniques pour leur règlement. De pair avec des méthodes traditionnelles pour le règlement des litiges par la voie du jugement, dans beaucoup de systemes juridiques nationaux, sont développés calme des litiges (la soit disante ADR technique - Alternativ Dispute Resolution), parmi lesquels une place particulière occupe le procédé de la médiation. Ce procédé de la médiation permet aux parties en litige d'accéder à une solution constructive et amicale de leur litige, avec le but de trouver, avec l'aide et la médiation des personnes tiers (les médiateurs), une solution mutuellement acceptable, la solution qui ne signifiera ni la victoire ni la perte d'une partie, mais leur gain commun. L'application de la médiation est aussi prévue dans notre droit, comme un des mhanismes processionels pour le règlement ds litiges dans des différents ségments juridiques. Quoi que la méthode de la médiation ait toute une série d'avantages par rapport aux autres méthodes processionelles, cell-ci n'est pas encore suffusement affirmée dans notre système processionel. A cause de l'absence des conditions organisationelles, fonctionelles et autres juridiques - politiques et juridiques - techniques nécessaires, l'application de la médiation

---

\* **Maître de conférences à la Faculté de Droit à Niš.**

n'est pas devenue vivante dans la mesure souhaitable, ainsi qu'elle n'est qu'occasionnellement pratiquée.

Par quelle cadence et intensité, dans notre société, se développera le travail futur pour avancement et l'affirmation de la médiation, ainsi que d'autres mécanismes semblables pour le règlement calme et constructif des litiges, ce n'est pas facile à prévoir. Ce qui est, cependant, certain c'est que leur temps arrive inévitablement.

Др ЉУБИЦА НИКОЛИЋ

**ОРГАНИЗАЦИЈА  
САВРЕМЕНИХ  
БЕРЗИ**

9

## Апстракт

Од својих појавних облика до данас, у свету је основано око 400 берзи које функционишу у преко 30 земаља. Три четвртине овог броја припада индустријски развијеним земљама Европе, Америке и Азије. Ове берзе су међусобно сличне по организацији рада и пословања. У овом раду дајемо кратак историјат настанка водећих светских берзи као и основе њиховог функционисања, са посебним освртом на организацију америчких берзи. Циљ сваке берзе је да концентрисањем понуде и тражње берзанских артикала на једном месту утврди њихову реалну тржишну вредност. Послови се закључују у просторијама берзи у одређено време предвиђено за рад уз поштовање строгих правила пословања и уз јаку контролу. Како се савремене тржишне привреде данас не могу замислити без функционисања берзи, земље у развоју свој излаз из економским проблема

траже ослонцем на искуства развоја берзанског пословања оних земаља које у овој области имају дугу традицију. Тим путем кренула је и југословенска привреда, оснивањем Београдске берзе 1989. године. На жалост, и поред почетног ентузијазма и великих напора домаћих стручњака, када су ангажовани и бројни светски стручњаци из ове области, у циљу развоја овог савременог вида пословања, виднији резултати нису постигнути. Још увек имамо неразвијено берзанско пословање и тржиште капитала као и укупно финансијско тржиште. Будући развој берзанског пословања код нас условљен је бројним променама у различитим сферама економског живота, које би скупа требале да омогуће стварање модерне тржишне привреде. У том циљу светска искуства су драгоцене, уз неизбежно прилогађавање специфичностима домаће привреде.

Кључне речи: **берза, чланови берзе, органи берзе, техника берзанског пословања, хартије од вредности, котација берзанског материјала, берзански курс, берзански послови.**

**Др ЛЈУБИЦА НИКОЛИЋ**

## **ОРГАНИЗАЦИЈА САВРЕМЕНИХ БЕРЗИ**

### **1. САВРЕМЕНЕ БЕРЗЕ**

Берзе које послују у савременим тржишним привредама, имају за циљ да делују у правцу стабилизације тржишних токова. У том циљу данас у свету постоје берзе дугорочних хартија од вредности, девизне берзе, новчане берзе, робне тј. продуктне берзе, као и берзе услуга. У Великој Британији, САД, Канади, Аустралији, Јапану, берзе су организације приватних капиталиста, али под одређеном државном контролом. Европске берзе су јавне установе основане на темељу закона.

9

Основне карактеристике савремених берзи, као специфичне врсте тржишта, по којима се оне и разликују од осталих тржишта, су следеће:

- берза је организовано тржиште са одређеном управом и органима,
- на берзи се ради по строгим и унапред утврђеним правилима,
- на овом специјализованом тржишту може се пласирати само онај тржишни материјал који испуњава одређене услове,
- на берзи је дозвољен приступ ограниченом броју учесника,
- пословање на берзи се одвија преко квалификованих посредника,
- берзански састанци се одржавају редовно у тачно одређено време,
- учесници који раде на берзи подвргнути су строгој дисциплини,
- држава контролише пословање берзе,
- берзе су савремено технички опремљене,
- редовно се презентују курсне листе и пружају друге информације о пословању берзе,
- послови се обављају на најбржи могући начин путем аукције и електронске обраде података.

---

\* Доцент Правног факултета у Нишу.

У данашње време, све велике светске берзе су компјутеризоване и међусобно повезане. Како се акцијама познатих мултинационалних компанија тргује по целом свету, трговина практично траје 24 сата, због временских разлика, тако да је дошло до сада невиђене глобализације берзанског пословања.

### 1.1. БЕРЗЕ У САД

На берзанском тржишту САД најзначајнија берза је New York Stock Exchange (NYSE), на којој се пласира 72% од укупног броја акција које се продају на свим америчким берзама. У САД постоји 14 берзи од којих треба споменути и American Stock Exchange (AMEX), која је друга по обиму пословања акцијама са 18%, као и National Stock Exchange, а све су лоциране у Њујорку. Оне се сматрају националним берзама, док се друге називају "регионалним берзама", иако су многе од њих познате светске берзе.<sup>1</sup>

Након завршетка рата са Енглезима 1789. г. Конгрес америчких држава је одобрио издавање обвезница јавног зајма у износу од 80 милиона долара. Тиме је започео процес издавања хартија од вредности у Америци. Након тога, појавиле су се обвезнице појединих држава и акције банака.

У тим првим годинама емисије хартија од вредности у Америци, састајали су се на једном крају Wall Street-а пет мешетара који су куповали и продавали хартије од вредности за рачун својих клијената. Године 1792. склопила су 24 мешетара Buttonwood Tree Agreement и као своје седиште пословања изабрали су "Tontine Caffe Hous". Године 1800. основана је прва службена берза у САД у Филаделфији. Према узору на њу, основана је 1817. г. New York Stock and Exchange Board. Председник берзе је извикавао редом хартије од вредности и према понуди и тражњи утврђивао њихов курс. Поред тог службеног трговања на берзи, пред берзом се на плочнику неслужбено трговало.

Назив New York Stock Exchange прихваћен је 1863. г. а отприлике у исто време почела су се продавати места умрлих чланова берзе или на други начин испражњена места најбољем понудиоцу. Највиша цена за једно место плаћана је у време берзанског полета, који је претходило слому 1929. г. и износила је 625.000 долара. Сада је уобичајена цена места на овој Берзи између 200 и 300 хиљада долара. Прави развој NYSE почиње почетком 20. века.

Ова Берза је организована као некорпоративно удружење које нема за циљ максимирање добити. Сама Берза нити купује, нити продаје хартије од вредности, нити одређује њихову цену, већ се трговина одвија између појединачних чланова. Берза има своју зграду на Wall Street-у 11 на Manhattan-у а целокупно пословање одвија се на "паркету" (on the floor) те зграде.

Број чланова Берзе био је до краја Првог светског рата ограничен на 1.000 а затим се постепено повећавао да би достигао данашњу цифру од 1.375 чланова који су организовани у око 600 брокерско-дилерских фирми. Осим тога, има још 50 појединачних чланова који плаћају годишњу чланарину и имају приступ на тржиште. Чланови могу бити брокери, који тргују у своје име а за туђ рачун, и дилери, који тргују у своје име и за свој рачун.

---

<sup>1</sup> О организацији ових берзи видети: Вилим Горенц, *Организација бурзе*, Финансијска пракса бр. 8-10, 1989.год., с. 426.

## 1.2. ЛОНДОНСКА БЕРЗА

Према обиму пословања Лондонска берза је трећа на свету иза Њујоршке берзе и јапанских берзи. Сматра се да су први берзански послови у Лондону обављени већ у другој половини 17. века, али су већи значај за привредни живот добили много касније.

Краљеви и владе су, кроз историју, налазили начине за финансирање све већих државних расхода. Прве хартије од вредности у берзанском промету биле су зато обвезнице државних зајмова. Први формални споразум је закључен 1694. г. када је британска влада позајмила 1.200.000 фунти ради финансирања рата против Француске, под условом да Bank of England добије право да емитује хартије у вредности тог капитала. Осам година касније, основана је Берза и на своју прву листу хартија од вредности уврстила је и државне обвезнице. Тако је Bank of England постала владин агент при добијању кредита, а Берза место за куповину и продају хартија од вредности.

Стварање организоване берзе покренуло је 150 мешетара 1773. г. оснивањем клуба у кафани "Johnatan". Те године су мешетари добили свој први дом и тада је по први пут уведен назив Stock Exchange.

Лондонска берза данас има око 2.500 чланова, од чега су 1.250 агенти (брокери или посредници) и 1.250 самостални шпекуланти (цобери или дилери).

Лондонска берза је раније била приватно предузеће са неограниченом одговорношћу, чије су акције доносиле знатне дивиденде. Након Другог светског рата, смањен је укупни номинални капитал Берзе, а новоиздате акције својим власницима дају само право гласа, али не доносе никакве дивиденде. Потребна средства Берза је прибављала издавањем обвезница. Тиме је Лондонска берза добила карактер јавне установе, иако је правно, као и раније, приватно предузеће. Године 1973. берзе Велике Британије и Ирске постале су једна организација под називом "Берза" (The Stock Exchange). Основна карактеристика ове Берзе је развијеност тржишта државних обвезница, које чине 30% номиналне вредности свих берзанских хартија и око 50% укупне тржишне вредности берзанских трансакција.

Назив Берзе је промењен у "The International Stock Exchange of the United Kingdom and the Republic of Ireland", и сада је то једна од берзи на којој се тргује са највише иностраних хартија од вредности. Поред International Stock Exchange организовано је и ванберзанско тржиште "Unlisted Securities Market" (USM) на коме се тргује хартијама од вредности мањих предузећа, чије хартије нису добиле одобрење да се њима тргује на International Stock Exchange.

## 1.3. ТОКИЈСКА БЕРЗА

Берза хартија од вредности појавила се у Јапану оснивањем Tokyo Stock Exchange Co 1878. г. Берза је основана као акционарско друштво са циљем да остварује добит. За време Другог светског рата основана је уместо Tokyo Stock Exchange, Japan Securities Exchange као полудржавна организација. Након рата Берза је распуштена и Јапан је остао без организованог тржишта хартија од вредности. Временом се појавило неслужбено тржиште (over-the-counter market). Године 1949. отворене су берзе у Токију, Осаки и Нагоји, а затим и берзе у још пет градова. Формирање јапанских берзи у великој мери је било по угледу на америчке берзе. Оне су организоване по систему

9

чланства са циљем успостављања тржишта хартија од вредности, које се руководи начелима правде и равноправности и води рачуна о јавном интересу као и заштити инвеститора.

По значају и обиму пословања Токијска берза је друга на свету, иза Њујоршке берзе. Чланови ове Берзе могу бити само корпорације, а не и појединци. Токијска берза дугорочних хартија од вредности са 1.136 чланова спада у ред млађих берзи овог типа. Она се налази под управом Министарства финансија. Поред обвезница општина, јавних корпорација, банака и индустријских предузећа, са којима се и раније трговало на овој Берзи, државне обвезнице почињу да се котирају тек 1966. године.<sup>2</sup>

## 2. ОРГАНИЗАЦИЈА БЕРЗЕ

Савремене светске берзе су међусобно сличне или идентичне на подручју организације, као и методологије рада и пословања. У овом делу указујемо на основе функционисања данашњих берзи, са посебним освртом на америчке берзе које имају примат у овој области пословања.<sup>3</sup>

### 2.1. ЧЛАНОВИ БЕРЗЕ

Послове на берзи могу обављати само чланови берзе. На већини светских берзи послове склапају берзански посредници, мешетари (енг. брокери, нем. маклери или сензали, франц. куртиери). На Лондонској берзи и на америчким берзама послове не склапају непосредно брокери, већ се они обрађају берзанским трговцима који се у Америци називају дилери или специјалисти, у Лондону jobber-и, и они међусобно тргују.

Питање чланства на берзи и обављање берзанских послова различито је решено по државама. У неким државама то могу бити само банке, али и оне не могу куповати односно продавати хартије од вредности директно него путем берзанских мешетара, као што је случај у Немачкој. У другим земљама то могу бити и предузећа са одређеним минималним капиталом (Швајцарска), али и поједини трговци (САД).

У већини земаља број чланова берзе је ограничен. Особе које су овлашћене да се баве берзанским пословима морају испуњавати строге услове прописане законима и правилима берзе. Свака берза прописује услове које је потребно испунити да би се добио статус члана берзе. Ти услови нису стандардизовани, али се могу навести они који се јављају готово код свих берзи, а то су:

- поседовање потврде о положеном стручном испиту, као гаранција одређене стручности,
- поседовање места на берзи, које се плаћа по одређеној цени и
- да лице, које жели да ради на тим пословима, није осуђивано.

<sup>2</sup> О функционисању неких других светских берзи видети: Маријан Ханжековић, *Вриједносни папири и њихово тржиште*, Институт за јавне финансије, Загреб, 1990. г.

<sup>3</sup> Детаљније о пословању Лондонске берзе видети: Colin Chapman, *How the Stock Markets Work*, Century Business, London, 1992.



Учесници на берзи су дакле, професионална лица која се баве трговином берзанских артикала. То могу бити само она лица која имају дозволу од стране надлежног берзанског органа. За берзанске посреднике је карактеристично да не морају имати у својини велики капитал, а упркос томе посредују у трансакцијама велике вредности.

Задатак посредника у САД обавља мрежа брокера и дилера. Они обављају сличан посао и зато се понекад користи израз брокер-дилер, а често само назив брокер означава делатност и једног и другог. Ипак, између њих постоји једна суштинска разлика. **Дилер** може куповати и продавати на свој ризик и за свој рачун, покривајући трошкове које има, а при том може остварити добит из разлике између продајне и куповне цене. С друге стране, задатак **брокера** је да олакша куповину и продају за друге дакле, само посредује, а не ради за свој рачун. За обављени посао добија одређену провизију.

Само мали број посредника ради искључиво као брокер, односно као дилер, већина обавља обе делатности. Једна фирма за посредовање обично је регистрована и за брокерске и за дилерске послове, али не сме да их обавља истовремено. То се регулише на тај начин што се у налогу за куповину или продају увек мора нагласити да ли фирма то чини у једном или другом својству.

Једна четвртина свих регистрованих посредника у САД има седиште у Њујорку, што указује на значај овог финансијског центра. Због тога је и ово излагање о берзанским посредницима учињено, пре свега, на примеру Њујоршке берзе. Најважнију улогу на овој берзи имају тзв. специјалисти. Сваки специјалиста је задужен за одређени тржишни материјал односно, конкретну хартију од вредности. Његов први задатак је да контролише да ли трговина берзанских хартија, за које је задужен, протиче у складу са прописима. Он купује и продаје по упутствима брокера, за њихов рачун, а по потреби купује и продаје и за свој рачун, ради одржавања стабилности тржишта.

Специјалисти, као чланови берзе, задужени су да обезбеде регуларност берзанских трансакција и да одржавају континуитет трговања са што мањим флукуацијама курса. У свом пословању не смеју нарушити принцип формирања цена на основу реалног односа понуде и тражње.

Сваки члан берзе има своје “седиште” на берзи и тргује са осталим члановима берзе. То практично значи да сви остали учесници, који нису чланови берзе, морају пословати искључиво посредством чланова. Број “седишта” на берзи је ограничен. Чланство се може купити и продати, а сваки такав трансфер мора бити одобрен од управе берзе. Цене “седишта” варирају у зависности од тренутног стања понуде и тражње.

Поред овлашћених посредника, на берзи се могу појавити и други посредници који не поседују овлашћење за трговину, новинари и посетиоци.

## 2.2. ОРГАНИ БЕРЗЕ

Начин избора и рада органа управљања и руковођења на берзи условљен је типом и организационим обликом конкретне берзе. И поред специфичности сваке берзе, обично се као њени органи јављају: скупштина, управни одбор и председник односно директор.

Управа Њујоршке берзе налази се у рукама Одбора гувернера који се састоји од 33 члана. Овај Одбор бира Председника који је по службеној дужности члан Одбора. Поред њега постоји 5 потпредседника и штаб службеника.

За обављање истраживачких, котацијских, послова одржавања и других послова њујоршка берза има 3 посебне организације:

- Берзанско обрачунско место (Stock Clearing Corporation). Преко те организације чланови Берзе обрачунавају дневни промет хартија од вредности.
- Њујоршка компанија за котацију (New York Quotation Company), чији је задатак да објављује курс хартија од вредности.
- Компанија за одржавање зграде (New York Stock Exchange Building Company).

Управни апарат Њујоршке берзе има 4 одељења:

- Одељење за котирање хартија од вредности (Department of Stock List), које претходно испитује молбе за дозволу трговања на Берзи пре него што молбу проследи Одбору гувернера.
- Одељење за чланове - предузећа (Department of Member - Firms), које врши контролу над пословањем и финансијском стабилношћу чланова Берзе.
- Одељење за везу са јавношћу (Department of Public Relations), првобитно је било намењено само за односе са међународном клијентелом али данас се његов рад односи на целокупну јавност.
- Одељење за поступак на паркету (Department of Flor Procedure), контролише поштовање правила за пословање на паркету. Овом Одељењу брокери подносе берзански извештај о свим трансакцијама тако да оно може у свако доба имати преглед извршених купопродаја.

Као и друге берзе, и Њујоршка берза има арбитражу (Board of Arbitration), која решава спорове настале између њених чланова и нечланова. Арбитражу бира Одбор гувернера, а њене одлуке имају снагу закона.

Пословање на Њујоршкој берзи обавља се под строгом контролом Комисије за хартије од вредности (Securities and Exchange Comission - SEC). Ова комисија има 5 чланова које на предлог Сената именује председник САД на период од 3 године. Задатак SEC-а је да онемогући трговање лажним и недовољно сигурним хартијама од вредности и да спречи претеране шпекулације на берзи. Све хартије од вредности морају бити регистроване код ове Комисије, било да се њима тргује на службеним берзама или на неслужбеном тржишту.

### **3. ТЕХНИКА БЕРЗАНСКОГ ПОСЛОВАЊА**

Берзанско пословање обухвата тржишне операције са хартијама од вредности, односно њихову организовану купопродају. Све берзе послују преко берзанских састанака. Они се, по правилу, одржавају сваког радног дана, и то обично око подне. Време до одржавања берзанског састанка оставља се члановима и берзанским посредницима да среде налоге за куповину и продају које су добили од својих комитената, а који стигну до одржавања састанка. Берзе се издржавају од чланарина и такси које се плаћају приликом закључења берзанских послова. Начин обављања послова, као и износ такси, прописани су правилима берзе.

Раније су посредници свакодневно одлазили на берзанске састанке са налозима својих комитената за куповину односно продају. У данашњим условима берзанске куповине и продаје могу се обављати електронским путем, без физичког присуства члана берзе на берзанском састанку.

За одржавање састанака, берзе данас имају посебне дворане које се деле на паркет и кулисе. Паркет се налази у средини дворане, ограђен је и обично има облик елипсе, а остали део дворане назива се кулиса. На паркету се обављају послови посредовања код закључења берзанских трансакција, преко овлашћених берзанских посредника. Кулиса је онај део дворане где се сакупљају берзански посредници и шпекуланти који не желе да плаћају провизију регуларним берзама. На предратним берзама у Београду и Загребу није прављена ова разлика. На многим светским берзама данас паркет, као и кулисе, опремљени су модерним информационим системима где се тренутно прате догађања на различитим берзама. Како се на берзама остварују трансакције великог обима, овакав начин пословања захтева велику брзину реаговања, као и праћење дневних и тренутних берзанских извештаја, с обзиром да се данас на промилима постижу велике зараде.

### 3.1. РЕГИСТРАЦИЈА И ПЛАСМАН БЕРЗАНСКИХ ХАРТИЈА

На берзи се може трговати само оним хартијама од вредности које су добиле сагласност за котацију од саме берзе. Ту сагласност даје посебна комисија која је званични орган сваке берзе, чији је најчешћи назив "Комисија за регистрацију емисије и дозволу пласмана на берзи хартија од вредности".

Прописима берзе регулише се питање котирања хартија од вредности. Разлог томе је што је пре доношења таквих прописа долазило до превара, тако да су продаване и акције непостојећих рудника или обвезнице презадужених предузећа. Посебно је на берзама пооштрена контрола над пословањем хартијама од вредности након берзанског слома 1929. године.

Основни задатак поменуте берзанске комисије је да изврши регистрацију емисије, а затим изда дозволу да се хартијама од вредности те емисије може трговати на берзи. Први задатак комисије, који се односи на регистрацију хартија од вредности, берзанска комисија врши само у оним земљама у којима не постоји државна комисија за регистрацију емисије.

Трговина са хартијама од вредности које имају дозволу за котацију на берзи, представља званични берзански промет који се увек реализује у оквиру берзанског пулта, односно на берзанском паркету. Трговина са хартијама од вредности које немају дозволу за котацију на берзи остварује се ван берзанског пулта, због чега се и назива ванберзанска или незванична трговина. Ова ванберзанска трговина, упркос називу, може се одвијати и у оквиру берзе, али и ван оквира службеног дела берзе, односно ван паркета. Зато ова трговина хартијама од вредности има назив трговина на кулиси берзе или у берзанским ходницима, холовима или у другим неслужбеним просторијама. Ова незванична тржишта за тзв. другокласне хартије од вредности су верни пратилац званичних берзи. Заједно са другим неберзанским тржиштима, као што су међубанкарско, слободно и црно, ово тржиште представља значајан део укупног промета на тржишту капитала.

Регистрација хартија од вредности и добијање дозволе за котацију тих хартија на берзи представља унапред утврђен поступак од стране сваке берзе. Тај поступак има за циљ

9

да инвеститоре заштити од лажних информација, заблуда и превара које може учинити емитент при емисији хартија од вредности.

Емисија и котација државних хартија од вредности могућа је и без добијања посебне дозволе од стране берзанске комисије.

У Америци је за време Roosevelt-ове администрације 1934. г. донесен Закон о оснивању Securities and Exchange Commission. Тим Законом прописани су услови које нека хартија од вредности мора испунити да би се њоме могло пословати на америчким берзама. Предузеће које жели да добије дозволу за пласман својих вредносних хартија мора да испуни следеће услове: а) мора дати кратак опис свог пословања, датум оснивања, чисту добит за последњих 10 година, навести берзе на којима је акција већ котирана, највиши и најнижи курс као и обим трговања акцијом; б) мора поднети последњи завршни рачун као и годишње извештаје о пословању за последњих 5 година; ц) мора дати списак распореда акција по власницима.

На берзама се, дакле, тргује хартијама од вредности само одређених компанија. Споменуте услове обично могу да испуне само успешне компаније, што обезбеђује одређени степен стабилности берзе.

### **3.2. КОТАЦИЈА И НАЧИН ФОРМИРАЊА КУРСА**

Након извршене регистрације и издате дозволе за продају, приступа се тзв. увођењу хартија од вредности на берзу. Увођење обухвата берзанске послове који се односе на утврђивање берзанског курса, реализацију купопродајних налога у оквиру службене берзе и објављивање берзанског курса.

*Утврђивање берзанског курса*, код првог пласмана хартија од вредности, врши се на бази процене понуде и тражње, док се утврђивање курса код друге и сваке даље продаје врши на бази ефективне понуде и тражње на берзи. Берзански курс хартија од вредности утиче и на ванберзански промет, где берзански курс служи као један од основних индикатора ванберзанске котације. Осим тога, берзански курс служи као основ ревалоризације имовине и обавеза привредних субјеката.

Формирање и начин исказивања курса на берзи може бити различит. Међутим, и поред тих разлика, потребно је истаћи да се у свим земљама под начином утврђивања курса подразумева примена унапред одређене методологије којом се дефинише и званично утврђује курс хартија од вредности које су предмет трговине на конкретној берзи.

Основ за утврђивање курса је берзанска евиденција, која садржи све налоге за куповину или продају пријављене од стране берзанских учесника односно, у којој је евидентирана укупна понуда и тражња за сваком појединачном хартијом од вредности. На бази овакве евиденције, одговорно лице на берзи утврђује котациони курс. Основни циљ који се жели постићи утврђивањем курса је да се том ценом оствари највећи могући промет одређене хартије од вредности.

*Реализација купопродајних налога*. Као што смо већ рекли, берзанске послове склапају искључиво чланови берзе преко својих посредника, који за своје комитенте нуде и траже хартије од вредности. Место где се тргује хартијама од вредности назива се trading post. На сваком trading post-у тргује се одређеним бројем ефеката. Изнад сваког од њих постоји електронски уређај (ticker) који показује количину и цену продатих хартија од вредности.

Након завршеног саветовања са својим посредницима, купац односно, продавац хартија од вредности, доноси одлуку о својој тржишној операцији на берзи. Након тога он даје налог свом берзанском посреднику, и ово се сматра почетком технолошког процеса трговине на берзи.

Када инвеститор да налог за куповину или продају хартија од вредности свом посреднику, са одређеним упутствима о цени и броју берзанских хартија са којима жели да тргује, овај га прослеђује лицу које ради на берзи односно, специјалисти за одређене хартије од вредности, које инвеститор жели да купи. Специјалиста држи хартије од вредности као комисионар или као заступник, а чест је случај да и он сам поседује један број ових хартија. Ако у одређеном тренутку нико други не нуди ове берзанске хартије на продају, он ће их продати из свог портфеља. Код специјалисте се сливају налози за продају одређених берзанских хартија, под одређеним условима, а на другој страни, код њега се сливају и сви дневни захтеви за куповином тих хартија преко овлашћених посредника. Специјалиста тада поступа као аукционар. Он покушава да одреди цену берзанских хартија која ће у том тренутку да изједначи понуду и тражњу. Овај процес одређивања цена назива се аукција. Како се током радног дана сливају различити налози тако специјалиста мења њихову цену.

Куповина и продаја хартија од вредности на берзи обавља се, дакле, по систему лицитације односно аукције. Највиша цена по којој је купац спреман да купи берзанске хартије у предности је над нижим ценама. У тренутку када цена постане прихватљива за оба учесника у трансакцији, склапа се посао, берзански посредници обављају купо-продају.

Посредници на берзи за своје услуге добијају провизију, која је тачно одређена ценовником и састоји се од фиксног и варијабилног дела. Фиксни део се зарачунава за сваку појединачну операцију, а варијабилни део се рачуна као проценат од вредности трансакције и опада са порастом те вредности.

*Објављивање берзанског курса.* Сви подаци о обављеној трансакцији улазе у електронски уређај изнад trading post-а и постају, захваљујући развијеним комуникацијама, доступни свим већим посредничким фирмама. Посебно се региструју постигнуте цене хартија од вредности на крају радног дана. Водећи дневни листови објављују извештаје о обиму трансакција и тренутним тржишним ценама најзначајнијих хартија од вредности.

Погледајмо како тече куповина акција на једноставном примеру. Пођимо од претпоставке да инвеститор "А" жели да купи 100 акција компаније "Б". Он позива свог локалног брокера и распитује се за цену те акције. Брокер путем компјутерског система сазнаје да је продајна цена за једну акцију 50\$, а куповна 50-1/4\$ и то саопштава инвеститору. Овај се одлучује за куповину и даје налог брокеру. Брокер код себе уписује налог и компјутерским системом преноси инструкцију и даје налог свом партнеру на берзи, да изврши куповину 100 акција компаније "Б". Овај одлази до једног од "седишта" где се тргује тим акцијама и пита специјалисту за цену. Специјалиста потврђује да је продајна цена 50\$ а куповна 50-1/4\$. Посредник на берзи се увек труди да постигне нешто бољу цену и каже: "Купујем 100 по 50-1/8\$". Специјалиста се рецимо сложи са ценом и гласно викне: "Продао 100 по 50-1/8\$". У том моменту они су се сложили око цене и трансакција је извршена. Обе стране свој вербални споразум парафирају у својој евиденцији, а агент телефоном јавља брокеру, који му је дао налог, да је овај извршен. У међувремену службеник берзе, који се налази поред сваког "седишта", посебном електронском справом уписује на специјалној картици назив акција, њихове серијске бројеве и постигнуту цену и затим картицу убацује у оптички



читач који је повезан у компјутерски систем. Уписани подаци се одмах шаљу на различите пунктове широм земље и света.

Пошто је трансакција обављена, инвеститор има одређени рок да плати акције које је купио. Инвеститор, такође, плаћа провизију свом брокеру, а овај плаћа остале учеснике у ланцу. Ово плаћање се обично не врши после сваке појединачне трансакције, већ сви учесници имају отворене рачуне који се поравнавају једном у две недеље. С обзиром да се врше електронским путем, трансакције су врло брзе, а како се нотирају на више страна, могућност грешака је врло мала.<sup>4</sup>

Приликом куповине и продаје клијенти могу користити посебне тзв. лимитиране налоге. У том случају, клијент одређује најнижу цену по којој је спреман продати, односно највишу цену по којој је спреман да купи одређену хартију од вредности. Налози мирују док је цена нижа односно, виша од оне коју је клијент одредио. Клијент може користити и стоп налоге у циљу заштите код наглог пада цена.

На берзи се тргује одређеном количином хартија од вредности која се назива лот. Најчешћа јединица којом се тргује на берзи је *round lot*, која садржи сто акција. Наравно, постоји могућност куповине мањег броја акција тзв. *odd lot*. У том случају се клијент обраћа посебним *odd-lot* посредницима специјализованим за ову врсту трансакција. Они преузимају налоге који гласе на неколико комада хартија од вредности од једног купца и чекају да се јаве и други купци те исте хартије, све док не саставе пуни лот и тек онда одлазе на берзу.<sup>5</sup>

### 3.3. БЕРЗАНСКИ ПОСЛОВИ

Берзански послови се могу склапати за готово (*cash*), промптно или термински. Код послова за готово обрачун и испорука обављају се истог дана, код промптних послова за неколико дана, а код терминских послова извршење се обавља за више дана или неколико месеци. Послови који се склапају за готово представљају најједноставније и најсигурније берзанске послове. С обзиром на то да се промптни послови извршавају за свега неколико дана након закључења, то и они спадају у ред сигурних послова, код којих нису могуће шпекулације.

Код *терминских или рочних послова* постоји одређени протек времена између дана закључења и дана извршења купопродаје. Рокови извршења ових послова крећу се обично између 15 и 30 дана по закључењу посла. Међутим, код неких послова тај период може бити и дужи два, три или чак шест месеци. У том периоду купац очекује да ће цена хартија од вредности порастати или барем остати иста. Купац дакле, шпекулира на пораст курса. За разлику од њега, продавац жели избећи губитке који би настали падом цена па шпекулира на пад курса.

У зависности од тога да ли се термински послови обављају уз очекивање пораста или пада курса, можемо говорити о две врсте купаца. Купци који очекују пораст курса називају се *hausse*-истима (енг. *bulls* - бикови), а они који очекују пад курса називају се *baisse*-истима (енг. *bears* - медведи).

<sup>4</sup> Нешто више о овоме видети: Стојан Дабић, *Хартије од вредности и њихово тржиште*, Научна књига, Београд, 1990., с. 55.

<sup>5</sup> Видети: Стојан Дабић, *Берзе и њихово пословање*, Правни живот бр. 1-2, 1992.

Бесиста продаје у оквиру тачно утврђеног термина или одређеног дана унутар тог термина неку хартију од вредности, коју још уопште не поседује, и нада се да ће кратко пре дана извршења набавити хартију по курсу који је испод курса закључнице, односно испод курса утврђеног у купопродајном уговору.

Хосиста купује хартију од вредности на одређени термин или на један будући дан унутар тог термина и нада се да ће ту хартију на дан извршења продати повољније неко што је купио по курсу уписаном у купопродајном уговору.<sup>6</sup>

Термински послови могу бити обични послови, који се закључују у одређеном року без икаквих услова, и условни термински послови, чији сам назив означава да се склапају уз одређени услов. Код тих послова, купац или продавац који спекулирају на пораст или пад курса, плаћају извесну премију да би задржали право да одустану од посла или да промене договор у датом моменту, у случају да се у одређеном року не остваре њихова очекивања.<sup>7</sup>

Експанзија терминских берзанских послова, за последњих двадесетак година, имала је за последицу и развој нових форми тих послова, пре свега разних облика фјучерса и опција<sup>8</sup>. Упоредо са тим, појавило се низ нових специјализованих терминских берзи.

Имајући у виду поменуте врсте берзанских послова, многи су склони констатацији да су берзе спекулативне организације. Међутим, учешће спекулација у берзанском пословању није доминантно, то није сврха овог пословања. Напротив, главно деловање берзе је стабилизација привредне активности. Оне регулишу тржишне токове и показују мање више реалну вредност хартија од вредности, односно предузећа која су те хартије емитовала.

9

### 3.4. СИСТЕМ ИНДЕКСА И ПОКАЗАТЕЉА БЕРЗАНСКОГ КУРСА

Објављивање курсева остварених на берзи има вишеструку важност. Курсеви служе не само за обавештавање потенцијалних купаца и продаваца о цени берзанских артикала са којима намеравају да тргују, њихово кретање је и показатељ стања и промена у привреди.

Као средство за исказивање тржишне цене хартија од вредности, и њихово кретање у дужем временском периоду, користе се берзански индекси и показатељи. Њихова основна функција је да квантитативно исказују, односно мере флукуације на берзи.

У америчком систему индекса најпознатији је *Dow-Jones Averages*, који се састоји од низа показатеља базираних на просечним вредностима акција одабраних компанија и исказују дневно одступање од базичног периода. Публикује се сваког дана у листу *Wall Street Journal*.

За *Dow-Jones* индекс се каже да је то најпознатији берзански и економски барометар. Раст овог индекса значи да је у току период просперитета, а његов пад најављује берзанске поремећаје и долазак рецесије. Овај индекс представља збир цена акција

<sup>6</sup> Видети детаљније о овоме: Живота Ристић, *Тржиште капитала*, Привредни преглед, Београд, 1990., с. 204.

<sup>7</sup> Видети: Brian J. Millard, *Stock and Shares*, John Wiley & Sons, London, 1993., с. 38-189.

<sup>8</sup> О опцијама и фјучесима видети: Colin Chapman, *How the Stock Markets Work*, Century Business, London, 1992., с. 81-84.

тридесет репрезентативних компанија у САД. Назив Dow-Jones потиче од имена двојице новинара Charles Henry Dow и Edward Jones, који су се бавили прикупљањем информација о пословању берзе.<sup>9</sup>

Други најпознатији систем индекса је онај који публикује компанија *Standard and Poor*. Данас је најпознатији S and P 500 Stock Composite, индекс који се састоји од пондерисане вредности акција 500 најпознатијих компанија, подељених у посебне групе и категорије, тако да представљају репрезентативни узорак целокупне националне привреде САД. Поред тога, Standard and Poor публикује и посебне индексе који се односе на акције банака, осигуравајућих компанија, инвестиционих фондова и других емитерата. Такође су познати и њихови индекси који се односе на тржиште обвезница, као и систем исказивања рејтинга хартија од вредности са фиксним приносом.<sup>10</sup>

Остали познати индекси су они које публикује Moodys Investor Services, Value Line Investment Survey, као и саме берзе.<sup>11</sup>

И у Великој Британији постоје слични системи индекса којима се исказује кретање тржишних цена акција. Најпознатији су они који се публикују у новинама Financial Times. Многи дневни листови садрже детаљне податке о ценама акција и пружају инвеститорима велики број информација о могућностима за пласирање капитала. Ни једне новине, међутим, не дају податке о свим акцијама које се продају на берзи.

Како је временом усавршаван систем индекса и показатеља, тако је и њихов значај бивао све већи. Такође су утврђивани и односи између кретања цена акција и основних економских показатеља, као што су кретање друштвеног производа, националног дохотка, запослености, профита и тако даље.

Анализама у дугим временским серијама, утврђен је висок степен зависности између кретања цена акција и многих макроекономских показатеља. Тако је амерички Национални биро за економска истраживања уврстио цену акција међу 12 водећих индикатора националне привреде, који служе америчкој администрацији као параметри за формулисање мера текуће економске политике.

<sup>9</sup> Један пример из Wall Street Journal-а видети: М. Лабус Д. Шошкић, *Основи политичке економије*, Номос, Београд, 1992., с. 409.

<sup>10</sup> Детаљније о рангирању хартија од вредности видети: James C. Van Horne, *Financial Market Rates and Flows*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1990., с. 328.

<sup>11</sup> Видети: Charles P. Jones, *Investments: Analysis and Management*, John Wiley & Sons Inc., New York, 1994., с. 170-175.



**Dr LJUBICA NIKOLIĆ**

## **ORGANISATION DES BOURSES CONTEMPORAINES**

### **Résumé**

Depuis leurs formes originelles jusqu'aujourd'hui, il est fondé dans le monde à peu près quatre cent bourses fonctionnant dans plus de trente pays. Trois quart de ce chiffre appartient aux pays économiquement développés de l'Europe, de l'Amérique et de l'Asie.

Ces bourses sont semblables entre elles vue leur organisation du travail et la gestion des affaires. Dans ce travail nous donnons une courte histoire de la création des bourses pilotes mondiales ainsi que les bases de leur fonctionnement, avec un aperçu particulier sur l'organisation des bourses américaines. Le but de chaque bourse est, par la concentration des offres et de demandes des articles boursiers à un endroit, d'évaluer leur valeur réelle au marché. Les affaires sont conclues dans des locaux de la bourse, durant le temps déterminé prévu pour l'activité tout en respectant les règles sévères de cette activité et sous le control vigoureux.

Comme on ne peut pas aujourd'hui imaginer les économies contemporaines du marché libre sans fonctionnement de bourses, les pays en voie de développement cherchent leur issu des problèmes économiques dans l'appui sur les expériences du développement des affaires boursières de ceux des pays qui dans ce domaine ont une longue tradition. Par cette voie c'était dirigée aussi l'économie yougoslave en créant la bourse de Belgrade en 1989. Malheureusement, en dépi de l'enthousiasme inicial et grands efforts des spécialistes du pays, lorsque furent engagés aussi de nombreux spécialistes mondiaux de ce domaine, dans le but du développement de ce genre d'activité, de résultats visibles n'étaient pas atteints. Nous avons toujours une activité boursière et un marché du capital sousdéveloppé, ainsi que le marché financier total. Le développement futur des affaires boursières est conditionné chez nous par de nombreux changements dans les domaines différents de la vie économique, qui ensemble auraient dû rendre possible la création d'une économie de marché moderne. Dans ce but les expériences mondiales sont précieuses, avec une accomodation inévitable aux spécificités de l'économie du pays.

---

\* **Maître de conférences à la Faculté de Droit à Niš.**



Мр МИРА СИМОВИЋ

**О ХИЈЕРАРХИЈИ  
ПРАВНИХ НОРМИ**

**10**

### Апстракт

У раду се разматра начело хијерархије правних норми као једно од најважнијих начела у изградњи правног поретка. Пажњу аутора нарочито привлаче проблеми везани за одређивање хијерархијског од-

носа између аката, тј. положаја једних аката према другима. Аутор указује на то да је задатак правне науке и праксе да раде на остваривању прецизније хијерархије правних аката.

Кључне речи: **хијерархија, правна снага, виша норма, нижа норма.**

**Мр МИРА СИМОВИЋ**

## **О ХИЈЕРАРХИЈИ ПРАВНИХ НОРМИ**

Начело хијерархије правних норми једно је од најважнијих начела у изградњи правног поретка. Да би право као средство регулисања друштвених односа било успешно, оно, пре свега, мора бити јединствено. Различити облици у којима право настаје и постоји, морају бити међусобно усклађени како би се ефикасно извршавали. Право се ствара и остварује, пре свега, по основном правилу, које само право прописује, да виши акт детаљно одређује форму, а само оквирно садржину нижег правног акта. Само јединствено и међусобно усклађено право, може постићи свој основни циљ и остварити своју функцију.

10

При расправљању о хијерархији правних норми, као претходно, поставља се питање терминологије, односно тачног значења појединих израза. Можда би нам ово питање при расправљању неких других израза и задавало више проблема, но при расправљању о хијерархији правних норми, тај израз означава нешто што у стварности постоји и што је чини се довољно јасно. Хијерархија правних норми изражава такав однос између правних норми у којима је једна норма виша од друге, због чега сасвим сигурно нижа норма не сме да противуречи вишој. "Начело хијерархије укратко значи да се неки систем, нека целина, која се састоји из више делова тако сређује да извесни делови стоје више од других, по извесној вредности, која је карактеристична за тај систем, тако да се делови деле на више и ниже и сходно томе распоређују по једној лествици вредности, где на врху стоји највиши а на дну - најнижи део."<sup>1</sup>

Ако смо констатовали да једна норма има својство да буде виша од друге, онда се оправдано можемо запитати откуд једној норми својство да буде виша од друге? Уколико би смо на ово питање одговорили да то својство правне норме потиче од ње саме тј. од њене садржине, видели би смо да ту тврдњу не можемо доказати. Ако бисмо на питање одакле својство једне правне норме да буде виша од друге, одговорили да

---

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Др Радомир Лукић, *Увод у право*, Београд, 1991. г. с. 114.

то произилази из чињенице у каквом је она акту садржана, тј. којим је актом она донета, онда бисмо то и могли доказати. Тако се може догодити да нека по садржини врло безначајна норма може бити хијерархијски много виша од неке друге, која има далеко важнију садржину само зато што се налази у једном вишем акту. Одмах треба рећи, да су такви случајеви изузетак, али постоје и показују откуд потиче снага правне норме.

Из напред реченог јасно се да приметити да, кад је реч о хијерархији правних норми, реч је у ствари, о хијерархији аката у којима су те норме садржане, о хијерархији правних аката. Ако хијерархија правних норми зависи од хијерархије правних аката, онда се сад оправдано морамо упитати од чега зависи хијерархија правних аката? Тачан одговор на ово питање сигурно би био да хијерархија правних аката зависи од њихове снаге, прецизније од њихове правне снаге. А правна снага није, нити може бити, ништа друго но израз политичких односа међу доносиоцима правних аката. Политичка моћ доносиоца правних аката је условљена основним друштвено-политичким односима, тачније друштвеним положајем доносилаца аката. "Правна снага правног акта може се одредити као мера утицаја коју један акт врши на друге (од њега ниже) акте, и као мера утицаја коју трпи од других (у односу на њега) виших аката. Споља посматрано, правни акт има онолику снагу колика је моћ органа који га доноси. Другим речима, како се то уобичајено каже, правна снага акта зависи од његове форме а не од његове садржине, мада је сасвим очигледно да форму условљава садржина - значај предмета регулисања."<sup>2</sup>

Сложеност нормативног правног поретка намеће као нужност успостављање хијерархије правних аката, односно норми. Постојање иоле већег броја правних аката у једном правном поретку, намеће питање постојања њиховог хијерархијског односа, јер сви ти акти међу собом не могу бити исте правне снаге. Можда бисмо теоријски то и могли замислити, али практично би то било неизводљиво. Наиме, немогуће је тако поделити границе појединих аката, да се њихова садржина никад не додирује, односно да немају исти предмет регулисања. Ово би даље значило такву поделу надлежности између субјеката који акте доносе, да свако од њих буде суверен у односу на други. Очигледно је да је тако нешто немогуће. Зато се сасвим оправдано као нужно намеће питање успостављања хијерархије норми, односно аката, чиме се у суштини успоставља сарадња између доносилаца аката.

Велики број правних аката, који нису и не могу бити исте правне снаге и између којих нужно морају постојати одређени међусобни односи, чине сложен правни поредак. Међусобни односи између ових аката само одсликавају одговарајуће друштвено-економске односе, али исто тако показују и слику одговарајуће поделе надлежности о сваком питању које право регулише. Из овога се сасвим јасно уочава да хијерархија правних норми има врло важну друштвено-економску и политичку функцију. Сигурно је да се не сме заборавити ни правна функција хијерархије правних норми. Правна функција је суштинска и без ње би мноштво аката који чине правни поредак били у нереду, па самим тим ни правни поредак не би могао функционисати.

Ниједан иоле развијен правни поредак не може постојати без хијерархије правних аката. Правна наука одавно изучава ову појаву. Но и поред дугогодишњег изучавања, њен пуни значај и смисао, схватила је, тек наука у овом веку. Најзначајније учење о овој појави изнео је аустријски правник А. Меркл, створивши своју тзв. теорију ступњева. Суштина ове теорије састоји се у утврђивању постојања у сваком правном поретку више ступњева норми, односно аката подједнаке правне снаге и у тесном повезивању тих ступњева међу собом. Међусобно повезивање тих ступњева норми врши се путем

<sup>2</sup> Радмила Васић, Коста Чавошки, *Увод у право II*, Издавачка кућа "Драганић" Београд, 1996. г., с. 147.

зависности аката нижих ступњева од аката виших ступњева. Ову теорију је у свој систем тзв. чисте теорије права унео Ханс Келзен. Но треба рећи да је Келзен ову теорију донекле изменио, и тако је она постала широко позната и утицајна. Без обзира на то што је теорија ступњева А. Меркла унета у Келзенов систем, она сама по себи има своју вредност, коју нико ко је спреман да прихвати истину не може оспорити. Она јасно и тачно износи нека веома важна обележја правног поретка. Вероватно због тога и не чуди чињеница да њену суштину прихватају и многи правни писци који иначе одбацују Келзенову теорију у целини, а нарочито њен претерани нормативизам.

Теорији ступњева припада главна заслуга у објашњавању динамичке природе правног поретка или прецизније речено процеса његовог стварања. Пре ове теорије била је присутна склоност да се природа правног поретка схвати статички, тј. да се правни поредак схвати као логичко извођење конкретних норми из једне најапстрактније, којом се одређује садржина права. Оваква схватања била су под великим утицајем школе природног права и уопште схватања да право има своју сопствену садржину, коју треба открити, а која се апстрактно налази у више или чак у само једном најапстрактнијем начелу. Насупрот овоме, теорија ступњева уводи динамичко схватање. Јединство права, по овом схватању, није предодређено његовом садржином, која нема и не може имати онолико јединство како је замишљала статичка теорија. Напротив, јединство права је одређено његовом формом, тј. начином његовог стварања, где најважнију улогу игра управо хијерархија аката.

Да сад покушамо да мало ближе објаснимо суштину статичког схватања. По овом схватању, све норме које чине правни поредак везане су садржински међу собом, па у један поредак спадају све норме које се могу логички извући из једног начела. Конкретније норме су за апстрактније везане једино тиме што разрађују њихова апстрактнија начела. Највиша норма овде своју снагу вуче из чињенице да садржи најопштије начело, да има највећу садржину, независно од тога на који је начин донета. Ако овоме додамо и то да је основна садржина права одређена објективно (природно право), онда је сасвим јасно да се ово схватање супротставља динамичком схватању, по коме у правни поредак не улазе норме које противурече тој објективној садржини, па чак и онда када их је донео исти орган који је донео и норме које ту садржину изражавају. На овај начин присталице природног права могу да између два позитивна законска прописа, један сматрају правом, а други неправом.

10

Насупрот статичком схватању, по динамичком схватању, које се заснива на хијерархији правних норми и аката, једна норма је правна зато што је донета једним актом који је предвиђен као акт стварања такве норме, у једној вишој правној норми, односно у вишем правном акту. Дакле, садржина ниже правне норме не произилази аутоматски, чистом логичком дедукцијом, из садржине више норме, као што би било по статичком схватању, већ њу самостално ствара творац норме, држећи се једино садржинских оквира које му поставља виша норма. Творац норме се неће кретати у границама садржинских оквира више норме, уколико му виша норма те оквири не поставља. То значи да у оквиру који поставља виша норма, нижа норма може да има различиту садржину, док по статичком схватању, уколико је логичка дедукција правилно изведена, идеално узето, она би могла да има само једну исту садржину. Јасно се из овога може уочити да јединство правног поретка, није статички дато, једном заувек, чим је дата основна норма. Напротив, јединство правног поретка је динамичко, оно се ствара сваким актом стварања нижих норми, тиме што се ове норме стварају у оквиру датом од виших норми.

Анализа права која открива динамички карактер тог нормативног система и функцију основне норме, исто тако открива даљу карактеристику права: право регулише своје

сопствено стварање утолико што једна правна норма одређује начин на који се ствара друга правна норма и, тако исто, у извесној мери, и садржину те норме. Пошто правна норма важи зато што је створена на начин који је одредила једна друга правна норма, ова последња је основ важења оне прве.<sup>3</sup> Однос између норме која регулише стварање друге норме и те друге норме може се једноставно представити као однос надређености и подређености. Тако је норма која одређује стварање неке друге норме виша, а норма која је створена према тим одредбама нижа. Правни поредак чија је персонификација држава, значи није систем норми које су координиране једна с другом, које стоје једна поред друге на истој висини, него је хијерархија различитих ступњева норми. Јединство свих тих норми произилази из чињенице да је стварање ниже норме одређено вишом, чије је стварање одређено једном још вишом нормом, и да се тај процес завршава једном највишом, основном нормом, која је највиши основ важења целокупног правног поретка, па самим тим и сачињава његово јединство.

Из напред реченог јасно произилази да је правни поредак, поредак који сам регулише своје сопствено стварање. На овај начин се обезбеђује неопходна гипкост ради прилагођавања потребама које су стално променљиве. За разлику од овог схватања, по статичком схватању, правни поредак је један исти увек објективно одређен.

Ако покушамо да ближе испитамо унутрашњу садржину хијерархије правних норми, онда се могу уочити два веома битна момента. Један моменат се састоји у одређивању ниже норме од стране више. На овај начин се обезбеђује стварање ниже норме, а самим тим и развијање правног поретка. Други моменат се састоји у одређивању начина утврђивања чињенице да је једна норма створена на начин како је то вишом нормом одређено, као и мера која се мора предузети да би се из правног поретка избацила нека само привидно правна норма. Чини нам се да смо оваквим констатовањем ова два момента остали доста недоречени. Да сад покушамо да их мало ближе објаснимо.

Рекли смо да се први моменат састоји у одређивању ниже норме од стране више. Да сад видимо како то виша норма одређује нижу. Најпре сваки виши акт, односно норма садржана у том акту одређује начин на који ће се донети нижа норма, нижим актом ако за то постоји оправдана потреба. Уколико виша норма не би одређивала начин на који ће се донети нижа норма, онда би се та друга норма стварала сасвим независно. Уколико би се пак норма стварала сасвим независно, онда она и не би припадала истом правном поретку, већ би она сама стварала један нови правни поредак. Из овога се сасвим јасно може уочити да се само највиша правна норма једног правног поретка слободно ствара, односно да само њено стварање није одређено никаквом вишом нормом. С друге стране, пак, само најнижа норма једног поретка не одређује ниже норме од себе. Све остале норме, на релацији између највише и најнижих истовремено су одређене вишом нормом али и одређују ниже норме.

Рекли смо да виша норма одређује "начин" стварања ниже норме, но остаје још да видимо шта под начином подразумевамо. Под начином подразумевамо најпре надлежност субјекта за стварање норме, затим поступак стварања норме и најзад, али не као најмање важно, садржину норме. Да сад кажемо нешто о свакоме од њих посебно.

Да би, једна нижа норма могла бити створена, мора да буде одређена бар надлежност субјекта за њено стварање. Значи, виша норма не мора да одреди ни поступак стварања ни садржину ниже норме, а да нижа норма буде створена само ако је одређен субјекат надлежан за њено стварање. Уколико се, пак, догоди да се не одреди субјекат,

<sup>3</sup> Ханс Келзен, "Општа теорија права и државе", Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд, 1998. г., с. 182.



онда норма уопште не може бити створена, јер нема субјекта који би је створио. Ако, пак, виша норма не одреди ни садржину ни поступак стварања ниже норме, онда то значи да је субјекат надлежан за стварање такве норме слободан у погледу поступка и садржине. Субјекат, дакле, може да изабере какав хоће поступак и садржину коју жели. Чињеница да виша норма не одређује поступак и садржину ниже норме не смета надлежном субјекту да норму створи. "Чак иако виша норма одређује једино орган, што значи лице које има да створи нижу норму, то опет значи да овлашћује тај орган да по својој сопственој вољи одреди поступак стварања ниже норме и садржину те норме, виша норма се 'примењује' у стварању ниже норме. Виша норма мора одредити барем орган који има да створи нижу норму. Јер норма чије стварање уопште није одређено неком другом нормом не може припадати никаквом правном поретку."<sup>4</sup>

Када је у питању поступак доношења норме, најчешће виша норма одређује и поступак по коме се има донети нижа норма. Некада је поступак одређен врло детаљно. На пример, устав детаљно одређује законодавни поступак, а закон још детаљније судски поступак. Но треба рећи и то да се поступак може оставити потпуно слободним, и онда ће субјекат који доноси нижу норму сам одредити поступак.

Што се садржине норме тиче, виша норма може врло прецизно одредити садржину ниже норме. У овом случају субјекат надлежан за стварање ниже норме, нема никакву слободу, већ дужност или право, да донесе норму тачно одређене садржине када се за то испуне одређени услови. Треба рећи и то да виша норма не мора увек да одреди садржину ниже норме. У том случају субјекат који доноси нижу норму има слободу да јој одреди садржину какву хоће. Но одмах треба рећи да један минимум садржине мора да буде увек одређен и то најчешће посредно. Заиста, само одређивање субјекта надлежног за доношење норме је у исто време и посредно одређивање оног минимума садржине норме који је увек неопходан. Значи тако дефинисан минимум садржине ниже норме увек је одређен вишом нормом. Но тако одређен минимум толико је безначајан да се једва осећа као ограничење субјекта који ствара нижу норму. Примера ради, слобода законодавца у погледу одређивања садржине закона у суштини је неограничена, јер устав по правилу само начелно уређује нека питања.

10

Ако виша норма одреди нижу норму на начин који смо изложили, онда је сасвим логично и јасно да правну норму може представљати само она норма која је у складу са одредбама више норме. Ако нека норма не одговара овим захтевима, онда она уствари и није правна норма тог поретка. Из овога јасно произилази да нижа норма добија своју обавезну снагу само од више норме која је одређује. Тако је одређивање ниже норме истовремено и постављање основа њеног важења. "Ако се, рецимо, пита, зашто је одређени акт принуде, нпр. чињеница да неки човек другом човеку одузима слободу тиме што га ставља у затвор - правни акт и зашто, према томе, припада одређеном правном поретку, произићи ће као одговор: зато што је тај акт био прописан одређеном индивидуалном нормом, судском пресудом. Ако се, даље, пита: зашто та индивидуална норма важи, и то као саставни део сасвим одређеног правног поретка, онда ће се добити као одговор: зато што је донета сходно кривичном законнику. Ако се пита за основ важења кривичног законика, наићи ће се на устав државе по чијим је одредбама тај кривични законик донео орган који је за то компетентан и у поступку који је уставом прописан."<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Ibid. с. 191.

<sup>5</sup> Ханс Келзен, "Чиста теорија права", Правни факултет Универзитета у Београду - Центар за публикације, Београд, 1998. г., с. 47.

Но начело да виша норма одреди нижу норму треба ефикасно спровести у живот. То сигурно значи да прво, треба обезбедити утврђивање чињенице у погледу сагласности ниже норме с одредбама више и, друго, такође обезбедити предузимање одговарајућих мера да се норме које нису у сагласности с вишим нормама, избаце из правног поретка. Треба одмах рећи да је испуњење ова два задатка веома тежак посао, и веома се ретко може потпуно и успешно обавити. Проблеми потичу пре свега од огромног броја норми, односно аката које би требало контролисати. Несумњиво је да би било најбоље кад би се све норме, односно акти стварно контролисали. Међутим, то је очито немогуће, па се зато морају наћи средства помоћу којих ће се изабрати норме које ће бити подвргнуте контроли. Најзад, кад је једном утврђена незаконитост треба предузети мере да се таква норма односно акт избаци из правног поретка.

У развијеном и сложеном правном поретку, хијерархија правних норми огледа се у постојању већег броја ступњева норми, односно прецизније аката. "Према томе, правни поредак није систем координисаних правних норми које такорећи стоје једна поред друге, него је ступњевит поредак различитих слојева правних норми. Његово је јединство створено повезаношћу која произилази отуда што се стварање и тиме важење једне норме своди на неку другу, чије је стварање, опет, одређено другом; један регрес који напослетку увире у основну норму, хипотетичко основно правило и тиме највиши основ важења који заснива јединство тога склопа стварања."<sup>6</sup>

Општи акти се обично распоређују у следеће ступњеве: устав, закони, подзаконски акти, обичаји, евентуално и судски прецеденти.

Устав данас постоји у већини земаља као највиши ступањ у хијерархији правних аката. Наравно он је негде више а негде мање јасно издвојен од обичних закона. Треба рећи, да се у најновије време уставу, бар формално, све више истичу својим значајем, па се, у складу с тим, обично доносе и све опширнији и подробнији уставу.

Закон представља свуда најважнији ступањ у хијерархији правних аката с обзиром да садржи највећи број веома важних норми, које регулишу врло важне правне односе и да га доноси највиши политички орган.

Међутим, веома брз развој друштва, који тражи доношење великог броја општих правних аката, који би, с обзиром на важност односа, требало да буду закони, донео је оно што се назива пропадање закона. Сложен законодавни поступак онемогућује доношење тако великог броја закона, па се зато, врло често, уместо закона доносе подзаконски акти. На овај начин долази до замењивања закона уредбама, као првим следећим ступњем у хијерархији правних аката. Врло често долази и до комбинације закона и уредаба, то су тзв. уредбе са законском снагом. На овај начин значај закона опада, а расте значај подзаконских аката.

За овим писаним актима долазе обичаји, као неписани акти. Обичаји су у погледу свог значаја једно време били чак и изнад закона, да им после значај скоро сасвим опадне, док се у последње време, изгледа, њихов значај поново повећава.

На крају, у неким земљама, после обичаја долазе судски прецеденти, као посебна врста појединачних аката, који играју улогу општих.

Овако наведени односи између појединих врста аката нису ни једноставни ни јасни. Ред којим смо их навели и који треба да представља њихов хијерархијски однос није увек такав, има и правних поредака који имају другачији ред од овог, нарочито у

<sup>6</sup> Ibid. с. 53.

погледу обичаја и судских прецедената. Но треба рећи да независно од разлике између разних правних поредака, унутар сваког правног поретка постоје тешкоће у одређивању хијерархијског односа између аката, тј. положаја једних аката према другима. Ове тешкоће није решила ни наука ни пракса, а оне сасвим сигурно отежавају правилну примену права. Због тога је задатак правне науке и праксе да раде на остваривању прецизније хијерархије правних аката. На тај начин би се обезбедило боље функционисање правног поретка, због чега је хијерархија и нужна.

**Mr MIRA SIMOVIĆ**

## **DE LA HIERARCHIE DES NORMES JURIDIQUES**

### **Résumé**

Afin que le droit, comme moyen de règlement des rapports sociaux, soit efficace et ait du succès, il doit avant tout être unitaire. Les formes différentes dans lesquelles le droit voit le monde et existe doivent être mutuellement accordées afin d'être réalisées efficacement.

La hiérarchie des normes juridiques exprime un tel rapport entre les normes juridiques dans lesquelles une norme est supérieure à l'autre, à cause de quoi, c'est tout à fait sûr, la norme inférieure ne doit pas contredire à la supérieure.

Indépendamment de la différence entre différents ordres juridiques, au sein de chaque ordre juridique il existe les difficultés dans la détermination des rapports hiérarchiques entre les actes, c'est à dire la position des uns par rapport aux autres.

C'est pourquoi le devoir de la science juridique et de la pratique est de travailler à la réalisation d'une plus précise hiérarchie des actes juridiques. De cette façon-là on aurait assuré un meilleur fonctionnement de chaque ordre juridique.

---

\* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.

Мр СРЂАН ГОЛУБОВИЋ

**НЕЗАВИСНОСТ ЦЕНТРАЛНЕ  
БАНКЕ У ЗЕМЉАМА ЦЕНТРАЛНЕ  
И ИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ**

**11**

### Апстракт

Успешна трансформација бивших централно-планских привреда у тржишне привреде подразумева свеобухватне институционалне промене, које морају бити симултано предузете. У каталогу ових промена високо је рангиран захтев у погледу успостављања независности (аутономије) централне банке. Почетком деведесетих година у овим земљама доносе се нови закони који централној банци, у већој или мањој мери, дају положај независне институције одго-

ворне за вођење монетарне политике. Анализа законодавства ових земаља показује да коефицијент правне независности централне банке не одступа битно од стандарда прихваћених у индустријски развијеним земљама. Мада је независност добро заштићена законом, централне банке ових земаља често нису у стању да се одупру захтевима за експанзивном монетарном политиком што нам говори да је коефицијент њихове стварне независности знатно мањи.

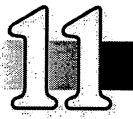
Кључне речи: **Централна банка, независност, Централна Европа, Источна Европа.**

**Мр СРЂАН ГОЛУБОВИЋ\***

## **НЕЗАВИСНОСТ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ У ЗЕМЉАМА ЦЕНТРАЛНЕ И ИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ**

### **Увод**

За развој система тржишне привреде у бившим социјалистичким земљама од одлучујуће важности је изградња нове институционалне инфраструктуре. Значај институција проистиче из чињенице да оне одређују структуру подстицаја у економском животу. Од институционалних решења зависи висина трансакционих трошкова, односно које ће активности бити профитабилне, које ће организационе и управљачке форме у друштву преовлађавати, на који начин се врши координација економске активности и сл.



У земљама у транзицији у току је процес институционалних промена, који обухвата напуштање старих институција, својствених централно-планском начину управљања привредом и, истовремено, развој нових тржишних институција. Важан елемент овог процеса је трансформација положаја централне банке, односно њено дефинисање као независне институције која доследно спроводи своју регулаторну улогу. Независност централне банке процењује се, између осталог, анализом законодавства којим је регулисан механизам одлучивања о најзначајнијим питањима која се тичу банке, као врховне монетарне власти, односно којима су регулисана најзначајнија питања монетарне и девизне политике. Након разматрања наслеђа претходног система, у раду се анализира положај централне банке у земљама у транзицији, степен формалне и стварне независности ове институције.

### **1. Монобанкарски систем**

Финансијски систем у бившим социјалистичким земљама био је у потпуности прилагођен потребама планског управљања привредом. Прикупљање оскудних финансијских ресурса и њихово алоцирање вршено је посредством монобанкарског система, који је

---

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

поред централне банке, као формално врховне монетарне власти, обухватао и неколико банака у државној својини, директно или индиректно зависних од централне банке<sup>1</sup>. Постојање тзв. специјализованих банака (инвестиционе, спољнотрговинске, банке специјализоване за прикупљање штедње) није мењало карактер финансијског система ових земаља, с обзиром да оне нису имале самосталност, при чему су средства намењена кредитима усмеравана не на основу тржишних принципа већ у складу са правилима која утврђују централно-банкарске власти. Доследно карактеру финансијског система ни централна банка није била аутономна у вршењу својих функција, већ је била у потпуности зависна од одлука владе. Њихов *raison d'être* је остваривање различитих елемената централног плана. У овако конципираном финансијском систему централна банка имала је претежно пасивну улогу. Средства неопходна за несметано одвијање трансакција обезбеђивана су плански, при чему је "банка банака" имала улогу "сервиса привреде". Креирање новца било је у функцији остваривања централним планом утврђених циљева. Основу за функционисање два јасно одвојена подручја (од којих је једно намењено сектору становништва, а друго сектору предузећа) је чинио "готовински план" за одређивање квалитета емисије новца и "кредитни план" којим су одређивани услови расподеле кредита у оквиру дефинисаних циљева монетарно-кредитне политике.<sup>2</sup>

Меко буџетско ограничење, иначе својствено социјалистичким привредама - независно од тога да ли је реч о социјализму централно-планског или самоуправног типа (бивша СФРЈ) - стално је стимулисало квазифискалне активности, услед чега су биланси предузећа и портфељи банака били оптерећени губицима. Банке су апсорбовале губитке предузећа на следеће начине: преузимањем ризика везаних за иностранство) и *ex post* (преузимањем дугова предузећа када она нису у стању да сервисирају своје спољне обавезе); одобравањем кредита предузећима по реално негативним каматним стопама. Како се у монобанкарском систему врши директна расподела кредита, банке нису биле у обавези да процењују кредитбилитет предузећа, нити су, пак, биле у позицији да одбију кредитни захтев или да предузеће присиле на банкротство.<sup>3</sup> Банке су биле, пре свега, сервис државе који је примао депозите становништва по ниским каматним стопама. Истовремено, привилегованим предузећима одобрани су кредити по реално негативним каматним стопама. Све губитке настале у финансијском сектору финансирала је централна банка.

<sup>1</sup> Изузетак од оваквог приступа у дефинисању финансијског система представља бивша СФРЈ, која је имала развијен дворедни банкарски систем који је обухватао централну банку (одговорну за вођење монетарне политике) и пословне банке (основне као универзалне банке и удружене банке, које су представљале асоцијације основних банака), регионално јасно омеђене и под контролом државе. То, међутим, не значи да је финансијски систем Југославије био ефикаснији. Несамосталност централне банке у вршењу својих функција, одсуство тржишног окружења директно је утицало на појаву одобравања кредита без икаквих ограничења и по негативној каматној стопи, што је за последицу имало стално присутну нестабилност општег нивоа цена.

<sup>2</sup> Види опширније: V. Sundararajan, *Central Banking Reforms in Formerly Planned Economies, Finance and Development*, Vol. 29, No 1, march 1992, стр. 11.

<sup>3</sup> Државне гаранције за кредите привилегованим предузећима или индустријским грађанама су у потпуности елиминисале укључивање ризика приликом одобравања банкарских кредита. Види: Р. Ковачевић, *Светска искуства у санацији и реорганизацији банака*, Југословенско банкарство, Београд, бр. 9-10/1995, стр. 10.



## 2. Институционални оквири независности централне банке

Модерна теорија монетарне политике залаже се за концепт независне централне банке полазећи од чињенице да, у одсуству кредибилитета, влада фаворизује инфлаторну политику. D. Masciandaru<sup>4</sup> склоност ка инфлацији објашњава идеолошким разлозима или вођењем монетарне политике на начин који ће обезбедити победу на изборима. Наиме, влада настоји да мерама економске политике, пре избора, стимулише раст запослености и output-а по цену инфлације да би касније редуковала инфлацију по цену рецесије. Влада се може, такође, определити за неочекивану инфлацију у случају када дисторзије на реалном и финансијском тржишту утичу да стопа привредног раста одступа од жељене. И, најзад, уколико влада има комплетну контролу над фискалном и монетарном политиком постоји реална опасност да структурни буџетски дефицит буде финансиран попустљивом монетарном политиком. Склоност ка инфлацији може бити сузбијена делегирањем овлашћења за вођење монетарне политике независној централној банци. Аутономија централне банке је једини начин да се понуда новца учини егзогеном, чиме се повећава кредибилитет врховне монетарне власти и, истовремено, сузбијају инфлаторна очекивања привредних субјеката.<sup>5</sup>

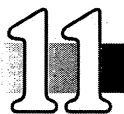
Независност централне банке може да се манифестује у виду независности у одређивању циљева и као независност у погледу инструмената монетарне политике. Централна банка са непрецизно дефинисаним или недефинисаним циљевима је потпуно самостална и има могућност да води монетарну политику независно од осталих сегмената економске политике. С друге стране, централна банка са јасно дефинисаном улогом (јасно дефинисан циљ нпр. стабилност општег нивоа цена) има инструменталну независност, под условом да има пуну слободу у селекцији и употреби инструмената за остваривање утврђених циљева. Савремена теорија монетарне политике опредељује се у корист концепта независности у избору и примени инструмената, при чему је пожељно да се законом о централној банци јасно дефинише циљ који ће имати приоритет и за чије ће остваривање централна банка бити одговорна<sup>6</sup>.

Успешна трансформација бивших централно-планских привреда у тржишне привреде подразумева свеобухватне институционалне промене, које морају бити симултано предузете. У каталогу ових промена високо је рангиран захтев у погледу успостављања независности (аутономије) централне банке. На самом почетку транзитивног периода у земљама Централне и Источне Европе долази до напуштања система монобанке и његове замене дворедним банкарским системом (где је јасно разграничена улога централне банке која врши своје традиционалне функције и улога комерцијализованих државних и новосформираних приватних банка, које преузимају одговорност за послове са становништвом и привредним субјектима, односно функцију штедње и одобравања кредита). Упоредо са тим, почетком деведесетих година у овим земљама доносе се нови закони који централној банци, у већој или мањој мери, дају положај независне институције одговорне за вођење монетарне политике. Поред аргумената које смо већ навели, на усвајање концепта независне централне банке утицало је и опште опреде-

<sup>4</sup> D. Masciandaru, *Designing a Central Bank: Social Player, Monetary Agent, or Banking Agent*, Open Economies Review, No 6, 1995, str. 401.

<sup>5</sup> Види опширније: H. Wagner, *Central Banking in Transition Countries*, IMF Working Paper, August 1998, p. 6.

<sup>6</sup> S. Fischer, *Modern Central Banking*, in F. Capie et al., *The Future Central Banking*, Cambridge University Press, 1995, c. 293



љење у правцу креирања “западног модела” институционалних оквира. Споразум из Мастрихта обавезује све земље чланице да национално законодавство у погледу независности централне банке учине компатибилним најкасније до дана успостављања Европског система централних банака (ЕСЦБ). С обзиром на одређење земаља у транзицији да се прикључе Европској унији разумљиво је што је у новоусвојеним законима прихваћен концепт независне централне банке. Затим, концепт независности био је условљен и прихватањем драстичних стабилизационих програма, који су по својим циљевима били антиинфлациони. На тај начин, би био обезбеђен висок степен кредибилитета централне банке да успешно води непопустљиву монетарну политику и очува резултате стабилизационе политике. Стварање “бонуса кредибилитета” има, дакле, две димензије. Прво, кредибилитет монетарне политике и његова перцепција од стране привредних субјеката има изузетну важност за политичку и економску стабилност земље. Друго, независна позиција централне банке јача поверење иностраних инвеститора у домаћу привреду.

Већина земаља у транзицији определила се за усвајање закона који у себи садрже експлицитне одредбе о независном статусу централне банке. Одредба по којој је централна банка у обављању својих функција независна од инструкција владе и осталих државних тела присутна је у законодавству Чешке, Пољске и Бугарске.<sup>7</sup> У Мађарској прихваћена је формулацију по којој централна банка води монетарну политику на аутономан начин у оквиру закона. Слична одредба садржана је и законодавству Словачке, Словеније, Македоније и Хрватске<sup>8</sup>. Међутим, за процену степена независности много су значајнији критеријуми који полазе од приоритета циљева у монетарној политици коју води и за коју је одговорна централна банка. У економској теорији широко је прихваћено становиште да је битна одредница независности централне банке давање приоритета стабилности цена у скали циљева монетарне политике.<sup>9</sup> Већ поменути Мастрихт споразум и Статут Европске централне банке (ЕЦБ) као примарни циљ банке наводе успостављање стабилности цена<sup>10</sup>. Једино у законодавству Пољске, Босне и Херцеговине и Бугарске<sup>11</sup> стабилност цена је примарни циљ централне банке. У Чешкој и Словачкој усвојена је формулација по којој је примарни циљ активности централне банке осигурање стабилности националне валуте што је готово истовесно са тачком 3 (део I) немачког закона по којој “ немачка Бундесбанка регулише количину новца у оптицају и понуду кредита у привреди, користећи монетарна овлашћења дата јој овом Законом, са циљем осигурања валуте..”<sup>12</sup> У законодавству Словеније Хрватске и Маке-

<sup>7</sup> Види: чл. 9. ст. 1. *Закон о НБ Чешке*, Act No 6/1993 of Czech National Council чл. 47. *Закон о НБ Бугарске*, State Gazette, 46/97, amended, State Gazette, 49 and 153/98, 20 and 54/99.

<sup>8</sup> чл. 6. *Закон о НБ Мађарске*, Act No LX/1991 on the National Bank Hungary, чл. 2. *Закон о НБ Словеније*, Ур. лист, 1/91, чл. 12. ст.2. *Закон о НБ Словачке*, Act No 566/1992, чл. 3. *Закон за Народна банка на Република Македонија* “Службени весник на РМ бр. 29/96 и 30/97, чл. 2. *Закон о Народној банци Хрватске*, “Народне новине” бр. 7/95, пречишћен текст.

<sup>9</sup> Види опширније: А. Lamfalussy, *Central Banking in Transition*, Per Jacobsson Lecture, London, 1994, с. 4.

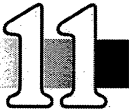
<sup>10</sup> О садржини Споразума и Статута ЕЦБ види: О. Radzyner and S. Riesinger, *Central Bank Independence in Transition: Legislation and Reality in Central and Eastern Europe, Focus on Transition*, Oesterreichische Nationalbank, No I/1997, с. 57.

<sup>11</sup> На усвајање оваквог решења у Закону о НБП свакако је утицало одређење Пољске да своје законодавство усагласи са стандардима ЕУ. С друге стране, прихватање стабилности цена као примарног циља централне банке у Бугарској и БиХ условљено је усвајањем правила валутног одбора.

<sup>12</sup> Наведено према: Ђ. Ђукић, *Централно-банкарски систем у државама федералног типа*, с. 52.

доније усвојено је решење по коме је централна банка одговорна за остваривање два примарна циља - стабилност валуте и општу ликвидност плаћања у земљи и иностранству. Напред изнете формулације “осигурање валуте”, “очување унутрашње и екстерне вредности националне валуте” у основи се могу третирати као давање приоритета стабилности цена. У том смислу, илустративан је пример централне банке Словеније која одредбу закона о “стабилности домаће валуте и опште ликвидности плаћања” интерпретира на начин да стабилност цена представља ултимативни циљ монетарне политике.<sup>13</sup>

За независност централне банке веома је важно да има ексклузивну одговорност за вршење својих функција, јер у супротном не би постојале гаранције за остваривање стабилности цена као примарног циља. Ове функције обухватају: утицај на ниво каматне стопе контролом монетарне базе, управљање платним системом, управљање девизним курсом и девизним резервама, обезбеђење стабилности финансијског система, и функција lender of last resort.<sup>14</sup> Формална одговорност за дизајнирање монетарне политике ексклузивно је дата централној банци у земљама чије законодавство анализирамо. Такође, већина земаља даје овлашћење централној банци за вођење девизне политике, мада је за доношење одлуке о измени утврђеног девизног курса неопходна координација са владом. Интересантно је решење које је садржано у Закону о НБ Мађарске по коме централна банка има право да мења девизни курс у односу на корпу иностраних валута у распону од +/-5% у односу на ниво који је формирала влада. Свака корекција изнад тога представља искључиву надлежност владе. Нови закон о НБ Пољске предвиђа да банка води девизну политику, која је концепирана од стране владе уз претходне консултације са монетарним саветом као органом НБП.<sup>15</sup> Улога централне банке у вођењу монетарне политике битно је другачије концепирана у законодавству Бугарске и Босне и Херцеговине. Наиме, централна банка је овлашћена за вођење монетарне политике, али уз стриктно придржавање принципа “валутног одбора” (currency board). Функције централне банке су знатно уже и своде се на дефинисање, усвајање и вођење монетарне политике путем издавања домаће валуте уз пуно покриће у конвертибилним девизним средствима и по фиксном девизном курсу.<sup>16</sup> Централна банка је обавезна да осигура да укупан износ њене новчане пасиве никада не пређе еквивалентан износ (изражен у домаћој валути) њених девизних резерви. Самосталност централне банке у вођењу монетарне политике не треба схватити у апсолутном смислу. Због тога је у већини земаља прихваћено решење по коме централна банка својим деловањем подржава економску политику владе<sup>17</sup>. Обавеза пружања подршке економској политици владе ограничено је тако што се у законодавству ових земаља изричито наводи да та подршка не сме угрозити остваривање примарног циља тј. стабилност цена.



<sup>13</sup> Bank of Slovenia, *Годишњи извештај*, 1995.

<sup>14</sup> S. Fischer, op. cit. str. 263-265.

<sup>15</sup> Види чл. 13 Закона о НБ Мађарске и чл. 24. Закона о НБ Пољске.

<sup>16</sup> Тако чл.2. т.3. Закона о НБ БиХ и чл. 29. Закона о НБ Бугарске уводи конвертибилност домаће валуте чији је паритет утврђену према ДМ у односу 1 према 1.

<sup>17</sup> Координација централне банке и владе у Закону о НБ Пољске регулисана је на начин који не доводи у питање њену независност. Тако чл. 21. предвиђа да у остваривању својих одговорности НБ Пољске ће сарађивати са одговарајућим министарствима у развоју и примени националне економске политике, настојећи да осигура одговарајуће перформансе утврђеног правца монетарне политике. НБП има обавезу да: упозна владу са правцима монетарне политике, стању банкарског система и сл; сарађује са министарством финансија у сачињавању финансијског плана; даје мишљење о нацртима закона који су од значаја за вођење економске политике; даје мишљење о нацртима закона којима се регулише активност банака, као и о нацртима других закона који су од значаја за функционисање банкарског система.

Кључни индикатор за процену степена формалне независности централне банке представља уношење у законодавство одредбе о забрани фискалног финансирања. Ово нарочито у бившим социјалистичким земљама код којих је квазифискална активност централне банке била уобичајена појава. Забрана директног кредитирања државе јача позицију централне банке, као институције искључиво одговорне за контролу монетарне базе и истовремено искључује или бар знатно сужава могућност утицаја владе на раст монетарних агрегата. Забрана фискалног финансирања, свакако, представља најслабију тачку независног положаја централне банке. У настојању да се очува формална независност од извршне власти у овим земљама утврђени су лимити у погледу обима позајмица држави. Тако, законодавство Мађарске, Словеније, Хрватске, Македоније предвиђа могућност одобравања краткорочних кредита држави ради премошћавања временске неусклађености између притицања буџетских прихода и извршавања буџетских расхода. Висина одобрених кредита ограничена је у распону од 2-5% буџетских прихода претходне или текуће фискалне године.<sup>18</sup> Забрана фискалног финансирања присутна је једино у законодавству Пољске ( по чл. 48 Закона одобравање директних кредита држави није дозвољено, али постоји могућност да банка у склопу операција на отвореном тржишту купује и продаје државе обвезнице), Бугарске и БиХ (концепт *currency board* искључује могућност одобравања кредита ради покрића буџетског дефицита). Директно финансирање буџетског дефицита само је један, и то не најзначајнији, вид квазифискалне активности централне банке. Сужен простор за примену механизма својствених тржишној привреди у алокацији кредита за ликвидност (операције на отвореном тржишту, поступак лицитације и други аукциони механизми), присиљава централну банку да фактички субвенционира банке и предузећа у државној својини. Овакав вид квазифискалног финансирања, условљен неразвијеношћу финансијског сектора, релативизује независну позицију централне банке.

Поред већ поменутих индикатора, степен независности централне банке зависи и од начина на који је регулисано управљање централном банком (улога, статус и структура органа управљања централне банке, поступак избора и трајање мандата гувернера, клаузула инкомпатибилности и сл.). Анализом законодавства земаља у транзицији можемо закључити да су усвојена решења у сагласности са међународним стандардима. То исто важи и за формалну одговорност централне банке према парламенту. Једина обавеза према парламенту је подношење годишњих извештаја (у Хрватској, Македонији и Бугарској предвиђена је и обавеза подношења полугодишњих извештаја<sup>19</sup>) у којима се даје детаљан преглед инфлације и оправдавају одлуке које су предузете ради остваривања утврђених циљева.

### 3. Независност централних банака у пракси

Правни статус централне банке је само један од елемената који детерминише степен независности банке. Међутим поред формалних оквира, независност централне банке зависи и од других неинституционализованих фактора (неформални аранжмани између банака и осталих владиних институција, структура банкарског сектора, знање, самопоуздање и спремност челних људи банке да се супротставе притисцима политичких структура) који одређују степен њене стварне независности. Ниво стварне независности може да се разликује од формалне. Услед дејства бројних фактора актуелна

<sup>18</sup> E. Hochreiter, *Central Banking in Economies in Transition*, in R. Buredekin, et. al., *Establishing Monetary Stability in Emerging Market Economies*, Westview Press, 1995, c. 165.

<sup>19</sup> Види чл. 8. Закона о НБ Хрватске, чл. 8. Закона о НБ Македоније, и чл. 50. Закона о НБ Бугарске.

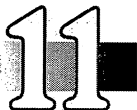
независност централне банке може бити знатно мања од степена формалне независности, мада је могуће, када су у питању развијене тржишне привреде (Италија, Француска) да централна банка има већу стварну независност у поређењу са степеном њене правне независности.

У процесу спровођења економске политике постоје стално присутни конфликти између централне банке (чији је приоритетни циљ стабилност цена) и владе са знатно широм лепезом циљева - међу којима су најзначајнији виша стопа привредног раста и већи степен запослености фактора производње. Конфликт циљева стабилизационе политике добија на интензитету у периоду рецесије када влада "настоји да привреду извуче из летаргичног стања и стимулише инвестициону активност, запосленост и раст производње, а централна банка настоји да одржи што нижу стопу инфлације".<sup>20</sup> Све земље у транзицији суочиле су се са трансформационом рецесијом (пад друштвеног производа, повећање стопе незапослености) тако да је конфликт између владе и централне банке још израженији. Нпр. влада у циљу подстицања привредног раста захтева ниже каматне стопе и девалвацију, док је централна банка усмерена на очување стабилности цена.

Коефицијент правне независности централне банке у земљама у транзицији је већи у поређењу са индустријски развијеним земљама. Међутим, и поред високог степена формалне независности, централне банке земаља у транзицији често нису у стању да се супротставе притисцима извршне власти и у пракси воде попустљиву монетарну политику. Просечна годишња стопа инфлације у земљама Централне и Источне Европе знатно је виша у поређењу са стопом инфлације у индустријским развијеним земљама, што нам говори да је степен стварне независности централних банака ових земаља мањи.

Табела бр. 1. Рангирање индустријски развијених земаља и земаља у транзицији према коефицијенту правне независности централне банке

ЗЕМЉА	LVAW	Стопа инфлације 1998. година	ЗЕМЉА	LVAW	Стопа инфлације 1998. година
Чешка	0.69	10.6	Словачка	0.53	6.7
Немачка	0.69	0.9	Бугарска	0.50	22.2
Швајцарска	0.64	0.1	Пољска	0.46	11.7
Аустрија	0.61	0.9	Хрватска	0.44	5.9
Словенија	0.60	7.9	Италија	0.25	1.8



Напомена: LVAW (Legal Variable Average Weighted) коефицијент правне независности за индустријски развијене земље у периоду 1980-89, код израчунавања коефицијента правне независности у земљама у транзицији узети у обзир закони донети у периоду 1990-96.

Извор: А. Cukierman et al op.cit. стр. 11; Извор података о годишњим стопама инфлације *Economic Survey of Europe*, UN New York and Genève, 1999.

<sup>20</sup> Ђ. Ђокић, op. cit. с. 56.

Наравно, треба имати у виду да је независност централне банке само један од услова за обезбеђење стабилности цена. Привреде у транзицији карактеришу дубоки структурни поремећаји који након либерализације постају транспарентни. Либерализација, комбинована са девалвацијом, праћена је високом инфлацијом и драматичним падом друштвеног производа. У таквим условима, не може се очекивати да је за стабилност цена довољно институционализовање независности централне банке. А. Сукерман наводи да веза између независности централне банке и инфлације није видљива у почетним фазама транзиције. Након таласа либерализације и инфлације која је са њом повезана, дакле у одмаклој фази, постоји негативна релација између независности централне банке и инфлације.<sup>21</sup> То, свакако, не значи да треба да постоји апсолутна независност централне банке. У условима транзиције централна банка узима учешће у успостављању и развоју дворедног банкарског система, финансијском реструктурирању банака, развоју финансијског тржишта и бројним другим активностима које се не могу сврстати у традиционалне активности централне банке. Због тога је за успешну трансформацију централно-планских привреда неопходна координација са владом. Поред тога, пожељно је да концепт независне централне банке буде подржан институцијама, које треба да помире интересе различитих социјалних група. Тиме би се смањили трошкови транзиције и истовремено ојачала подршка стабилизационој политици.

## ЗАКЉУЧАК

Земље Централне и Источне Европе учиниле су значајан напор у правцу институционализовања независности централне банке. Анализа законодавства ових земаља показује да коефицијент правне независности не одступа битно од стандарда прихваћених у индустријски развијеним земљама. Најслабија тачка у постојећем законодавству тиче се одобравања директних кредита држави ради покрића буџетског дефицита које је у већини земаља допуштено, мада у ограниченом обиму. Због неразвијености финансијског тржишта централне банке у овим земљама могу бити присиљене да одступе од законом утврђених лимита и да фактички субвенционирају банке и предузећа у државној својини. У погледу осталих индикатора формалне независности (стабилност цена као примарни циљ централне банке, самосталност у вођењу монетарне политике, начин управљања банком), можемо закључити да прихваћена решења не одступају битно од стандарда прихваћених у ЕУ. Када је у питању степен стварне независности централних банака у земљама у транзицији слика је нешто другачија. Мада је независност добро заштићена законом, централне банке нису имуне на политичке утицаје. У условима јаким микроекономских дисторзија домети монетарне политике су знатно ограничени. Негативна релација између просечне стопе инфлације и независног статуса централне банке, карактеристична за индустријски развијене земље, не важи за почетну фазу транзитивног процеса. О овој релацији може се говорити тек након таласа нестабилности изазваног либерализацијом, дерегулацијом, почетним системским променама и процесом приватизације.

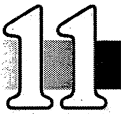
<sup>21</sup> A. Cukierman et al., *Central Bank Reform, Liberalization and Inflation in Transition Economies - An International Perspective*, 1998, c. 31.

**Mr SRĐAN GOLUBOVIĆ\***

## **INDEPENDANCE DE LA BANQUE CENTRALE DANS DES PAYS DE L'EUROPE CENTRALE ET DE L'EST**

### **Résumé**

Une transformation réussie des anciennes de la planification centralisée en économies du libre marché sousentend des changements institutionnels universels qui doivent être entrepris simultanément. Dans le catalogue de ces changements, l'exigence en vue de l'insaturation de l'indépendance (autonomie) de la banque centrale est placée très haut. Au début des années quatre-vingt dix, dans ces pays, on adopte des lois nouvelles qui, plus ou moins, assurent à la banque centrale la position d'une institution indépendante, responsable pour la gestion de la politique monétaire. L'analyse de la législation de ces pays démontre que le coefficient de l'indépendance juridique de la banque centrale substantiellement ne diverge pas des standards adoptés dans des pays des industries développées. Bien que cette indépendance soit bien protégée par la loi, les banques centrales de ces pays ne sont pas souvent en état de résister aux exigences pour une politique monétaire expansive, ce qui nous parle que le coefficient de leur indépendance réelle est considérablement moindre.



---

\* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.





Мр САША КНЕЖЕВИЋ

**ВЕЗАНОСТ ПРЕСУДЕ  
ОПТУЖБОМ**

**12**

### Апстракт

Неоспорно је да предмет оптужбе детерминише предмет пресуде, тј. мора постојати идентитет између оптужбе и пресуде. То значи да се пресуда може односити само на лица означена у оптужници - *субјективни идентитет*, и да мора постојати подударност између чињеничног стања садржаног у оптужници и пресуди - *објективни идентитет*.

Објективни идентитет између оптужбе и пресуде поседује формалну и материјалну компоненту. Формални идентитет претпоставља подударност правне оцене дела у оптужном акту и пресуди. Материјални идентитет, пак, представља подударност чињеничног описа дела садржаног у оптужном акту и у пресуди.

Кључне речи: **пресуда, оптужба, идентитет пресуде и оптужбе, поступак према малолетницима.**

Мр САША КНЕЖЕВИЋ\*

## ВЕЗАНОСТ ПРЕСУДЕ ОПТУЖБОМ

### У В О Д

Заштита права окривљеног у непосредној вези је са релацијом која постоји између оптужбе и пресуде. Законски оквир односа између оптужбе и пресуде, а поготово његове практичне импликације, директно утичу на остваривање права окривљеног, али и на оживотворење принципа истине. Дакле, приликом регулисања односа између оптужбе и пресуде законодавац је у деликатној позицији, која је резултат процесне дијалектике савременог кривичног поступка. Стога се поставља питање како уредити односе између оптужбе и пресуде, а да се притом омогући постизање циљева који су, у одређеној мери, противречни. Наиме, како ускладити принцип акузаторности са остваривањем принципа истине, као врхунског начела кривичног поступка, а притом створити услове за оптималну заштиту права окривљеног. Апсолутизација принципа акузаторности може умањити простор за креативну улогу суда, а тиме смањити шансе за постизање истине у кривичном поступку. Притом би доминација тужиоца у располагању предметом оптужбе, а тиме и пресуде, била од користи окривљеном, мада то, наизглед, делује парадоксално. С друге стране, свака релативизација принципа акузаторности може помоћи остваривању истине, али и ствара бојазан за остваривање људских права окривљеног. Стога се пред законодавцем поставља проблем да у троуглу између принципа акузаторности, начела истине и остваривања права окривљеног постави баланс који ће уравнотежити остваривање ових, у многоме, противречних циљева.

12

### 1. ИДЕНТИТЕТ ИЗМЕЂУ ОПТУЖБЕ И ПРЕСУДЕ

Општеприхваћена чињеница је да у савременом кривичном поступку овлашћени тужилац својим оптужним актом одређује предмет кривичноправног спора. Притом кривични суд може оптужбу прихватити или одбити. Уколико би суд при утврђивању чињеничног стања изменио или проширио наводе оптужбе, радило би се о суђењу без оптужбе (*nemo iudex sine actore*), што представља апсолутно битну повреду одредаба кривич-

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

ног поступка. У прилог афирмације принципа акузаторности иде и чињеница да окривљеном мора бити предочена јасно формулисана чињенична конструкција оптужбе, како би благовремено припремио одбрану. Дакле, неоспорно је да предмет оптужбе детерминише предмет пресуде, тј. мора постојати идентитет између оптужбе и пресуде. То значи да се пресуда може односити само на лица означена у оптужници - *субјективни идентитет* и да мора постојати подударност између чињеничног стања садржаног у оптужници и пресуди - *објективни идентитет*.

### 1.1 Субјективни идентитет између оптужбе и пресуде

Постојање субјективног идентитета између оптужбе и пресуде не изазива недоумице у теорији, али ни у судској пракси. Јасно је да се пресуда мора односити на лице против кога је подигнут оптужни акт. Субјективни идентитет између оптужбе и пресуде постоји и уколико се промене неке чињенице везане за учиниоца кривичног дела (окривљеног), као што су нпр. облик виности (ако се утврди да је окривљени поступао нехатно, а не умишљајно као што је произлазило из оптужног акта), или, пак, врста саучесништва (пресудом се утврди да је окривљени саизвршилац, а не помагач). Дакле, означање неког лица у оптужном акту као подстрекача или помагача не подразумева да се то лице у пресуди не може третирати као извршилац, при чему неће бити нарушено постојање субјективног идентитета између оптужбе и пресуде. Уколико се, пак, на главном претресу утврди да оптужени није учинио кривично дело које му је оптужбом стављено на терет, већ да је кривично дело извршило друго лице, тада неће постојати субјективни идентитет између оптужбе и пресуде. Следствено томе, оптужени мора бити ослобођен од оптужбе, а стварни учинилац кривичног дела који није наведен у оптужном акту се не може огласити кривим и осудити. Немогућност да се на главном претресу, који је окончан ослобађањем од оптужбе лица које је означено у оптужном акту, осуди стварни учинилац кривичног дела, произлази из чињенице да тужилац не може на главном претресу проширити оптужбу, или подићи нову оптужницу, против лица које није обухваћено *првобитном оптужницом*.<sup>1</sup> Све у свему, чини се да је нужност постојања субјективног идентитета између оптужбе и пресуде установа која се налази на линији одбране права окривљеног од њиховог угрожавања понашањем правосудних органа.

### 1.2. Објективни идентитет између оптужбе и пресуде

За разлику од субјективног идентитета, питање објективног идентитета између оптужбе и пресуде изазива контраверзе у теорији, али и у практичној реализацији овог принципа. Пре него што се размотре проблеми који прате теоријску експликацију и практичну реализацију овог принципа, потребно је указати да објективни идентитет између оптужбе и пресуде поседује формалну и материјалну компоненту. Формални идентитет претпоставља подударност правне оцене дела (правне квалификације) у оптужном акту и пресуди. Материјални идентитет, пак, представља подударност чињеничног описа дела садржаног у оптужном акту (оптужници, оптужном предлогу или приватној тужби) и у пресуди.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Види: Милица Стефановић-Златић: *Повластице окривљеног у југословенском кривичном поступку*, 1978, с. 02.

<sup>2</sup> Шире о томе види: Бранко Петрић, *Идентитет оптужбе и пресуде у кривичном поступку*, Правни живот, 1980, бр. 6-7, с. 13.

У теорији Кривичног процесног права постоји општа сагласност да није нужно постојање формалног идентитета између оптужбе и пресуде. Тиме се, *de facto*, питање објективног идентитета између оптужбе и пресуде исцрпљује у подударности материјалних компоненти (чињеничних описа) оптужбе и пресуде. Наиме, супсумирање чињеничног стања под одредбе Кривичног закона које је извршио овлашћени тужилац у оптужном акту не везује суд приликом правне оцене дела. У случају да кривични суд не прихвати тужиочеву правну квалификацију дела, окривљени може бити оглашен кривим по правној оцени дела од стране суда. Дакле, није потребно да се донесе ослобађајућа пресуда у погледу правне квалификације дела садржане у оптужном акту, а да се затим донесе осуђујућа пресуда по правној квалификацији коју је учинио суд. Но, без обзира под којом правном квалификацијом је донета пресуда, за исто кривично дело се не може поново судити ни под различитим правним квалификацијама.

Свакако да је за реализацију права окривљеног на одбрану значајнија чињенична конструкција оптужбе и њен утицај на пресуду. Међутим, може се прихватити становиште да и формална компонента објективног идентитета између оптужбе и пресуде има одређеног утицаја на ефикасно остваривање права на одбрану. Окривљеном није без значаја који ће се елементи бића кривичног дела узети у обзир при доношењу пресуде. Наиме, различите правне квалификације дела могу изискивати посебно доказивање појединих чињеница од којих ће зависити правна оцена кривичног дела.<sup>3</sup> Међутим, за остваривање одбране окривљеног је несумњиво значајније питање законитог и правилног утврђивања одлучних чињеница, јер питање правне оцене дела не може утицати на ефикасну одбрану окривљеног. Додати би смо да је то нарочито значајно за кривична дела која имају квалификаторне и привилегујуће облике, као и код правних конструкција насталих на основу привидног стицаја (продужено кривично дело, сложено кривично дело).

За остваривање одбране окривљеног најважнија је материјална компонента објективног идентитета између оптужбе и пресуде. Међутим, управо је питање подударности чињеничне конструкције оптужбе и пресуде спорно, било са теоријског, или, са практичног аспекта. Најпре, у теорији кривичног процесног права не постоји сагласност о *степену везаности* пресуде оптужбом. Наиме, по широј концепцији у приступу овом проблему, суд је приликом чињеничног оформљења кривичне ствари везан за сам *догађај* који је предмет оптужбе. Протагонисти оваквог приступа постојању објективног идентитета између оптужбе и пресуде у први план истичу принцип истине, тј. сматрају да окривљени мора бити осуђен за оно што је у стварности заиста и учинио.

12

У складу са овим становиштем, суд би могао, с обзиром на резултат чињеничне реконструкције кривичног догађаја на главном претресу, да измени чињенични опис дела садржан у оптужници, под условом да је кривични догађај остао исти. Заговорници овог става којим се релативизује везаност пресуде оптужбом захтевали су усвајање ове концепције приликом доношења сада важећег Закона о кривичном поступку. Међутим, законодавац није прихватио ову, ширу, концепцију поимања објективног идентитета између оптужнице и пресуде. Тиме је опстала на снази ужа концепција строге везаности пресуде за оптужбу, а то значи да чињенични опис дела садржан у оптужници детерминише чињеничну конструкцију пресуде.

За остваривање начела везаности пресуде оптужбом, а тиме и за остваривање права окривљеног на одбрану, значајно је одредити мерила за оцену постојања објективног идентитета између оптужбе и пресуде. У том контексту, круцијално је питање да ли суд може, у складу са чињеницама утврђеним на главном претресу, да мења чињенични опис дела ако тужилац оптужни акт не саобрази измењеном чињеничном стању.

<sup>3</sup> Ibid, с. 14.

Другим речима, поставља се питање да ли суд може донети пресуду уколико чињенично стање утврђено на главном претресу није идентично чињеничном опису дела садржаном у оптужном акту.

Истоветност одлучних чињеница на којима се заснивају оптужба и пресуда значи да у конкретном случају постоји објективни идентитет између оптужбе и пресуде. Међутим, објективни идентитет између оптужбе и пресуде постоји и ако се појаве разлике у неким околностима које не представљају конститутивне елементе кривичног дела. На пример, не мора постојати идентичност у погледу места, времена и средства извршења кривичног дела описаних у оптужници и пресуди, наравно уколико ови елементи кривичног дела не представљају конститутивне елементе бића кривичног дела. Суштински посматрано, дело садржано у пресуди не сме бити различито од оног садржаног у оптужном акту. Притом је сасвим јасно да предмет оптужбе и пресуде не могу бити генусно различита кривична дела (нпр. убиство и проневера).

Динамичност поступка утврђивања чињеница може за последицу имати различитост чињеничних конструкција оптужбе и пресуде. Поставља се питање, да ли свака измена чињеничног стања проистекла из доказног поступка на главном претресу значи да се ради о различитом кривичном делу, а тиме и о нарушавању објективног идентитета између оптужбе и пресуде. Имајући то у виду, у теорији кривичног процесног права је изложено гледиште о разликовању појма *друго дело* и *друкчије дело*. Према том схватању, дело је друкчије ако је у суштини остало исто, са неким модалитетима релевантним са кривичноправног значаја. Дело је, пак, друго уколико се на главном претресу утврди да је промењена суштина кривичног догађаја, чиме је дело добило сасвим други вид.<sup>4</sup>

Дакле, ако се ради о друкчијем делу, објективни идентитет између оптужбе и пресуде постоји. У супротном, друго дело у односу на дело из оптужног акта значи да је објективни идентитет нарушен. Проблем је у томе, како утврдити да су промене чињеничног стања утврђене на главном претресу суштинске. У недостатку објективних мерила, судска пракса се мора окренути казуистичком методу - у сваком конкретном случају се мора утврђивати да ли је чињенично стање битно измењено у односу на чињенице садржане у оптужби.<sup>5</sup>

Занимљиво је становиште италијанске судске праксе, која у процени да ли је очуван објективни идентитет између оптужбе и пресуде полази од права окривљеног на одбрану. Уколико је чињенично стање у тој мери измењено да отежава реализацију одбране окривљеног (која заснива своју стратегију на чињеницама првобитно садржаним у оптужби), објективни идентитет је нарушен.<sup>6</sup> Међутим, иако је неспорно да се при процени постојања истоветности одлучних чињеница садржаних у оптужби и пресуди мора полазити од права окривљеног на одбрану, проблем је како одредити критеријуме за оцену утицаја промењеног чињеничног стања на функционисање одбране окривљеног. Уосталом, у италијанској теорији кривичног процесног права је јасно предочено да само битне промене чињеничног стања могу отежати остваривање одбране, те стога у крајњој инстанци непостојање објективних критеријума за процену постојања подударности чињеничне основице оптужбе и пресуде остаје као проблем.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Младен Грубиша, *Два напада на један важан принцип - принцип Забране reformatio in peius*, *Наша законитост*, 1958, бр. 1-4.

<sup>5</sup> Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, с. 422.

<sup>6</sup> *Ibid*, с. 422.

<sup>7</sup> Foshini, према Васиљевићу, *Систем...*, *op. cit.* с. 423.

Уколико се на главном претресу измени чињенично стање, то не може аутоматски да подразумева нарушавање објективног идентитета између оптужбе и пресуде. Наиме, активношћу овлашћеног тужиоца на главном претресу може се предупредити нарушавање објективног идентитета између оптужбе и пресуде. Сходно начелу мутабилитета, тужилац може на главном претресу изменити оптужбу и тако је саобразити чињеничном стању проистеклом из доказног поступка. Међутим, иако тужилац на главном претресу може увидети да се чињенично стање мења, он не може са сигурношћу утврдити став суда према измењеној чињеничној основици кривичног догађаја. Јер, с правом се примећује да суд мора тако водити поступак да странке не примете како ће се вредновати поједини докази, што би представљало прејудуцирање ствари.<sup>8</sup> Из тих разлога, тужилац може одустати од измене оптужбе, страхујући да баш она може резултирати ослобађајућом пресудом. Уколико тужилац увиди да чињенична основица оптужбе не може опстати, тада он има могућност да одустане од оптужбе и тако издејствује доношење пресуде којом се оптужба одбија. Правноснажношћу ове пресуде тужилац може подићи нову оптужницу за друго кривично дело (управо оно дело које би произашло из резултата главног претреса).

У случају да тужилац не саобрази оптужницу измењеном чињеничном стању, суд би морао донети ослобађајућу пресуду. Наиме, у тој ситуацији, с обзиром на измењено чињенично стање на претресу, није доказано да је окривљени извршилац кривичног дела које му се оптужбом ставља на терет (чл. 350. ЗКП). Имајући у виду *ratio legis* установе везаности пресуде оптужбом, јасно је да суд не може на штету окривљеног донети осуђујућу пресуду, проистеклу из измењеног чињеничног стања на главном претресу. У супротном, радило би се о прекорачењу оптужбе - што представља битну повреду одредаба кривичног поступка апсолутног карактера (чл. 364. ст. 1. тач. 9.), о којој суд води рачуна по службеној дужности. Значи епилог жалбе било ког од овлашћених субјеката у овом случају је укидање првостепене пресуде и враћање на поновно суђење.

Из чињеничног стања измењеног на главном претресу може проистећи и кривично дело лакше од оног садржаног у чињеничном опису у оптужници. Поставља се питање, да ли тада, строго поштујући објективни идентитет између оптужбе и пресуде, треба донети ослобађајућу пресуду. Судска пракса је искристалисала став да суд може одступити од оптужнице у корист оптуженог, под условом да се не ради о другом кривичном делу. Дакле, суд би на основу измењеног чињеничног стања могао донети осуђујућу пресуду против окривљеног за кривично дело које је лакше од оног из оптужнице, с тим да се ради о делу које се само по неким модалитетима разликује од дела које је предмет оптужбе.<sup>9</sup>

Може се сматрати да је овакав приступ објективном идентитету између оптужбе и пресуде био логичан у време када јавни тужилац није имао могућност да измени оптужницу и одмах окривљеном стави на терет лакше кривично дело (чл. 355. ЗКП). Пошто та могућност по позитивном праву постоји (истина има је само јавни тужилац), не види се разлог неуважавања - релативизовања објективног идентитета ако главни претрес исходује чињеничним стањем које повлачи осуду за кривично дело лакше од првобитно утуженог. Како остали овлашћени тужиоци немају могућност измене оптужног акта по скраћеној процедури (чл. 355. ЗКП), у тим ситуацијама би се могло прихватити релативизовање објективног идентитета на напред описани начин.

<sup>8</sup> Бранко Петрић, *op. cit.* с. 15.

<sup>9</sup> Младен Грубиша, *Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе*, Наша законитост, 1960, бр. 11-12, с. 613.

Ослобађајућа пресуда донета услед нарушавања објективног идентитета између оптужбе и пресуде не значи да је окривљени одагнао од себе опасност од осуде. Успехом жалбе тужиоца долази до укидања првостепене пресуде и поновног суђења пред првостепеним судом. Правноснажношћу ослобађајуће пресуде практично се цементира дејство принципа везаности пресуде оптужбом. Наиме, уколико се не ради о новом кривичном делу, тужилац ће због дејства начела *ne bis in idem* бити онемогућен да поново иницира кривични поступак за исто кривично дело.

## **2. ОПТУЖИВАЊЕ ОКРИВЉЕНОГ ПО ЧЛ. 355. ЗКП И ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ ИЗМЕЂУ ОПТУЖНИЦЕ И ПРЕСУДЕ**

Законом о кривичном поступку (чл. 355.) јавни тужилац добија могућност да, након ослобађајуће пресуде донете због недостатка доказа да је окривљени извршио кривично дело које му је стављено на терет (дакле, чим се чињенична основица оптужбе није подударила са резултатом доказног поступка), подигне оптужницу за кривично дело проистекло из чињеничног оформљења кривичне ствари на главном претресу, условно речено, скраћеним поступком. Наиме, јавни тужилац има законску могућност да, одрицањем од жалбе на ослобађајућу пресуду у року од осам дана, издејствује да пресуда постане правноснажна раније од уобичајеног тока ствари (пошто окривљени нема могућност да изјави жалбу против ослобађајуће пресуде). Услов за овакво поступање јавног тужиоца (не и других овлашћених тужилаца) је да се не ради о кривичном делу тежем од првобитно утуженог. На основу нове оптужнице отвориће се главни претрес пред истим већем, при чему није дозвољен приговор против оптужнице. Главни претрес, притом, може бити одложен, ради припремања одбране.

Овако конципирана могућност поновног оптуживања окривљеног који је претходно ослобођен од оптужбе за првобитно утужено кривично дело изазива полемичке тонове у теорији кривичног процесног права. Најпре, евидентно је да одредбом члана 355. ЗКП законодавац фаворизује тенденцију ефикасности кривичног прогона на уштрб тенденције оптималне заштите права и слобода окривљеног у кривичном поступку. Међутим, у прилог скраћене процедуре оптуживања окривљеног сагласно чл. 355. ЗКП се истиче да је и самом окривљеном у интересу да се поступа не одуговлачи. Затим се као добра страна овог законског решења наводи право окривљеног да затражи одлагање главног претреса ради припремања одбране. Најзад, ексклузивно право јавног тужиоца да поступа по овако конципираној скраћеној процедури и једнократна могућност оваквог поступања јавног тужиоца (уколико и нова оптужница резултира ослобађајућом пресудом, јавни тужилац не може више поступати по овлашћењу из чл. 355. ЗКП), аргументи су који се истичу у одбрани законског решења из члана 355. Закона о кривичном поступку.<sup>10</sup>

Законском решењу из чл. 355. ЗКП, посматрано са аспекта одбране окривљеног, могу се ставити одређени приговори. Најпре, поставља се питање, да ли одрицање јавног тужиоца од жалбе може ео *ipso* искључити право окривљеног на изјављивање жалбе, као што се то чини ст. 4. чл. 355. Закона о кривичном поступку. Тешко је прихватити чињеницу да се “једностраном изјавом воље једне стране дерогира-анулира изричито предвиђено процесно право друге стране.”<sup>11</sup> На овај начин се нарушава процесна

<sup>10</sup> Ibid, с. 41.

<sup>11</sup> Бранко Петрић, *op. cit.* с. 42.



равноправност кривичнопроцесних странака, јер се окривљеном одузима право да самостално располаже Уставом загарантованим правом на жалбу! Поред тога, одредба чл. 355. ЗКП је у колизији са чл. 361. ст. 1. ЗКП, којим је предвиђено да се оптужени може одрећи права на жалбу тек када му пресуда буде достављена. Уколико јавни тужилац искористи право предвиђено чл. 355. ЗКП, окривљени губи могућност да изјави жалбу, и пре него што дође у ситуацију да прими отправак пресуде.

Други недостатак законског решења из чл. 355. Закона о кривичном поступку се огледа у томе што се овом одредбом анулира право окривљеног да иницира судску контролу оптужбе. Наиме, ст. 2. чл. 355. ЗКП је предвиђено да против нове оптужнице јавног тужиоца није дозвољен приговор. Тиме јавни тужилац добија право да суверено одлучује да ли ће оптужујући окривљеног за ново кривично дело користити редовну или скраћену процедуру по чл. 355. Закона о кривичном поступку.

Недостатак скраћене процедуре поновног оптуживања окривљеног по чл. 355. ЗКП је и што, иако је предвиђена могућност прекида главног претреса, питање је да ли ће окривљени имати довољно времена да припреми одбрану. Тешкоће могу настати и применом ст. 3. овог члана ЗКП, по коме се само изузетно могу поново извести поједини докази, изведени приликом решавања по првобитној оптужници. Наиме, питање да ли се доказни поступак за ново кривично дело може заснивати на доказима који су основ ослобађајуће пресуде за првобитно утужено кривично дело. Све у свему, из изложеног произлази да скраћена процедура за оптуживање окривљеног за кривично дело произашло из доказног поступка на главном претресу (по ослобађајућој пресуди за првобитно утужено кривично дело) изазива многе недоумице, те у знатној мери може угрозити право окривљеног на одбрану.

### **3. ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА**

Постављајући кривичну одговорност малолетника на квалитативно другачији начин од одговорности пунолетних учиниоца кривичних дела, законодавац је и поступак према малолетним учиниоцима кривичних дела учинио специфичним. Поред осталог, у поступку према малолетницима циљ је напуштање концепције строге везаности пресуде оптужбом. Наиме, према одредби чл. 482. ст. 4. ЗКП веће за малолетнике има овлашћење да донесе одлуку на основу чињеничног стања измењеног на главном претресу. Дакле, веће за малолетнике није везано за чињенични опис дела из оптужног акта јавног тужиоца. Као *ratio legis* овог законског решења истиче се потпунија заштита личности малолетног окривљеног. Међутим, не види се разлог за ово одступање од начела везаности пресуде оптужбом, кад је управо оно установљено ради заштите интереса окривљеног. Притом, не види се разлог за фаворизовање принципа истине над везаношћу пресуде оптужбом, баш у поступку према малолетницима. Вероватно је преминација суда у односу на јавног тужиоца у поступку према малолетницима установљена чл. 477. ст. 1. ЗКП резултирала и релативизацијом објективног идентитета између оптужбе и пресуде у поступку према малолетницима. Наиме, према чл. 477. ст. 1. веће за малолетнике је овлашћено да процењује опоруност наставка кривичног поступка по одустанку јавног тужиоца од гоњења у припремном поступку. Тако, веће за малолетнике може наставити кривични поступак по одустанку јавног тужиоца у припремном поступку, при чему чињеница да ли се у овом случају ради о нарушавању начела акузаторности или, пак, о одустанку јавног тужиоца који нема онај процесни

**12**

значај као у редовном кривичном поступку (чл. 170. ЗКП), не мења ствар.<sup>12</sup> Битно је да релативизовање принципа везаности пресуде оптужбом у поступку према малолетницима, што није, чини се, мотивисано интересима малолетног окривљеног.

#### **4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА**

Из изложеног произлази да је везаност пресуде оптужбом принцип који доприноси процесној равноправности кривичнопроцесних странака, а тиме и заштити права окривљеног у кривичноправном спору. Детерминишући својим оптужним актом чињеничну конструкцију пресуде, овлашћени тужилац на индиректан начин штити окривљеног од последица евентуалне судске арбитражности у поступку мењања чињенично стања на главном претресу. Одређивањем границе до које суд може ићи при чињеничном оформљењу кривичне ствари на главном претресу тужилац омогућава окривљеном да се у припреми одбране усредсреди на чињенични опис дела из оптужног акта. Ваљано припремајући одбрану, окривљени употпуњује спектар средстава које му стоје на располагању у односу на кривичноправни захтев за кажњавање.

---

<sup>12</sup> Бранко Петрић, *op. cit.* стр. 39.

**Mr SAŠA KNEŽEVIĆ**

## **CONJUNCTION DU VERDICT PAR L'ACCUSATION**

### **Resumé**

Il est indubitable que l'objet de l'accusation détermine l'objet du verdict, c'est à dire qu'il doit exister une identité entre l'accusation et le verdict. Cela veut dire que le verdict ne peut se rapporter qu'aux personnes désignées dans l'acte de l'accusation - identité subjective et qu'il doit aussi exister une correspondance entre l'état de faits contenu dans l'acte de l'accusation et dans le verdict - identité objective.

L'identité objective entre l'accusation et le verdict possède une composante formelle et aussi une matérielle. L'identité formelle suppose une correspondance entre l'appréciation du délit dans l'acte de l'accusation et dans le verdict. L'identité matérielle, de l'autre côté, représente la correspondance de la description de fait du délit contenu dans l'acte de l'accusation et aussi dans le verdict.

12

---

\* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.



Мр СУЗАНА МЕДАР

**СТРУКТУРА ПРАВНЕ НОРМЕ  
ПО ХАНСУ КЕЛЗЕНУ**

**- ЈЕДАН ДРУГАЧИЈИ ПОГЛЕД -**

**13**

### Апстракт

Келзен, у оквиру своје структуралне анализе правне норме, препознаје исте елементе као и традиционална теорија - диспозицију и санкцију. Међутим, проблем њиховог односа он решава на сасвим нов начин. Приоритет добија санкција. Примат санкције над диспозицијом је апсолутан, будући да је, по Келзену, норма која садржи санкцију не само примарна, већ и једина "права" правна норма.

Келзеново преферирање норми које садрже санкцију, последица је његовог схва-

тања права као поретка принуде, односно система норми које регулишу људско понашање прописивањем аката принуде као санкције. Уобичајени закључак, да је свако, па и Келзеново одређење права које за *differentia specifica* има принуду, односно силу, само формална дефиниција, управо сматра да је поимање силе као материјалног елемента права још један оригиналан допринос из опуса Келзеновог перфекционистичког правно-теоријског учења.

Кључне речи: **Норме о санкцији, систем правних норми, право као поредак принуде, сила као материјални критеријум права, "унутрашње функционисање" права, "спољашње функционисање" права.**

Мр СУЗАНА МЕДАР

## СТРУКТУРА ПРАВНЕ НОРМЕ ПО ХАНСУ КЕЛЗЕНУ

### - Један “другачији” поглед -

Карактеристика је модерне правне науке да највише пажње придаје правној норми. Истицање значаја норми и њихово проучавање није, при томе, резервисано само за оне теоретичаре који право дефинишу нормативистички, те за које је правна нормативност и једино поље кретања, већ и за оне који право посматрају као сложену појаву која у себи садржи поред норми и одређене друштвене односе или и одређене вредности, или и једно и друго. Привилегованост правне норме код ових других узроковано је тиме што је она “момент дијалектичког јединства свих састојака правног искуства ... правна норма у себи интегрира елементе правних односа које квалифицира и вриједносних ставова који се њоме остварују”.<sup>1</sup> У оквиру интересовања за феномен правне норме битно место заузима проблематика њене структуре, јер се у позадини тог, на први поглед само техничког, питања открива низ важних и суштинских дилема, као што су она о функцији права, о односу права и силе, о *differentia specifica* правног поретка итд.

На сам помен имена једног од најзначајнијих савремених правних писаца, Аустријанца Ханса Келзена (Hans Kelsen), свесни смо да смо потпуно оковани у границе нормативног. Келзеново “*reine Rechtslehre*” (“чисто учење о праву”) је “чисто” управо зато што поглед правника управља само и искључиво на правне норме, остављајући га, дакле, “слепим” за право као социолошки и аксиолошки проблем. Келзена не интересује друштвено порекло и вредносна функција правних норми. Сама правна норма, каква је дата, односно издата, са својим одговарајућим саставом, односно структуром, на почетку је и на крају Келзеновог правно-теоријског система. У овом раду покушаћемо да, након приказа Келзеновог схватања о структури правне норме, који ћемо учинити пратећи његову класификацију норми на примарне и секундарне, откријемо његово теоријско-методолошко полазиште, као и његов утицај на разрешење једног од значајних правно-теоријских питања, питања односа права и силе.

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Никола Висковић, *Појам права*, Сплит, 1981, с. 165, 182.

## 1. ПРИМАРНЕ И СЕКУНДАРНЕ НОРМЕ

Правне норме, које схвата као чисто идеалне појаве, ослобођене сваког реалног, психичко-вољног "терета"<sup>2</sup>, Келзен дели по критеријуму структуре, на примарне и секундарне. При томе, његова класификација значи потпуни заокрет у односу на схватање традиционалне теорије, по којој су примарне оне норме које прописују одређено правило понашања, а секундарне оне које предвиђају санкцију за случај прекршаја првих. Не само да се не колеба у тврдњи да су *норме о санкцији*, норме које су упућене државним органима, важније, дакле, примарније од норми о понашању, већ управо сматра да се ове друге могу елиминисати као сувишне. За Келзена су примарне норме оне норме које предвиђају деликт и санкцију<sup>3</sup>. То су и једине "праве" правне норме, јер су потпуно довољне при тачном излагању права. Ипак, Келзен допушта поставку о постојању и норми које прописују правне обавезе, норми "које прописују држање које правни поредак покушава да изазове прописивањем санкције"<sup>4</sup>. Међутим, то само из практичног разлога - олакшаног излагања права. Те су норме секундарне. Оне су зависне од примарних норми и из њих се изводе<sup>5</sup>. "Једно правило није правно правило зато што је његова ефикасност осигурана једним другим правилом које предвиђа санкцију, једно правило је правно зато што предвиђа санкцију"<sup>6</sup>. Изузетак од односа потпуне асимилираности и, самим тим, потпуне изводљивости секундарне норме, норме о обавези, из примарне норме, норме о санкцији, постоји у области грађанског права. Ово је последица карактеристичне разлике између технике грађанског и кривичног права. Наиме, "у области грађанског права општа примарна норма прописује појединачне правне обавезе само индиректно, преко правних послова"<sup>7</sup>. Овде је секундарна норма производ правног посла и не може се директно извести из опште примарне норме. Ово је, по Келзену, последица специјалне карактеристике грађанског права да се међу условима санкције може појавити правни посао. Ипак, овај изузетак, као и Келзенова каснија недоследност<sup>8</sup>, не нарушавају његов почетни

<sup>2</sup> По Келзену је правна норма депсихологирана, безлична и анонимна заповест. Види Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951, с. 48; О појму норме, Домети, Ријека, 12/1986. О критици, пак, Келзеновог схватања осамостаљења норме као производа од самог акта стварања, као апсолутног осамостаљења види Берислав Перић, *Структура права*, Загреб, 1972, с. 235.

<sup>3</sup> "По Келзену, два су елемента логички и значењски довољна за поимање правне норме: деликт и санкција, тј. означавање једне људске радње као увјета-прекршаја и друге радње као последице-санкције." Никола Висковић, *op. cit.*, с. 176. Истина, Келзен истиче да свако потпуно или примарно правно правило садржи поред деликта и санкције као материјалних елемената и формалне елементе - "стварање органа који примењује право и поступак који он треба да примењује". Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, с. 133. Како Келзен, у самом подвлачењу разлике између примарних и секундарних норми, не обраћа пажњу на ове формалне елементе, то они неће бити посматрани као посебни елементи примарних норми.

<sup>4</sup> Ibid

<sup>5</sup> "Један пример: не треба красти; ако неко украде, биће кажњен. Ако се узме да је прва норма која забрањује крађу у важности само ако друга норма везује санкцију за крађу, онда је прва норма сигурно сувишна при тачном излагању права." Ibid, с. 71.

<sup>6</sup> Ibid, с. 41.

<sup>7</sup> Ibid, с. 141

<sup>8</sup> Види Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr, 1965, с. 53.



став о односу примарних и секундарних норми. Тај став био би видљив и препознатљив и да га Келзен није изричито исказао. Он једноставно прожима Келзенова разматрања свих основних појмова правне науке: правне норме, санкције, деликта, правне обавезе, субјективног права, правног субјекта...

Правна норма је за Келзена она норма која "има за циљ да регулише људско понашање, и ако регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције".<sup>9</sup> "Право је за Келзена "сустав хипотетичких судова или норми према којима становита понашања-последнице (санкције) треба да слиједи за становитим понашањима-увјетима (прекршаји)".<sup>10</sup> Овај услов испуњава заиста само Келзенова примарна норма. Основни елемент права за Келзена је санкција. Оно што је заповеђено може бити једно санкција.<sup>11</sup> Келзен ставља знак једнакости између извршења правне норме и примењивања санкције коју она прописује. У ствари, већ и сам редослед излагања основних појмова правне науке код Келзена, говори нам да је санкција најважнији такав појам и да се остали појмови из ње изводе.

*Деликт* је први такав, изведени правни појам. Келзен га дефинише као "понашање оног лица против кога је уперена санкција".<sup>12</sup> Он критикује дефиниције по којима је деликт "зло", "противправно понашање", "повреда права", будући да је то ирелевантно за правни појам деликта. "С гледишта теорије чији је једини објект позитивно право, нема никаквог другог критеријума деликта до чињенице да је понашање услов санкције".<sup>13</sup> Оваквим схватањем Келзен потпуно потцењује обавезу у конституисању појма деликта.<sup>14</sup>

У складу са својим схватањем примарних и секундарних норми, Келзен правну обавезу, као садржај секундарне норме, изводи из елемената примарне норме, санкције и деликта. *Правна обавеза* није нешто самостално, оригинално, већ појам изведен из правне норме, примарне норме као једине праве правне норме. "Правна обавеза је просто правна норма у односу према лицу за чије је понашање везана санкција у норми... Тако, бити правно обавезан на извесно понашање значи да је супротно понашање деликт и као такво да је услов санкције коју прописује правна норма".<sup>15</sup> Постојање правне обавезе је правна нужност санкције, а реалном правна обавеза постаје тек кад је учињен деликт.

<sup>9</sup> Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, с. 128.

<sup>10</sup> Никола Висковић, *op. cit.*, с. 28.

<sup>11</sup> Ово је полазиште Келзенове критике Остиновог (Аустин) разликовања између примарних и секундарних обавеза. За Остина су примарне обавезе и права оне чија је супстанца понашање које законодавац жели, а секундарне обавезе и права оне чија је супстанца створена од санкције која треба да буде извршена у случају да примарне нису извршене. Основ погрешки и нејасноћа у Остиновом разликовању Келзен налази у погрешном схватању суштине, карактеристичне функције правне заповести. Уместо да ту суштину нађе у санкцији, Остин је налази у прописивању правне дужности. То га, по Келзеновим речима, води "одсуству јасног схватања секундарног карактера норме која прописује понашање које жели правни поредак". Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 72-74. О овоме види и у Миомир Матуловић, *Језик, право и морал*, Ријека, 1986, с. 92-94.

<sup>12</sup> Ханс Келзен, *ibid.*, с. 68.

<sup>13</sup> *Ibid.*, с. 62. За Келзена значи, постоји само мала прохибита - понашање које је зло једино зато што је забрањено од стране позитивног друштвеног поретка, а не и *mala in se* - понашање које је зло по себи.

<sup>14</sup> Види Никола Висковић, *op. cit.*, с. 202.

<sup>15</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 69. "Ако је такође речено да правна обавеза "треба" да буде извршена, онда је то "треба" такорећи, епифеномен оног "треба" у погледу санкције.

Још већу дискриминацију у Келзеновој теорији доживљава субјективно право, будући да је оно подређено и правној обавези. Келзен даје санкционистичко одређење субјективног права, схватајући га као правну могућност да се стави у покрет санкција. За Келзена је субјективно право сама правна норма (примарна) у свом односу према лицу које мора да изјави своју вољу да би санкција била извршена (потенцијални тужилац). Очигледно је да је ова дискриминација последица Келзеновог одговарајућег схватања примарних и секундарних норми, схватања које своди норму о обавези и овлашћењу на извод, прирепак примарне норме, норме о санкцији и деликту.<sup>16</sup>

Из прецењивања норме која садржи деликт и санкцију и потцењивања нормативних значења обавезе и овлашћења, произилази и Келзеново схватање адресата правних норми. При тачном излагању права, које би се састојало уствари само од примарних норми, једини адресати били би државни органи. Како ипак допушта постојање секундарних норми, Келзен уводи, да би означио “разлику између односа права према субјекту, потенцијалном деликвенту и његовог односа према органу<sup>17</sup>”, термилошко разграничење: субјект се “покорава” или “не покорава” праву, орган “примењује” или “не примењује” право. Следствено томе, ефикасност права значи да га орган “примењује”, да извршава санкцију. Тек у другом реду ефикасност права значи да му се субјекти “покоравају”.<sup>18</sup>

## 2. ОПШТЕ ТЕОРИЈСКО-МИТОЛОШКО ПОЛАЗИШТЕ

Келзеново схватање структуре правне норме, и на тој основи изведено разликовање примарних и секундарних норми, не може се свести само на питање логичко-семантичке структуре правне норме. То схватање је одговор на питање логичко-семантичке структуре правне норме само као одраз одговарајућег схватања суштине, природе права.<sup>19</sup> Како Келзен схвата право као “принудни поредак који прописује санкције”<sup>20</sup>, то да би се схватило извориште његовог поимања структуре правне норме, треба видети шта то значи да је право поредак и то поредак принуде.

Келзен је нормативиста, он садржај права налази потпуно у нормама, и то у нормама позитивног права.<sup>21</sup> При томе, каже Келзен “право није као што се понекад каже,

<sup>16</sup> Дискриминација субјективног права доживљава врхунац у самом његовом негирању, у његовом свођењу на право у објективном смислу. О томе како је Келзен “појам субјективног права огласио као заблуду која потиче од једне индивидуалистичке и природноправне концепције” види у Ђорђе Тасић, *Један критички поглед на покушај модерне критичке државноправне теорије о субјективном праву*, Избор расправа и чланака из теорије права, САНУ, Београд, 1984, с. 232.

<sup>17</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 71.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Келзен каже да “читава разлика између примарног и секундарног закона служи једино за олакшано излагање права и не казује ништа о његовој природи”. *Ibid.*, с. 74. То је управо зато што о природи права казује заиста само Келзенова примарна норма као једина права, истинска правна норма.

<sup>20</sup> *Ibid.*, с. 71.

<sup>21</sup> При томе, његова теорија представља “крајњи облик и дотераност нормативистичког учења”, јер нормативни свет права посматра као аутономан свет, “свет за себе”. Аутономност, специфична егзистенција права последица је његовог потпадања не под категорију реалности, нужности, битка (Sein) у коме влада принцип каузалитета, већ под категорију духа, слободе, требања (Sollen) у коме влада принцип урачунавања. Види Берислав Перић, *op. cit.*, с. 241, 244; Радомир Лукић, *Келзенов нормативизам*, *Анали Правног факултета у Београду* 1-4/1983, с. 497; Љубомир Тадић, *Филозофске основе правне теорије Ханса Келзена*, Сарајево, 1962, с. 32; Будимир Кошутин, *Келзенове животне противуречности*, Гледишта 9/1973.

правило. Оно је скуп правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем”<sup>22</sup>(подвукла С. М.). Специфична стварност права налази се, дакле, у систему норми, у нормативном поретку. Тај је систем *динамичке врсте*, јер му једна норма припада “ако је створена на начин који је - у крајњој анализи - одређен основном нормом”.<sup>23</sup> Појам права као динамичког система норми није довољан. Он нам само сужава поље посматрања свих нормативних система на ону њихову врсту за коју је карактеристично регулисање свог сопственог стварања и примењивања.<sup>24</sup> Даље разликовање омогућава нам Келзенов *статички појам права*, који динамичком појму поретка додаје принуду.<sup>25</sup>

Мотивације којима се друштвени поретци, системи правила односно норми, користе да би навели појединце на жељено понашање могу бити непосредне и посредне. Непосредна мотивација постоји када је сама идеја о норми довољна као мотив за понашање у складу с њом, када значи нема потребе за санкцијама. *Поредак посредне мотивације* је онај који прибегава санкцијама, и то позитивним, у облику награде (мотив за понашање у складу с нормом је постизање одређене, обећане користи) и негативним, у облику казне (мотив за понашање у складу с нормом је страх да се не претрпи штета коју поредак везује за своје непоштовање). Право је поредак посредне мотивације, оно прибегава санкцијама, и то негативним.<sup>26</sup> Санкције којима прибегава право имају карактер принудних мера, јер се на онога ко прекрши поредак примењују противно његовој вољи. Право је, дакле, поредак принуде. То је његова *differentia specifica*.<sup>27</sup> Одавде неизбежно следи да је правна норма она норма која “регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције”.<sup>28</sup> Једино таква норма одражава специфичност права као поретка принуде и због тога је Келзен и проглашава примарном, једином правом правном нормом.

Оно што је Келзена навело да одступи од традиционалног схватања односа примарних и секундарних норми је иста она покретачка снага целокупне његове правне теорије -

<sup>22</sup> “Никад није довољно инсистирати на чињеници да је у првом реду Келзен дефинитивно усмјерио теорију права к проучавању цјелине правног поретка, увиђајући да темељни појам за теоријску изградњу поља права није више појам норме него појам поретка, схваћен као систем норми”. Норберто Бобио, *Примарне и секундарне норме*, Домети, Ријека, 12/1986, с. 67.

<sup>23</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 118.

<sup>24</sup> Појам права као динамичког система норми “пружа одговор само на питање да ли и зашто извесна норма припада или не припада једном систему важећих правних норми, а не садржи одговор на питање каква је суштина права, какав је критеријум помоћу кога се право може разликовати од других друштвених норми”. *Ibid.*, с. 127. Суштину права Келзен ће наћи када у свом посматрању заустави процес којим се правни поредак ствара и извршује, када правни поредак посматра само у његовом завршеном облику или у стању мировања, када иза правних аката посматра само норме којима су они одређени.

<sup>25</sup> Тако ће једна норма из оквира динамичког појма права бити “правна норма само ако има за циљ да регулише људско понашање, и ако регулише људско понашање прописивањем аката принуде као санкције”. *Ibid.*, с. 128.

<sup>26</sup> “А у друштву, уколико се тиче организовања групе, у суштини се води рачуна само о једном методу за постизање друштвено пожељног понашања: претња и примењивање зла у случају супротног понашања - техника кажњавања”. *Ibid.*, с. 31.

<sup>27</sup> Види Љубомир Тадић, *op. cit.*, с. 63.

<sup>28</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 128.

метод.<sup>29</sup> Како је, по Келзену, право поредак норми који важи аутономно и изводи се сам из себе, "општа теорија управљена је пре на *структуралну анализу* (подвукла С. М.) позитивног права него на психолошко или економско објашњење његових услова, или морално или политичко оцењивање његових циљева".<sup>30</sup> Тако и своје разликовање примарних и секундарних норми Келзен дугује структуралној анализи позитивног права, која значи мисаону обраду права с обзиром на његове елементе, правне појмове и везе између њих.<sup>31</sup>

Не може се, ипак, спорити одређени утицај анализе *функције права*, као "пандана структури"<sup>32</sup>, на Келзеново разликовање примарних и секундарних норми. Мора се, међутим, указати на специфични карактер и меру Келзенове функционалне анализе.<sup>33</sup> Код Келзена је "нема сумње развитак структуралне анализе права ишао на штету функционалне анализе (функција права, циљ правног поретка)".<sup>34</sup> А када испитује функције права, њега у првом реду занима "*унутрашње функционисање*"<sup>35</sup> правног поретка, допринос појединих елемената правног поретка самом његовом постојању, односно његовој ефикасности као услову постојања. И Келзен налази да управо норма која садржи прекршај и санкцију остварује већи, ако не и искључиви такав допринос.

Келзеново фаворизовање норми које садрже прекршај и санкцију налази оправдање и у његовом схватању "*спољашњег функционисања*", спољашњег динамизма права, произвођења одговарајућих ефеката у друштву. То је сасвим логично и очекивано јер код Келзена структура права има примат над функцијом, она управо одређује, објашњава функцију. Ако је структура права таква да је оно поредак принуде, систем присиле, онда и функција права не може бити друга до заштитно-репресивна. Келзенова "функционална анализа права брзо се исцрпљује"<sup>36</sup>, јер је његово схватање

<sup>29</sup> О томе како је "Келзен методолошко питање учинио централним правним питањем" види у Радомир Лукић, *О основним идејама Ханса Келзена*, Архив за правне и друштвене науке 4/1951, с. 618.

<sup>30</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 13.

<sup>31</sup> Види Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, с. 144. "Келзен није био стваралац широких потеза, великих размера. Он је био танан аналитичар минијатура, али у томе ванредно дубок и свестран, скоро ненадмашан. Његов рад личи на фини филигрански вез". Радомир Лукић, *Ханс Келзен*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 4/1973, с. 777.

<sup>32</sup> "Наиме, сваки феномен има поред своје структуралне стране, оног што чини његову "унутрашњост", његов састав изграђен захваљујући постојању одређеног низа елемената који су у њега уклопљени, и једну функционалну страну која сачињава његову "спољашност", односно извесне везе с другим феноменима на које непосредно утиче". Стеван Врачар, *Социјална садржина функције државноправног поретка*, Београд, 1965, стр. 67.

<sup>33</sup> Једино тако се могу помирити две наизглед потпуно противуречне констатације Бобиа, да Келзен "разликовање изводи искључиво према функционалном аспекту", а на другом месту да је "за Келзена право један принудни поредак, али ништа више од принудног поретка. Каква је друштвена функција тог принудног поретка, то Келзена не занима". Норберто Бобио, *Примарне и секундарне норме*, Домети, Ријека, 12/1986, с. 102 и *О функционалној анализи права*, Зборник за теорију права, САНУ, Београд, 1982, с. 195.

<sup>34</sup> Живко Анзуловић, *Значење дјела Ханса Келзена*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту XI/1974, с. 30.

<sup>35</sup> О "унутрашњем" и "спољашњем" функционисању односно динамизму види у Радомир Лукић, *op. cit.*, с. 37 и у Стеван Врачар, *op. cit.*, с. 98.

<sup>36</sup> Норберто Бобио, *Структура и функција у Келзеновој теорији права*, Домети 1-2-3, Ријека, 1988, с. 71.

права чисто инструментално. "Право није циљ него средство... Функција права је у томе да се омогући постизање оних друштвених циљева који се не могу постићи другим облицима (блажим, мање присилним) друштвене контроле. Који су то циљеви - то варира од друштва до друштва: то је повијесно питање које не занима теорију права".<sup>37</sup> И када се наизглед упушта у садржинско одређење циља права, говорећи о "друштвеном миру" и "колективној сигурности"<sup>38</sup>, Келзен говори заиста само о "минималном и посредном циљу, који има инструменталну вриједност будући да служи као претходни увјет за постизање других циљева".<sup>39</sup>

### 3. ОДНОС ПРАВА И СИЛЕ

Посебан аспект Келзеновог схватања структуре правне норме је проблем односа права и силе. Постоје различити начини изражавања силе у правном поретку.<sup>40</sup> Овде се има у виду *нормативни аспект силе*, односно сила као део норме, као санкција.<sup>41</sup> На значај Келзеновог схватања о структури правних норми, и на тој основи изведено њихово разликовање на примарне и секундарне, за решење проблема односа права и силе указује нарочито Норберто Бобио (Norberto Bobbio). Он сматра да Келзен управо даје ново решење за овај проблем.<sup>42</sup> Тако се схватањима да је сила небитан елемент права и да је сила битан инструментални елемент права, придодaje треће, по коме је сила *битан материјални елемент права*. За разлику од традиционалне теорије по којој је сила само средство, инструмент за остваривање права, нова теорија проглашава силу самом материјом, садржајем права. Бобио истиче да је схватање силе као садржаја правних норми директна последица Келзеновог разликовања примарних и секундарних норми, јер "ако је право било схваћено као скуп норми упућених судцима или извршним органима, тада ни присила није могла бити схваћена као средство за остваривање права, већ је доследно томе морала бити схваћена као сам садржај правних норми".<sup>43</sup> "Проблем принуде (присиљавања, санкције) није проблем осигуравања ефикасности правила, него проблем садржине правила".<sup>44</sup> Тако "право постаје скуп норми које дисциплинирају употребу силе..., скуп норми које регулирају када, тко, како, колико примењује принудну моћ".<sup>45</sup> Уз констатацију да ова Келзенова "дефиниција права не важи као критериј за разликовање правне норме од неправне норме, већ важи за разликовање правних поредака од других неправних поредака"<sup>46</sup>, Бобио истиче и предности те дефиниције.

<sup>37</sup> Ibid

<sup>38</sup> О Келзеновој исправци у одређењу појма права, заменом друштвеног мира колективном сигурношћу види *ibid*.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Види о томе у Никола Висковић, *op. cit*, с. 84.

<sup>41</sup> Сасвим је друго питање односа права и силе као односа важења и ефикасности права. Види Ханс Келзен, *op. cit*, с. 126.

<sup>42</sup> Види полемику између Оливекроне и Бобио о томе ко је први изразио ову нову теорију о односу права и силе у Карл Оливекрона, *О проблему права и силе у новој литератури и у Норберто Бобио, Још о праву и сили* (одговор проф. Оливекрони), Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 341-349.

<sup>43</sup> Норберто Бобио, *Право и сила*, Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 334.

<sup>44</sup> Ханс Келзен, *op. cit*, с. 41.

<sup>45</sup> Норберто Бобио, *op. cit*, с. 334.

<sup>46</sup> Ibid, с. 336.

Главну предност нове теорије, а у односу на теорију која сили сматра само средством за остварење права, Бобио налази у томе што она боље одговара на приговоре који се упућују уопште дефинисању права у терминима силе. Да би то показао, Бобио полази од Келзенових одговора на аргументе против дефиниције права као принудног поретка<sup>47</sup> и истиче њихову предност у односу на одговоре које би могла дати теорија о сили као средству за остваривање права.

Један од аргумената против теорије по којој је сила битан елемент права, а који највише истичу теоретичари социолошког усмерења, гласи да људи углавном добровољно извршавају обавезе које им прописују правне норме. За Келзена је та тврдња тачна, али не и непомирљива са учењем да је принуда битан елемент права, јер се то учење “не односи на стварно понашање лица која су потчињена правном поретку, него на сам правни поредак, на чињеницу да правни поредак предвиђа санкције, и да се управо тиме и само тиме, тј. том специфичном друштвеном техником, разликује од других друштвених поредака”.<sup>48</sup> “Спонтано вршење прописа било би ваљан доказ само онда ако би било опће и стално”.<sup>49</sup>

Предност нове теорије очигледна је у односу на други приговор против дефинисања силе као битног елемента права. Тај приговор гласи да у сваком правном поретку има норми које нису санкционисане. Да не би упала у противуречност, традиционална теорија мора, у одговору на овај приговор, прогласити несанкционисане норме неправним нормама. Келзенова, нова теорија је у предности, јер овом приговору потпуно измичу његове примарне норме, чији садржај чине управо прекршај и санкција. Нема опасности ни од жртвовања Келзенових секундарних норми, јер се оне одређују као “правила што утврђују довољне увјете да би ступиле у дјеловање секундарне норме”.<sup>50</sup>

Трећи приговор, приговор тзв. бесконачног низа, негира могућност постојања санкционисаних норми на врху поретка. У одговору на овај приговор, традиционална теорија упада у противуречност, “јер гледајући право, не више са стајалишта грађана, већ највише власти, подупире став да сила није у служби права, већ је право у служби силе”.<sup>51</sup> По новој теорији, међутим, “највише норме које дају највишим органима да располажу принудном моћи јесу правне норме *par excellence*”.<sup>52</sup> “Уставне норме... су саставни део свих правних норми које има да примењују и други органи... У статичком представљању права, више норме устава су такоређи, пројецтиране као делови у ниже норме”.<sup>53</sup>

У Келзеновом схватању структуре правне норме, Бобио налази непризнато напуштање одређења права на основу форме и дефинисање на основу регулисане материје. “Ако је право скуп норми које регулирају присилу или примјену силе, то значи да присила или сила сачињавају специфичну материју правних норми... Као што је граматика правило говора, мода правило облачења, тако је и право правило силе”.<sup>54</sup> Ову

<sup>47</sup> Види у Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 37-42.

<sup>48</sup> *Ibid.*, с. 38.

<sup>49</sup> Норберто Бобио, *op. cit.*, с. 335.

<sup>50</sup> *Ibid.*, с. 336.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Ханс Келзен, *op. cit.*, с. 147.

<sup>54</sup> Норберто Бобио, *op. cit.*, с. 333.

Бобиову констатацију не прихвата Лукић, тврдећи да “је тај садржај чисто формалан - то је спољни садржај, омотач унутрашњег садржаја, који по Бобиу остаје неодредив”.<sup>55</sup>

\* \* \*

У нашој теорији се проблему структуре правне норме придаје релативно мало пажње. Овај се проблем одређује, по правилу, као само логичко-семантички. Као да се заборава да је једини исправни пут до научне истине у узајамном “просветљавању” појаве и суштине, делова и целине, “великих” и “малих” проблема. У нашој теорији постоји малтене јединствен, општеприхваћени став о структури правне норме. Ради се о познатој троделној односно четвороделној шеми, по којој се као структурални елементи сваке правне норме издвајају диспозиција, претпоставка санкције и санкције, а условне правне норме, поред ових, и претпоставка диспозиције. Истиче се, при томе, да се кроз разликовање примарних и секундарних норми, које је уобичајено у западној правној теорији, не може на адекватан начин решити проблем логичко-семантичке структуре правне норми, јер се тим разликовањем разбија њено значењско функционално јединство.

Пре покушаја критике Келзеновог схватања структуре правне норме, морамо се одредити према ауторовом поимању саме правне норме, као предмета структуралне анализе. Келзеново одређење норме као “чисто” идеалне појаве, апстрактног, самониклог “требања” је једнострано и искључиво. Он ствара непремостиви јаз између света онога што јесте, “битка” и света “требања”. Сматрамо прихватљивијим решење, које имплицира право као сложјену, друштвено-духовну појаву, а по коме је правна норма “требање”, дакле једна прескриптивна мисао, које има своје извориште у одговарајућим друштвеним односима и циљевима, или које у њима или у односу на њих остварује своје функције. Управо, чини се да је ово схватање и најбоље критичко полазиште за анализу Келзенове структуре правне норме, јер са Келзеном има и заједничког, истоветног (схватање правне норме као мисли о ономе што треба да се догоди, а што се не догађа увек), што је извесна гаранција да се неће промашити тема критике и да се критика неће свести само на терминолошко спорење, и различитог, другачијег (повезивање нормативног са друштвеним односима и циљевима), што је неопходан услов за критички приступ, јер је за указивање на оно што је добро и оно што је лоше у предмету критике, нужно извесно дистанцирање од њега.

Келзеново схватање структуре правне норме препознатљиво је по апсолутизирању санкције, као јединог правог садржаја правне норме. Путем метода структуралне анализе позитивног права, Келзен налази да се оно може свести само на норме које садрже санкцију. Будући да се сваки ентитет, па и право, може потпуно објаснити тек када се уз одсликавање његове структуре, разоткрије и његова функционална, динамичка страна, то Келзен користи и метод функционалне анализе. Задржаћемо се најпре на Келзеновом објашњењу “унутрашњег функционисања”, које обележава допринос појединих елемената правног поретка самом његовом постојању, односно ефикасности као услову постојања. Аутор сматра да примарна норма, норма која садржи санкцију остварује већи, ако не и искључиви допринос ефикасности правног поретка. Ако за оквир разматрања узмемо, као и Келзен, само правну нормативност, долазимо до става да је Келзеново схватање, ако не валидно, а оно бар логички непротивуречно, конзистентно.

Критика Келзеновог схватања из угла поимања права као сложене појаве, или бар повезаности правне нормативности са друштвеним односима и вредностима, је много

<sup>55</sup> Радомир Лукић, *Уз дискусију о праву и сили*, Зборник за теорију права, св. III, САНУ, Београд, 1987, с. 352.

интересантнија и плодноснија. За њу нам оправдање даје не само претходно обележено критичко полазиште, већ, невероватно, и сам аутор. Келзен, наиме, што је за њега као творца “чисте теорије права” потпуно неочекивано, даје обавештења и о тзв. “спољашњем функционисању права”. По њему, право има за циљ остварење друштвеног мира и колективне сигурности. Ради се свакако о једном мањкавом одређењу друштвене функције права, јер се њиме одређује само инструментални, посредни циљ који треба да послужи као услов за постизање других циљева. Испитивање дејстава правних норми у друштву, ван оквира сопственог система завршава “више... описом формалних учинака правне норме... него испитивањем садржаја тих ефеката у друштвеним односима”.<sup>56</sup> Међутим, од “чистог” Келзена је и то превише. За критичара је, пак, то сасвим довољно да открије противуречност Келзеновог схватања примарних и секундарних норми и покаже да у Келзеновој теорији није само једна Ахилова пета.<sup>57</sup>

Како нам је сам Келзен отворио пут ка друштву и човеку, морамо му најпре замерити то што је његово схватање примарних и секундарних норми далеко од хуманизма. Уопште, његово глорификовање света права наводи на закључак да не служи право човеку, већ човек праву. Ово је посебно неприхватљиво с обзиром на одређење права као поретка принуде, поретка у коме је санкција све и сва. Сила више није у служби права, већ је право у служби силе. А како је право од човека и за човека, то испада да сила више није у служби човека, већ је човек у служби силе. Врло је тешко, ако не и немогуће, свођење права на норме о санкцији повезати са друштвеним миром или, свеједно, колективном сигурношћу. Мир који почива на принуди у суштини је рат, или бар немир. Колективна сигурност коју држи санкција уистину је несигурност, и колективна и појединачна. Ово су, свакако, само крајње логичне консеквенце противуречности Келзеновог схватања, у које он, чини се, запада чим искорачи из нормативног, које је код њега постављено перфекционистички. Уистину, оно је “химерично”. А кад се “химера” руши, или бар напушта, последице су непредвидљиве.

Право се показује као средство које служи остварењу одређених циљева друштва и човека, једино ако се у структури правне нормативности преферира диспозиција, независно од тога да ли се она схвата као самостална норма или део правне норме. Диспозиција је у односу на санкцију примарна, дакле основна, важнија, значајнија, јер она, захтевајући одређено понашање од грађана, регулише битне друштвене односе. Поштовањем диспозиције, а с обзиром на то да њен садржај чине правна обавеза и субјективно право, остварују се у највећој мери циљеви права. Санкција мора у односу на диспозицију бити секундарна, супсидијарна, помоћна јер “циљ права очито није санкционисање непожељног понашања, него регулисање пожељног”<sup>58</sup>(подвукла С. М.). Санкција ступа у дејство тек ако је диспозиција прекршена, а њени учинци значе мању меру остварења одговарајућих циљева права.

<sup>56</sup> Никола Висковић, *op. cit.*, с. 260.

<sup>57</sup> Свакако, мисли се на Келзенову основну норму, која је чиста логичка претпоставка.

<sup>58</sup> Радомир Лукић, *op. cit.*, с. 351.



**Mr SUZANA MEDAR**

## **STRUCTURE DE LA NORME JURIDIQUE SELON HANS KELZEN - Une vue “autrement”**

### **Résumé**

La compréhension de la structure de la norme juridique de Kelzen est diamétralement contraire à la théorie traditionnelle. Le détour fait par Kelzen ne se rapporte pas aux seuls éléments de la norme juridique mais à leur rapport mutuel aussi. Selon l’auteur, pour la différence de la compréhension ancienne, c’est la sanction qui est primaire et la disposition secondaire. Même, la sanction “avale” la disposition, qui est tout à fait innécessaire en présence de la formulation claire du droit. Par rapport au traditionnel, le déplacement de Kelzen au dedans de la structure de la norme juridique présente la “marche de l’écrevisse”. Kelzen va “à rebours”, de la sanction, via le délit, à l’obligation juridique et droit subjectif, comme contenu de ce qu’on appelle habituellement disposition, ce qui est chez Kelzen une norme juridique secondaire, “non vraie”.

La vue “autrement” de Kelzen sur la structure de la norme juridique est la conséquence de son attitude théorique-méthodologique général. Par l’emploi de la méthode dogmatique normativiste Kelzen “épure” le droit de tout ce qui est normatif. Le droit est un système de normes, et ceci de ceux normes qui réglent le comportement des hommes par la prescription des actes de répression comme sanction. Par cette détermination Kelzen fait une certaine “épuration” aussi dans le domaine de la normativisation, en rejetant de son dedans la disposition comme un “déblais”.

A la notion du droit de Kelzen, basée en général sur l’analyse structurale de la norme juridique, on essaye dans le dernier temps de donner l’importance d’une notion matérielle. Cet essai provient de Norbert Bobi qui considère que l’oppression, exprimée par la sanction comme élément normatif, présente un critère matériel valide pour la définition du droit.

---

\* **Assistant à la Faculté de Droit à Niš.**



Мр Видоје Спасић

**МОРАЛНА ПРАВА АУТОРА  
И ИНТЕРНЕТ**

**14**

### Апстракт

Субјективно ауторско право представља право признато интелектуалном ствараоцу књижевног, уметничког или научног дела, које му, у складу са објективним ауторским правом, припада по основу његове креације. Корпус овог права, које је јединствено, чине имовинскоправна и морално-правна компонента. Садржину морално-правне компоненте, чини више овлашћења која се могу сумирати на два основна: право на поштовање интегритета дела и личности аутора и право на признање својства аутора (право патернитета).

Интернет представља највећу, најзначајнију и најпознатију рачунарску мрежу данашњице. Правно-технички посматрано Интернет представља заједницу повезаних аутомних мрежа, које су физички повезане, способне за комуникацију, по унапред прописаним протоколима и међусобно дељење података - информација.

Морална права аутора и Интернет имају доста заједничких тачака. Како је ауторско

дело, по својој суштини информација, то ова два појма имају доста додирних тачака. Суштина њихових односа, може се, поједностављено приказати кроз, практично и теоријски, неограничене могућности искоришћавања ауторских дела презентованих на Интернету. Такво масовно искоришћавање ауторских дела, уз могућности масовног умножавања или даље модификације, пружа огромне могућности за повреде ауторових, како материјалних тако и моралних права. У том смислу, нарочито су на удару интегритет дела и право патернитета, али и могућност недостојног искоришћавања дела, што све може нанети штете ауторској личности. Упркос недовољној правној регулисаности предметне материје, ипак постоје извесни начини заштите моралних права аутора на Интернету. Колико ће они заиста бити ефикасни у пракси, време ће показати. У сваком случају, Интернет, као најшире поље слободне комуникације између људи, у будућности ће све више стављати морална права аутора пред велика искушења.

Кључне речи: морална права аутора, ауторско дело, Интернет.

Мр Видоје Спасић

## МОРАЛНА ПРАВА АУТОРА И ИНТЕРНЕТ

### 1. МОРАЛНО ПРАВО АУТОРА КАО ИНТЕГРАЛНИ ДЕО СУБЈЕКТИВНОГ АУТОРСКОГ ПРАВА

Под субјективним ауторским правом подразумевамо право признато творцу - аутору књижевног, уметничког или научног дела на његовој духовној креацији. У складу са владајућом монистичком концепцијом о правној природи субјективног ауторског права, оно је јединствено, апсолутно, *sui generis* право у коме су сједињене моралноправне (личноправне) и материјалноправне (имовинскоправне) компоненте-овлашћења.<sup>1</sup>

Садржај (корпус) ауторског права, као типичног субјективног права у грађанскоправном смислу, са свим својим атрибутима, испуњен је одређеним правним овлашћењима која обезбеђују правну заштиту аутору и његовом делу. Имовинскоправна компонента субјективног ауторског права, првенствено, је у функцији заштите ауторових материјалноправних интереса. Истина, овим овлашћењима штите се, у извесној мери и ауторови морално-идеални интереси, што се најбоље види на примеру овлашћења на објављивање дела.

Другу компоненту јединственог субјективног ауторског права представљају морално-правна овлашћења, која имају за циљ да, превасходно, заштите ауторове нематеријалне-идеалне интересе. По својим карактеристикама моралноправна овлашћења су искључива, апсолутна, неутуђива, неограниченог трајања, релативно ненаследива и незапленива овлашћења.

С обзиром на савремена поимања природе, значаја и улоге моралноправних овлашћења и њиховог односа са имовинскоправним овлашћењима, као и на начин регламентирања предметне материје, данас у свету постоје европска (континентална) и англосаксонска концепција. Према европском-континенталном систему заштита моралноправних овлашћења стављена је у први план, у односу на имовинскоправна овлашћења. Овај

\* Асистент Правног Факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Спаић В, *Теорија Ауторског права и Ауторско право у СФРЈ*, Загреб, 1983, с. 17 и 41, а, на истом становишту су и Марковић С., Бесаровић В. и др.

систем полази од премисе да је примарно пружање правне заштите аутору, а тек посредно и ауторском делу.

Англосаксонски систем третира субјективно ауторско право као право својине, па сагласно томе аутор може да ужива правну заштиту само ако је власник ауторског права (Owner of Copyright). Овај систем, дакле, пружа правну заштиту првенствено делу, па тек онда његовом ствараоцу. Правни основ пружања правне заштите моралноправној компоненти субјективног ауторског права не налази се у писаним прописима (Statutory Law), већ у обичајном праву (Common Law). У овом систему ниво заштите моралноправних овлашћења је нижи него у земљама континенталног подручја, а трајање моралноправних овлашћења лимитирано је трајањем имовинскоправних овлашћења.

Међутим, упркос изнетим квалитативним особеностима, у последње време је све израженија тенденција приближавања ова два система, која се читује у многим елементима.

Садржина моралноправних овлашћења условљена је његовом комплексном и специфичном природом. С обзиром на врсте моралних атрибуција духовног ствараоца, савремена правна техника издвојила је различите конститутивне елементе-овлашћења, у склопу моралноправне компоненте. Не улазећи у детаљнију анализу, глобално посматрано, можемо рећи да су се у већини националних законодавстава о ауторском праву, као и у међународним конвенцијама, углавном издиференцирала два основна моралноправна овлашћења: право-овлашћење на поштовање интегритета дела и личности аутора (droit au respect), и право на признавање његовог имена или ауторства (droit à la paternité).

Југословенски Закон о ауторском и сродним правима од 1998. г.<sup>2</sup>, прописује да корпус моралног права аутора чине: право патернитета; право на назначивање имена; право објављивања; право на заштиту интегритета дела и право на супротстављање недостојном искоришћавању дела (чл.14-18).

Француски Закон о кодификацији интелектуалне својине од 1995. године истиче да аутор ужива морално право по основу свог стваралаштва, које се састоји из права на поштовање његовог имена, његовог својства (квалитета-угледа) и његовог дела (чл. 6 пар. 1), права на објављивање дела (чл. 19 пар.1) и из права на покајање или повлачења дела из промета (чл.32 пар.1).

Немачки Закон врши класификацију моралног права аутора на следеће компоненте: право на објављивање дела, право на признање ауторства и забрана сакаћења-повреде дела - поштовање интегритета и неповредивости дела (чл.12-14).

Објављивање дела у ауторскоправном смислу је прво чињење приступачним јавности ауторског дела, реализовано од стране аутора или његовог правног следбеника.<sup>3</sup>

Право на признање ауторства (право патернитета) састоји се из овлашћења аутора да пред јавношћу буде означен за творца дела, односно да му се призна својство интелектуалног ствараоца и да се у исто време онемогући да други приграбе част која припада аутору.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Закон је објављен у" СЛ. Л. СРЈ" бр. 24, од 15. маја 1988. г.

<sup>3</sup> Марковић С.: *Основи ауторског права и суседних права*, Београд, 1992, с. 31.

<sup>4</sup> Plaisant R.: *Propriété littéraire et artistique*, Paris, 1954, fasc. 8, n. 40.

Право на поштовање интегритета дела и личности аутора састоји се у поштовању ауторове личности кроз његову интелектуалну креацију-праву аутора да заштити уметнички и естетски интегритет свог дела и своје ауторско својство, односно стваралачки углед и кредибилитет.

Право покајања или повлачења дела из промета<sup>5</sup> састоји се из овлашћења аутора да измени своје дело или га повуче из промета, односно престане са даљим искоришћавањем дела.

Право на супротстављање недостојном искоришћавању дела омогућава аутору да се успротиви свакој употреби дела, у непромењеном облику, која би вређала његову част или углед, као ствараоца или човека.

## 2. ОСНОВНИ ПОЈМОВИ О ИНТЕРНЕТУ

Глобална размена информација постала је један од најважнијих технолошких трендова савременог друштва. Перманентан и динамичан развој људског друштва створили су нарасле потребе људи да користе и контролишу информације на најширем географском подручју. Информација је данас постала највреднија "ствар", толико значајна да се дошло до постулата : онај ко има информацију има све. То је све довело до стварања глобалних информационих-рачунарских мрежа. Највећа, најзначајнија и најпознатија глобална рачунарска мрежа данашњице је Интернет. То је "мрежа свих мрежа", која повезује милионе рачунара широм света. Интернет није јединствена мрежа са строго централизованом административном контролом. Под Интернетом подразумевамо заједницу повезаних аутономних мрежа које су физички повезане-способне за комуникацију и међусобно дељење података, које функционишу на истим принципима и које комуницирају заједничким протоколима. Интернет сада функционише на новој технологији тзв. пребацивања или комутације пакета (packet switching), која омогућава да више корисника истовремено дели и користи једну заједничку комуникациону линију. Интернет је колекција мрежа за пренос података. Комутација пакета омогућава комуникацију између рачунара (хостова) и без унапред успостављене физичке везе између пошиљаоца и примаоца.

Интернет комуникациони систем се састоји од повезаних пакетних мрежа чији хостови комуницирају коришћењем интернет протокола.<sup>6</sup> Мреже су међусобно повезане помоћу рачунара за пребацивање пакета, који се зову мрежни пролази, односно уређаји који врше превођење између некомпатибилних протокола, без обзира на ком се нивоу налазе.

### 2. 1. УСЛУГЕ И СЕРВИСИ ИНТЕРНЕТА

Са аспекта корисника услуга-клијента Интернет представља скуп мрежних услуга и сервиса. Најшире коришћене услуге Интернета су: електронска пошта (e-mail), интерактивни рад на удаљеном рачунару, интерактивне поруке, информације о корисницима на удаљеном рачунару. Најважнији и најпопуларнији сервиси Интернета су: електронске конференције, интерактивни разговори више корисника, Gopher и WWW.

<sup>5</sup> У теорији је спорно да ли је ово овлашћење моралноправно или имовинскоправно, чак има више заговорника мишљења да се ради о имовинскоправном овлашћењу, али се овом приликом нећемо детаљније бавити овим питањем.

<sup>6</sup> Протокол је договорени начин комуникације између ентитета различитих система. Група протокола која се користи на Интернету позната је под називом TCP/IP.

Услуге и сервиси Интернета су увек организовани и функционишу по клијент/сервер принципу. Клијент је рачунар који упућује одређени захтев мрежи, стартујући одговарајући захтев са свог рачунара, слањем поруке серверу. Сервер је специјални рачунар на мрежи који опслужује захтеве корисника, одговарајући на његове поруке слањем тражених података или услуга. Треба напоменути да између клијента и сервера не постоји стална веза што представља огроман допринос ефикаснијем раду мреже. Веза се успоставља низом захтева-команди и одговора на њих. Да би могли међусобно да комуницирају и размењују поруке сви рачунари морају следити и поштовати протоколе или скупове претходно прописаних правила,<sup>7</sup> ослањајући се на TCP/IP.

Већ је истакнуто да се услуге вишег нивоа Интернета називају мрежни сервиси. Они најчешће настају тако што се основне мрежне услуге обогаћују додатним садржајима. Постоји много сервиса и њихов број се стално увећава. Ипак, најзначајнији, најчешће примењивани и најпопуларнији сервис Интернета је WWW (World Wide Web или краће и уобичајено Web). Web је сервис који корисницима пружа информације у хипертексту преко HTTP<sup>8</sup> и служи за међусобно споразумевање и пренос информација између рачунара. Web подржава и нови формат за опис документа - HTML.<sup>9</sup> Web омогућује и организује приступ великом броју ресурса на Интернету (текст, слика, звук, видео). Web је имплементација клијент/сервер технологије на Интернет коришћењем HTTP протокола. Ради се о хипертекстуалном систему у коме се из једног документа могу референцирати други документи, при чему документи не садрже само текстуалне информације, већ то могу бити и звучни, визуелни записи, анимације и друге информације, за које постоји програм за приказивање на корисниковом рачунару, тако да Web има елементе мултимедије. Web је дистрибуирани хипермедијски систем, зато што се хипермедијски документи могу налазити на било ком Web серверу на мрежи, а он треба да обезбеди униформни приступ широком спектру докумената и сервиса. Програми који нам омогућавају и олакшавају навигацију зову се Web читачи (browser). Читачи могу бити текстуални или графички.<sup>10</sup>

На захтев клијентовог програма са његовог рачунара сервер шаље тражене документе преко мреже. Добра особина Web-а је што може приступити и другим Интернет сервисима. Данас је Web све популарнији и интересантнији, јер се користи и у комерцијалне сврхе типа купопродаје, промоције производа, реклама и слично.

### 3. ОДНОС МОРАЛНИХ ПРАВА АУТОРА И ИНТЕРНЕТА

Везивна тачка између моралних права аутора и Интернета, као савремене и најзначајније информационе технологије налази се у чињеници да је ауторско дело по својој суштини информација, која је по свом садржају емоционалне или рационалне природе.<sup>11</sup> Другим речима, ауторско дело је "квалификовани облик људске комуникације."<sup>12</sup> Пошто је веза између ауторског дела и Интернета несумњива, изнети постулат важи и

<sup>7</sup> Најчешће коришћени протоколи на Интернету су : HTTP; FTP; SMTP; NNTP.

<sup>8</sup> HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) је језик који Web клијенти и сервери користе за међусобну комуникацију.

<sup>9</sup> HTML (Hyper Text MarkupLanguage).

<sup>10</sup> Најпознатији су Netscape, Mosaic, Arena, Lynx, Cello и др.

<sup>11</sup> Марковић С.: *op. cit.*, с. 11.

<sup>12</sup> Schricker.: *Urheberrecht - Kommentar*, München, 1987, с. 54 (Наведено по Марковић С.: *op. cit.*, с. 11.



за аутора, као интелектуалног ствараоца дела, па тиме и на његово субјективно ауторско право, које му поводом стваралаштва припада.

Ако смо недвосмислено утврдили везу-конекситет између субјективног ауторског права и Интернета, да сада размотримо могуће аспекте, кроз које се тај конекситет може рефлектовати и какве се правне реперкусије може све изазвати интерактивитет између ова два појма.

Генерално узев, однос између субјективног ауторског права, а тиме и моралног права аутора, као његове компоненте, може се посматрати у узајамној повезаности и међузависности. Интернет, као глобални информациони систем, најпре, доприноси афирмацији принципа да свако ауторско дело има наднационални и светски карактер, тако што, практично, омогућава да једно ауторско дело, које је презентовано на неком серверу, који је на мрежи, може за тили час да допре и до најудаљенијих места на земљиној кугли. Интернет је најсавршенији начин за виртуелни прелаз свих граница и за неограничено кретање по сајберспејсу (Cyberspace).<sup>13</sup> Да нема Интернета, комуникација између људи, а тиме и размена информација и ауторских дела, били би знатно отежани, а у извесним случајевима, практично и немогући. Утицај Интернета на морална права аутора нарочито се манифестује у реализацији овлашћења на објављивање дела и промовисању и афирмисању овлашћења на признање ауторства на делу-права патернитета. Интернет је веома популаран, врло једноставан и сигурно најјефтинији начин за објављивање већине врста ауторских дела.<sup>14</sup> Исто тако, путем Интернета, врло је лако упознати интелектуалне творце-ауторе дела или, другим речима, реализовати овлашћење на признавање својства аутора-права патернитета.

Међутим, осим изнетих позитивних ефеката и утицаја Интернета на морална права аутора, која су, свакако, пожељна са аспекта аутора, али и најшире читалачке-гледалачке публике, односно конзументата-уживалаца ауторских дела, аутор мора рачунати и са могућим ризицима и евентуалним штетним ефектима, којима се излаже стављајући своје дело на Интернет. У том смислу, нарочито ће се на удару наћи право патернитета и овлашћење на поштовање интегритета дела и личности аутора, а могуће је, свакако, и недостојно коришћење ауторског дела, при чему аутор, у многим случајевима, неће ни сазнати да му је повређено неко морално право, или, ако и сазна, биће немоћан да било шта учини, не би ли га, некако, заштитио.

Видели смо, начелно, како Интернет утиче на морална права аутора. С друге стране, ауторско право, и морална права у склопу њега, утиче на Интернет, макар и на тај начин што уводи одређени ред на Интернет, односно доноси одређена правила понашања, по којима су сви корисници интернет услуга дужни да се владају приликом коришћења и размене информација на мрежи. Можемо само претпоставити какав би хаос владао на Интернету када се не би поштовали основни постулати ауторског права, а такође и моралних права аутора, чији би опстанак био потпуно угрожен.

14

Проучавање односа моралних права аутора и Интернета представља изузетан изазов из више разлога. Садржај ових односа има не само доктринарни, већ, надасве, и велики практични значај и то не само на ауторскоправне односе, већ има и значајне импликације и по друге сфере друштвеног живота. Комплексност, специфичност и осетљивост односа између моралних права аутора и Интернета, детерминисани су, понајвише, двама групама околности: техничким и правним. Техничке околности осло-

<sup>13</sup> Cyberspace представља свеукупну комуникацију између људи без физичког контакта.

<sup>14</sup> Тако, нпр, много је лакше и јефтиније објавити једно књижевно, музичко или уметничко дело, стављањем на Интернет, него издати књигу, снимити CD и сл.

жавају проблем односа између ових појмова, нарочито новим могућностима и начинима за дигитализацију информација, светску дифузију дела и немогућношћу фактичке контроле коришћења њиховог садржаја. С друге стране, треба имати у виду, скоро потпуну дерегулисаност ових односа, како на националним плановима, тако и у међународним оквирима. Постојање правне празнине у овој материји уноси додатне нејасноће и контроверзе. Стога, многи се, с разлогом и забринутошћу запитају о будућности моралних права, не само у разматраном домену, већ и уопште: на првом месту аутори, који желе поштовање својих стваралачких активности, али такође и произвођачи-продуценти, издавачи и други носиоци права, насупрот ауторима, посматрају морална права аутора као један фактор правне несигурности и препреку у оптималном искоришћавању дела која су они финансирани.

Није спорно да морално право аутора није једно економско-привредно право, тако да се коришћење ауторских дела на Интернету поставља у контексту слободне комуникације и, према томе, слободне личне комерцијализације на свим конкурентским тржиштима.

Морално право има, пре свега, за предмет да гарантује сваком аутору да његово дело неће бити деформисано, као и да ће његов патернитет на делу бити стално познат, или бар препознатљив. Осим навођења-цитирања имена аутора за свако искоришћавање његовог дела, морално право налаже, дакле, да оно не буде модификовано, изопачавано или сакаћено без сагласности аутора. Као најтипичније случајеве судска пракса, обично, наводи да нарочито следеће радње чине повреду интегритета ауторског дела :

- Премештање извесних пасуса књиге да би се то открило на крају дела<sup>15</sup>;
- Уметање извода из једног религиозног дела у један приказани филм<sup>16</sup>;
- Преклапање говора приликом теледифузије једног филма<sup>17</sup> и
- Колорисање, без икаквог одобрења, једног филма, познатог као црно-бели.<sup>18</sup>

Дакле, дифузија (растурање) ауторских дела преко Интернета и њихова рецепција-преузимање на било ком компјутеру на мрежи, нуде све могућности за модификацију или адаптацију и, на крају, за редифузију дела после његове трансформације. Свако ауторско дело, које је стављено на Интернет, могуће је скенирати<sup>19</sup> и раширити га, потпуно несанкционисано, преко Интернета, под било каквом формом, што доводи до реалне опасности да дође до повреде моралног права аутора, као и када се ради о једној адаптацији, о једном изводу из дела или једноставно о једном хипертекстуалном линку, лоше примењеном. Интегритет сваког дела тако раширеног-растуреног и патернитет његовог аутора су оваквим радњама, нема сумње, озбиљно повређени.

<sup>15</sup> CA Paris, 07.06.82-RIDA, oct. 82, ne 114, p. 177.

<sup>16</sup> TGI PARIS, 15.05.91-JCP 92 II, ne 21919.

<sup>17</sup> CA Paris, 25.10.89-D 90 Somm 54.

<sup>18</sup> Civ 1<sup>o</sup> 28.05.91, II n<sup>o</sup> 21732, aff. < Asphalt Jungle-Hjuston >.

<sup>19</sup> Скенер је уређај који омогућава да одређени текст, цртеж или слику унесемо у рачунар ради даље обраде. Скенирани текст или слика истоветна оном на папиру, пребацује се као низ информација на рачунар, тако да се може видети на екрану и по потреби, мењати допуњавати и сл.

### 3. 1. ДЕЛА КОЈА МОГУ ЧИНITI ПРЕДМЕТ ПОВРЕДЕ МОРАЛНОГ ПРАВА АУТОРА

A priori, свако ауторско дело је подобно да буде адаптирано, модификовано, деформирано или изопачено, о каквој год врсти дела се радило: књижевнo-литерарно, звучно, графичко, аудиовизуелно, фотографско или дело у коме је сједињено више жанрова истовремено (као, нпр. CD-ROM)<sup>20</sup>, или једно заједничко дело, свеједно.

#### 3. 1. 1. Дела која могу чинити предмет дигитализације (нумеризације)

Да би могло бити раширено на Интернету, свако ауторско дело нужно мора бити меморисано у базу података и то путем дигитализације (нумеризације). Дакле, дигитализација једног дела се састоји од кодификације, што ће рећи од његове трансформације у низ од 0 до 1. То је већ прва повреда интегритета једног дела, под условом да није, у старту, креирано дигитално, која може да повлачи модификацију његове супстанце, с обзиром на квалитет дигитализације, нарочито ако се односи на уметничка дела. Шта више, можемо слободно рећи, да дигитализација, по својој природи, подразумева чињење различитих аранжмана, премештања па и деформације дела.

#### 3. 1. 2. Дела створена с обзиром на Интернет и дела која су претходно постојала

С једне стране, постоје ауторска дела, која су створена с намером да буду растурана на Интернету и, с друге стране она која су по природи створена за друге типове-начине искоришћавања, више класичне, па да се касније јави потреба за њиховом дигитализацијом и растурањем преко Интернета. За прве, разумљиво је мишљење да аутори, односно носиоци ауторског права имају у виду ту околност и да испоље одређену дозу опреза приликом закључивања уговора о искоришћавању дела, тако што ће у њима прецизирати да одобравају дигитализацију наведених дела и њихово искоришћавање на Интернету. Наравно, у том случају, аутори се свесно одричу вршења појединих моралноправних прерогатива, с обзиром на тип експлоатације, а од обе уговорне стране се очекује да ће се савесно понашати у извршавању уговорних обавеза.

За другу врсту ауторских дела, у одсуству прецизних уговорних одредаба, а имајући у виду околност, да су ова дела створена изван сваке перспективе Интернета, и чије коришћење (а ни дигитализација) преко овог начина дифузије није било одобрено од стране њихових аутора ни разматрано од стране носиоца права, проблем је у оваквим случајевима сложенији. Стога, претпоставке о могућности мултипликовања броја повреда моралних права аутора, с обзиром на специфичности дифузије ауторских дела преко Интернета, свакако, нису без основа.

С друге стране, постоје извесна ауторска дела, из ове друге групе, која имају, бар на тренутак, више склоности од других да буду раширена преко Интернета: таква као фотографије, уметничке слике, дела архитектуре (или бар њихове фотографске или графичке репродукције), планови, говори, филмови, музичка дела, али и кратке целине (секвенце) слика и сви звукови који иду на Web. Тако, извесно је да један филм или

14

<sup>20</sup> CD-ROM је медијум за записивање дигиталних података који се могу читавати. Код компјутера, CD-ROM технологија је начин (облик) и систем за бележење, смештај и поновно читавање информација са компакт диска, као и читање са оптичког драјва.

једна снимљена касета, добија потпуно другачију димензију на Интернету, кроз могућност интерактивности и модификација које су понуђене : дело више није линијско.

Дакле, врло је вероватно да ће Интернет све више бити терен новог искоришћавања ауторских дела и терен настајања једног новог жанра дела, тзв.интернет дела, што ће имати веома значајне консеквенце по морална права аутора.

### **3. 2. ПОВРЕДЕ МОРАЛНИХ ПРАВА КОЈЕ МОГУ БИТИ УЧИЊЕНЕ НА ИНТЕРНЕТУ**

Покушајмо да, најпре, прецизирамо, које све повреде моралних права аутора, могу бити реализоване на Интернету, почев од Web-а, од групе за дискусију, или на једном e-mail-у, што ће рећи свуда где једно дело може бити дифузовано или примљено и почев од момента када учинилац повреде моралног права има могућности да упозна то дело.

Сама дифузија на Интернет, од стране лица које није аутор, једног дела које још није објављено од стране свог аутора ствара елементарну повреду моралноправног овлашћења аутора. У свим националним законима о Ауторском праву стоји одредба да само аутор или лице које он овласти, може објавити једно ауторско дело. При том аутор сам одређује начин-поступак и услове за објављивање дела. То значи, да се необјављено дело никада и ни под каквим условима, не може неовлашћено ставити на Интернет од стране лица које није аутор.

Један од могућих начина повреде моралних права аутора на Интернету је модификовање дела кроз мењање његовог поимања. Повреду овлашћења на поштовање интегритета дела и личности аутора конституише свака неауторизована модификација дела, а нарочито:

- замена оригиналних боја;
- модификације звукова или (пре)распоред дела;
- преклапање говора или уметање слика.

Ово последње представља само један могући пример манипулације делом, што је нарочито лако учинити путем дигитализације, која је способна да поремети упознавање дела, онаквог какво је изворно створено, мењајући поимање његове првобитне форме и његовог иницијалног концепта. То је флагрантан пример изопачавања дела, чиме се повређује морално право његовог аутора.

Једна врста изопачавања дела преко Интернета може се реализовати преко извесних злоупотреба права цитата. Употреба овог права, од стране несавесних лица, може, каткада, проузроковати погрешно поимање цитираног дела или погрешну представу о његовом аутору, изазивајући не само једно изопачавање дела већ чак и одвраћање од самог дела. Тако, рецимо, цитирање једне књиге о сексуалности на једном порнографском Web-у или украшавање, без одобрења, једног политичког Web-а, изводом једне фотографије који никада није виђен са садржајем на који се односи. Ово последње из два разлога: фотографија је наведена изван замишљеног концепта њеног аутора, и радња саме дифузије ствара њено сакаћење, пошто је, између осталог, по мишљењу француске доктрине фотографија једно недељиво ауторско дело.

Једнако се јавља и проблем цитата уметничких дела (скулптуре, сликарска и друга уметничка дела), приликом илустрације, нпр. једног Web-а о историји уметности или о музејима. Будући да је дело цитирано у потпуности, у одсуству ауторизације, постоји

повреда права на репродукцију, али и моралног права (услед дигитализације која подразумева неопходност другачијег формата). Ако је дело цитирано само и као један извод и то “кварење” носи призив повреде моралног права, пошто не допушта повраћај дела у смислу његове почетне глобалне визуелности и, према томе, изопачава га.

Хипертекстуални линкови (везе) - Повреда моралног права преко цитата, може се, такође, манифестовати кроз извесне хипертекстуалне везе: кад се са тих веза упућивање односи на прву страницу Web-а, које успоставља директан конектитет са ма којом страницом тог Web-а, корисник Интернета неће упознати, бар не директно, општи садржај поменутог Web-а и страна у питању ризикује да изађе из свог реалног контекста. У покушају да то ублаже, неки показују на свом Web-у обавештење о одобравању веза са прве стране, али забрањујући њихово директно упућивање на друге стране.

Осим поменутог, напад на морална права аутора, конкретно овлашћења на патернитет дела, употребом цитата, може се извршити ненавођењем имена аутора цитираног или поново приказаног (репризираног) дела.

### 3. 2. 1. Меродавно право у случају повреде моралног права аутора на Интернету

Специфичност повреда моралних права аутора огледа се у чињеници да ове повреде имају, не само национални карактер, али све више добијају и међународни карактер. У првом случају проблем је релативно лак и примениће се национални закон о ауторском праву земље где је повреда учињена. Међутим, ситуација је сасвим другачија, када повреда има елементе иностраности, што ће се веома често догађати, имајући у виду Интернет, као комуникацију која не познаје никакве физичке границе. Шта ће бити, ако, рецимо, сервер, који пружа услуге напада рачунар, који се налази у Француској. У том случају, по начелу *lex loci delicti* примениће се француско законодавство. Слично питање се може поставити и ако је провајдер<sup>21</sup> лоциран у Француској. И тада ће се поступити у складу са општим принципима Међународног приватног права, само што је њихова примена у овој материји врло сложена и осетљива, због саме природе односа, који су нови и још увек недоугољно истражени и недефинисани. С друге стране, садржај појединих националних законодавастава варира од земље до земље. Тако, нпр. амерички закон скоро потпуно игнорише морална права аутора, осим оних када се ради о аудиовизуелним делима (чл. 106 А US Code) или делима уметности. Смисао је тај да амерички правни систем суштински држи до економске вредности дела, док насупрот њему, француско право се нарочито везује за поштовање права аутора. Амерички Copyright је, дакле, једно право комерцијалне својине, пре свега.

Када говоримо о одговорности за повреде моралних права аутора на Интернету, треба рећи и ко су одговорна лица. Ако се ради о презентовању промењеног садржаја дела представљеног на Интернету; примарна је одговорност сервера, односно лица овлашћеног да опслужује сервер, док супсидијарно одговара провајдер, односно посредник, у случају да он не може открити стварног учиниоца. У овом другом случају ради се о тзв. посредничкој одговорности провајдера за своје клијенте, односно кориснике Интернет услуга. Иначе, за обичну повреду моралног права аутора, без презентовања на мрежи, одговоран је сам корисник Интернет услуга (овлашћени или не свеједно), што може бити свако лице. Што се тиче врсте одговорности, долазе у обзир грађанско-правна и кривичноправна одговорност.

<sup>21</sup> Провајдер је посредник у пружању интернет услуга.

### 3. 2. 2. Начини за поштовање моралних права аутора на Интернету

Примарни начин, од кога се полази у свакој области и од кога се очекују одређени резултати је превентивни начин деловања, односно заштите моралних права. Под овим начином деловања подразумевају се две ствари. Пре свега, мисли се на техничке начине заштите одређених ауторских дела, за која се може претпоставити да могу чинити предмет повреде на Интернету, тако што се корисници онемогућавају или им се отежавају одређени видови искоришћавања ауторских дела (нпр. његово умножавање и сл.), и то путем пасворда-лозинки за приступање одређеним сајтовима и сл. С друге стране, под превентивним начином деловања подразумева се и очекивање, од одређеног броја корисника, савесног коришћења Интернет дела, уз поштовање општих правила и узуса из области Ауторског права. Веома је корисно у уговорима о искоришћавању дела путем Интернета, што прецизније дефинисати начине и видове искоришћавања дела, да би се оставило што мање отворених питања и избегле евентуалне несугласице и спорови. Треба, такође истаћи да и сами аутори морају бити свесни ризика који преузимају стављајући своје дело на Интернет и да, у складу с тим, буду спремни да прихвате извесне манипулације свог дела и да, према томе, одустају од вршења појединих прерогатива. Међутим, то не значи да корисник може да ради шта хоће, јер уступање вршења одређеног овлашћења, не имплицира пренос тог овлашћења на корисника.

У случају да превентива не да жељене резултате, у дејство ступају тзв. репресивни начини заштите моралних права аутора. Већина националних законодавстава пружа правну заштиту моралним правима аутора, предвиђајући грађанскоправну и казненоправну заштиту, тако да аутору стоји на располагању читав низ инструмената којима може тражити заштиту свог моралног права. Истина, у легислативи је предвиђена заштита моралних права уопште имајући у виду класичне начине коришћења ауторских дела. Сматрамо да се, екстензивним тумачењем, та заштита може проширити и на Интернет. Осим класичних грађанскоправних тужбених захтева, овлашћеном лицу, коме је повређено неко право, може изнети и неке специфичне захтеве. Тако, нпр. може се тражити забрана приступа одређеном Web-у, ограничавање круга корисника који могу имати приступ одређеним ресурсима, па све до затварања сервера или забране рада провајдеру.

На самом крају, може се с правом поставити питање каква је будућност моралних права и ауторског права, уопште, у контексту искоришћавања ауторских дела путем Интернета. У одговору на ово питање има чак песимистичких размишљања да ће ауторско право нестати са појавом Интернета, односно да ће се једноставно утопити у мору савремених информacionих технологија. Мишљења смо да ће ауторско право надживети и Интернет и остале савремене технологије. Ово стога, јер је ауторско право настало пре Интернета и трајаће и после њега. С друге стране, што је још значајније, упркос чињеници да Интернет и морална права аутора, у извесним сегментима, можда угрожавају једно друго, ипак нам се чини да они не могу егзистирати једно без другог и да су упућени једно на друго. Другим речима, област повезаности, међузависности и коегзистенције ових двају појмова много су већи од разлика и потенцијалних колизионих интереса. У крајњој инстанци, на питање о будућности ауторског права под окриљем Интернета и као контрааргумент скептицима, можемо одговорити једним реалним и логичним контрапитањем: Ко ће штити Интернет ако ауторско право изумре?

Најзад чињеница да постоје бројни акти злоупотребе или фалсификата учињени на Интернету, који никада неће бити ни откривени, а камоли гоњени, не сме никако да послужи као закључак корисницима интернет услуга, па и ауторских дела, да је некажњивост обезбеђена. У том смислу, боље је бити мудар и опрезан, него послужити као супротан пример једног дана.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Séddallian V. et Langlois P. ; Web et droit d'auteur, <http://www.argia.fr/lij/ArticleMai96-1.html>, 14. 09/98.

**Mr VIDOJE SPASIĆ**

## **DROIT MORAL D'AUTEUR ET INTERNET**

### **Résumé**

Le droit subjectif d'auteur présente le droit reconnu au créateur intellectuel littéraire, artistique ou scientifique qui, en accord avec le droit objectif d'auteur, lui appartient à la base de sa création. Le corps de ce droit, qui est unique, est composé de la composante du droit de propriété et du droit moral. Le contenu de la composante du droit moral font plusieurs autorisations qui peuvent être additionnées sur deux bases: le droit au respect de l'intégrité de l'oeuvre et de la personnalité de l'auteur et le droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur (le droit de la paternité).

L'Internet présente le plus grand, le plus important et le plus connu réseau d'ordinateurs de nos jours. Vue du point de vue juridique et technique, l'Internet présente l'unité des réseaux autonomes entreliés, physiquement liés, capables de communiquer selon les protocoles d'avance prescrits et la distribution mutuelle des données-informations.

Les droits moraux des auteurs et l'Internet ont assez de points de touches. Vue qu'une oeuvre d'auteur présente par son essence l'information, cela veut dire que ces deux notions ont assez de points de tangence. L'essence de leurs rapports peut être démontrée, pratiquement et théoriquement, par la possibilité illimitée de l'exploitation des oeuvres d'auteurs présentées à l'Internet. Une telle exploitation illimitée des oeuvres d'auteurs, avec en plus la possibilité d'en faire des photocopies ou de modifications, offre des possibilités immenses pour la violation des droits moraux et matériels d'auteurs. Dans ce sens, surtout sont exposés aux chocs l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité, mais aussi, il existe la possibilité de l'exploitation indigne de l'oeuvre, ce qui peut entamer la réputation et la personnalité de l'auteur. En dépit de l'insuffisante réglementation juridique de cette matière, il existe tout de même certaines possibilités pour la protection des droits moraux d'auteur à l'Internet. Dans quelle mesure celles-ci peuvent être efficaces dans la pratique, le temps le montrera. En tout cas, l'Internet, comme champ le plus large de communication libre entre les gens, dans l'avenir, de plus en plus, mettra les droits d'auteur devant de grandes tentations.

14

---

\* **Assistant à la Faculté de Droit à Niš.**





**ПРЕДРАГ ЦВЕТКОВИЋ**

**УНИФИКАЦИЈА ОПШТЕГ ДЕЛА  
МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВРЕДНОГ  
УГОВОРНОГ ПРАВА**

**15**

### Апстракт

Присуствујемо стварању правних правила општег дела међународног привредног уговорног права. Ова правила садржана су у документима попут UNIDROIT Принципа за међународне трговачке уговоре и Принципа европског уговорног права. Садржина ових аката корелативна је садржини општег дела националних легислатива уговорног права. Да би створили правила чија ће улога у међународном промету бити функционално еквивалентна улози коју има општи део облигационог права у националним правним системима, редактори UNIDROIT Принципа и Принципа европског уговорног права нису користили форму *ius conventionis*. Конвенције, по правилу, представљају компромис између решења националних права. Компромисна природа конвенцијског права неопходна је за постизање критичног броја ратификација којим се условљава ступање на снагу конвенције

у питању. Последица таквог приступа је да конвенцијско право често није ништа више од правног еквилибријума са еклектичким правилима која се у пракси ретко примењују. Да би избегли такву ситуацију, креатори UNIDROIT Принципа и Принципа европског уговорног права определили су се за стварање аутономног скупа правних регула чија се обавезност не заснива на њиховом прихватању од стране држава, већ на функционалној прилагођености садржине ових докумената потребама светске пословне заједнице. За примену UNIDROIT Принципа и Принципа европског уговорног права није потребно да, попут конвенција, буду званично прихваћени од стране држава. Ови акти требало би да се примењују захваљујући снази њихових решења и ауторитету институција у оквиру којих су настали.

Кључне речи: Бечка конвенција, UNIDROIT принципи за међународне трговачке уговоре (UCP), Принципи европског уговорног права (PECL), Једнообрауни Закон за међународну продају робе (ULIS), Једнообрауни Закон о закључењу уговора о међународној продаји робе (ULFIS).

**ПРЕДРАГ ЦВЕТКОВИЋ\***

## **УНИФИКАЦИЈА ОПШТЕГ ДЕЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВРЕДНОГ УГОВОРНОГ ПРАВА**

### **УВОД**

Последњу деценију овог века карактеришу покушаји унификације општег дела међународног привредног уговорног права. Њихов циљ је стварање скупа правила која су функционални еквивалент општем делу облигационог права националних легислатива.<sup>1</sup>

Постоје два акта која претендују на установљавање општих правила међународног привредног уговорног права: UNIDROIT Принципи за међународне трговачке уговоре ( UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; у даљем тексту "UCP"), које је 1994. г. представио Институт за унификацију приватног права у Риму (Institut international pour l'unification du droit prive -UNIDROIT) и Принципи европског уговорног права (The Principles Of European Contract Law; у даљем тексту "PECL") које је 1998. г. објавила Комисија за европско уговорно право.

До доношења UCP и PECL, највиши домет унификације правила привредног уговорног права била је Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. г. ( у даљем тексту "Бечка конвенција" или "Конвенција").

UCP и PECL немају природу међународне конвенције. Они унификују правила међународног пословног права путем креирања диспозитивних правних правила која се

**15**

\* **Асистент приправник Правног Факултета у Нишу.**

<sup>1</sup> Није реткост да се врши хармонизација правила посебног дела међународног привредног уговорног права, односно правила за регулисање појединих уговора. На пример, уговор о агентури уређен је UNIDROIT Конвенцијом о представљању у међународној продаји робе из 1983. г. (Convention on Agency in the International Sale of Goods); уговор о лизингу регулише се UNIDROIT Конвенцијом о лизингу ( UNIDROIT Convention on International Financial Leasing ), а уговор о факторингу UNIDROIT Конвенцијом о међународном факторингу ( UNIDROIT Convention on International Factoring ) из 1988. г.

дају на располагање међународним пословним круговима. Правила ових докумената су размотрена и донета од стране институција и тела чији се ауторитет не темељи на империјуму државне власти, већ на познавању потреба и проблема међународне трговине. Примена ових правила заснива се на снази њихових решења и дејству која та решења имају на ефикасност, брзину и сигурност одвијања међународне трговине. Једна од карактеристика УСР и PECL је флексибилност у погледу могућности измене њихове садржине. С обзиром да ови документи немају природу *ius conventionis*, могу се ревидирати мимо строге и компликоване процедуре измене међународних конвенција. Тиме се омогућава да се њихова садржина уподобљава потребама међународног промета.

Кастели наводи да се свако уједначавање правила трговачког права суочава са потребом установљавања интереса међународне заједнице трговаца.<sup>2</sup> УСР и PECL имају управо овакав приступ. Они садрже решења која су правни израз захтева међународног промета за јасним, применљивим и сврсисходним решењима. Природа ових докумената дозвољава да се тако створена правила касније верификују и развијају у пракси. Овакав начин уређивања односа у међународном промету, формално различит од државних законодавних механизма а суштински близак стварању првобитне "*lex mercatoria*", дефинише се као "вештина регулисања фиктивне ситуације анализом сврхе будућег конкретног односа."<sup>3</sup>

Регулисање међународних пословних односа путем аутономних правних докумената је целисходније у односу на уређивање ових односа креирањем *ius conventionis*. За ступање на снагу међународних конвенција неопходан је критичан број ратификација. Да би се то постигло, њихова решења морају бити компромис прихватљив за већину држава. Тим решењима често ни једна страна није задовољна, и није редак случај да се она у пракси заобилазе. УСР и PECL следе нову логику унификације, логику која избегава спор и компликован процес доношења међународних конвенција за регулисање међународних пословних односа.

У наставку ћемо дати кратка разматрања о Бечкој конвенцији, UNIDROIT Принципима и Принципима европског уговорног права, као и анализу њихових будућих односа.

## 1. Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе

Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), донета је од стране Комисије Организације Уједињених Нација за међународно трговинско право. Конвенција је усвојена на Дипломатској Конференцији одржаној у Бечу марта 1980. г. на којој су учествовали представници 62 државе. Бивша СФРЈ је Бечку конвенцију ратификовала 1984. г. <sup>4</sup> Конвенција је на снагу ступила 1988. г.

<sup>2</sup> Kastely, A, H, *Unification and Community: a Theoretical Analysis of the United Nations Sales Convention*, Northwest Journal of International Law and Business ( 1988 ), с. 9.

<sup>3</sup> Ibidem, с. 3.

<sup>4</sup> Види "Сл. лист СФРЈ" бр. 10/1/84. од 31. 12. 1984. г. Правне последице ратификације Конвенције од стране Социјалистичке Федеративне Републике Југославије на државе које су настале њеним распадом нису сасвим јасне. На једној страни, могло би се тврдити да ове државе, као наследнице права и обавеза претходне, обавезује ратификација Конвенције од стране СФРЈ, али је Одељење за конвенцији споразуме Уједињених нација (UN Treaty Section ) заузело став да свака од новооснованих држава мора, уколико жели да се сматра Државом уговорницом Конвенције, недвосмислено изразити своју намеру да примењује њене одредбе. До сада су такву намеру изразиле Словенија и Босна и Херцеговина. На web site-у UNCITRAL-a (<http://www.un.or.at/uncitral>) могу се наћи подаци о томе које су државе и када ратификовале Конвенцију.

Бечка конвенција има 101 члан. Текст Конвенције подељен је у четири дела.<sup>5</sup> Конвенција уређује: закључивање уговора о међународној продаји робе; обавезе купца и продавца; повреда уговора и последице повреде уговора, као и други аспекти уговора о међународној продаји. Бечка конвенција се тренутно примењује у 52 државе, чији правни субјекти обављају око две трећине светске трговине.

Доношењу Бечке конвенције претходио је рад у оквиру UNIDROIT-а и Хашке Конференције за приватно право.<sup>6</sup>

Холандија је 1951. године организовала Дипломатску конференцију, на којој је требало обновити покушаје за унификацију права међународне продаје. Резултат рада Конференције је Једнообразни Закон за међународну продају робе (Uniform Law on the International Sale of Goods, у даљем тексту (ULIS). UNIDROIT је на Конференцији представио предлог Једнообразног Закона о закључењу уговора о међународној продаји робе (Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, у даљем тексту (ULFIS). ULIS и ULFIS су усвојени на дипломатској конференцији одржаној априла 1964. г.<sup>7</sup>

Уједињене нације су признале да проблем регулисања међународне трговине на међународном нивоу захтева озбиљан приступ чији дискурс неће бити само правни, већ и политички. Зато је Резолуцијом из 1966. године основана Комисија за међународно трговинско право (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL), која је, између осталог, имала циљ унификацију права међународне продаје.<sup>8</sup> У Комисију су били укључени не само правници из земаља Западне Европе, већ и из држава Источне Европе и тзв. Трећег света, UNCITRAL је, као и UNIDROIT тридесет година раније, инсистирао на легислативној опцији, тј. доношењу документа у форми конвенције. Резултат таквог приступа је Бечка конвенција.

О дометима Бечке конвенције постоје разичита мишљења. По једнима, Конвенција је максимум могуће унификације међународног трговачког права методом стварања *ius conventiois*. Настала као резултат полувековног рада најеминентнијих правника из целог света, у Конвенцији су превазиђене поделе поделе које су ометале међународни

<sup>5</sup> Први део Конвенције садржи Преамбулу и опште одредбе; Други део доноси правила о закључењу уговора; Трећи део уређује продају робе (обавезе продавца, обавезе купца, прелаз ризика, заједничке одредбе за продавчеве и купчеве обавезе); Четврти део садржи завршне одредбе.

<sup>6</sup> Хашка Конференција (The Hague Conference on Private Law ) отпочела је рад на припреми униформног закона за међународну продају 1930. г. Од самог почетка, документ је рађен у форми конвенције. Прелиминарни предлог униформног закона завршен је 1935. г. Са радом на Предлогу застало се са почетком Другог светског рата.

<sup>7</sup> У правној терминологији ови Закони познати су као Хашки једнообразни закони. Оба документа ступила су на снагу 1972. године. Једнообразне законе ратификовало је само девет земаља: Белгија, Савезна Република Немачка, Гамбија, Израел, Италија, Луксембург, Холандија, Сан Марино и Велика Британија. Ови акти нису имали велики број ратификација. Разлог за то је доминација европске правне традиције у њиховим решењима.

<sup>8</sup> UNCITRAL је основан Резолуцијом бр. 2205/XXI. Резолуцијом су, као приоритетан предмет рада Комисије, установљене следеће области: међународна продаја; међународна трговачка арбитража, међународни превоз, осигурање, међународна плаћања, интелектуална својина, заступање у међународној трговини и легализација докумената. О томе више: Голдштајн, А, *Конвенција Уједињених народа о уговорима о међународној продаји робе у структури права међународне трговине*, Информатор, Загреб, 1980, с. 10.

промет. Стога су њена правила прихватљив основ за одвијање међународне трговине.<sup>9</sup> Супротна мишљења заснивају се на следећим аргументима: 1. Бечка конвенција је мултиправни компромис, настао од елемената различитих правних цивилизација; 2. Конвенција, због своје компромисне природе, нема кохерентност и и конзистентност; 3. у основи Конвенције су национална правна решења, која често често не одговарају потребама међународног промета. Због ових разлога, прави пут у постизању јединства правног режима међународне трговине није доношење императивних правила у форми *ius conventionis*, већ охрабривање развоја најбољих решења у условима слободне конкуренције.<sup>10</sup>

Сматрамо да је Конвенција оправдала своје постојање, узимајући у обзир околности у којима је настала. О томе сведочи не само велики број ратификација (преко педесет, при чему су Конвенцију прихватиле економски најразвијеније света), већ и акцептирање њених решења од стране арбитража и судова широм света. Њоме је извршена највиша могућа интеграција различитих концепата у независни, функционални и смислени систем за регулисање међународне продаје.

Унификација права међународне продаје била је корак ка стварању јединственог општег дела међународног привредног уговорног права.<sup>11</sup> Ипак, компромисна природа Бечке конвенције условила је да она, и поред свих напора експерата који су учествовали у њеној изради, не буде имуна од контрадикторних и нејасних решења. Искуство везано за настанак Конвенције говорило је да стварање правила која би била еквивалент општем делу националних уговорних права није могуће успешно извршити доношењем акта у форми *ius conventionis*. Са друге стране, креирање тих правила је следећи логичан корак у унификацији права пословних трансакција. Зато су се редактори УСР и PECL одлучили да за формулисања правила општег дела међународног привредног уговорног права употребе посебан методолошки приступ: унификацију која за резултат неће имати уједначавање националних концепција, већ решења која су правни израз интереса светске заједнице трговаца за ефикасним и сигурним регулисањем међународног правног промета. Одлучујући критеријум при том није био, као код *ius conventionis*, конструисање компромисних решења која ће бити опште прихваћена (енг. *common core approach*), већ промовисање правно најцелисходнијих концепција, посматрано кроз потребу ефикасног и сигурног одвијања међународног промета (енг. *better rule approach*).<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Honnold, J, *Uniform Law for International Sales* (1982), с. 47, према Kastely, A, H, *op. cit.*, с. 25. Magnus (Magnus, U, *General Principles of UN Sale Law, Rebers Zeitschrift for foreign and international Private Law*, Vol. 59, 1995, Issue 3-4, с. 16. ), закључује да је унификација трговачког права, барем она са изгледом на успех, могла да започне управо са уједначавањем правила за регулисање уговора о продаји, као основног инструмента робног промета.

<sup>10</sup> Rosset, *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 45 Ohio State Law Journal, 365/84.

<sup>11</sup> Слична ситуација постојала је код настанка облигационог права у националним правним системима: општи део облигационог права свој основ има у регулативи уговора о продаји, као основног инструмента привредног промета.

<sup>12</sup> Bonell, M, J, *The UNIDROIT Principles and CISG*, <http://cisg.law.pace.edu/articles/bonell>, с. 12.

## 2. UNIDROIT принципи за међународне трговачке уговоре

UNIDROIT Принципе за међународне трговачке уговоре (UCP), донео је Институт за унификацију приватног права у Риму 1994. г.<sup>13</sup> Намењени су регулисању међународних пословних трансакција.

У раду на UCP консултоване су владе 56 земаља, правници и пословни људи широм света.

Текст UCP састоји се од 119 чланова, подељених на Преамбулу и седам поглавља. UCP садрже следећа поглавља: 1. опште одредбе; 2. закључење уговора; 3. правноснажност уговора; 4. тумачење уговора; 5. садржина уговора; 6. неизвршење уговора; 7. последице неизвршења. Сваки члан повезан је са коментаром и, тамо где постоји потреба, са примером.<sup>14</sup> Коментар представља саставни део UCP.

Две основне карактеристике UCP су:

1. они нису документ императивне природе; и
2. они су комплетни правни документи.

1. UCP немају природу конвенције. Њихова примена није условљена прихватањем од стране држава. Они су обавезни само ако их стране стим упишу као право које се примењује на уговор.<sup>15</sup>

2. UCP су комплетан правни документ, који треба да служи: а) као узор за националне легислативе;<sup>16</sup> б) као средство за попуњавање правних празнина у случајевима када нема надлежног права, или када конвенције и меродавно право немају решење за конкретно питање;<sup>17</sup> и ц) као средство које учесници у међународном промету могу користити за састављање својих међународних трговачких уговора, било као подсетник за питања која се уговором имају уредити, било преузимањем свих или само појединих решења из њиховог текста.

<sup>13</sup> Рад на доношењу UCP започео је 1971. г. Тада је формирана Комисија коју су чинили: Рене Давид, Клајв Шмитхоф и Тудор Попеску. Први је био представник англосаксонске правне цивилизације, други континенталних правних система, а трећи права социјалистичких земаља.

<sup>14</sup> У току 1999. г. Институт за упоредно право у Београду требало би да представи превод текста UCP на српски језик. Енглеска верзија доступна је на Интернету на адреси <http://www.unidroit.org/english/principles/contents.htm>. О карактеристикама UCP видети: Вилус, Ј, Начела међународних трговинских уговора, Правни живот, 11/98, с. 413. Проф. Вилус је као члан елитне групе правних експерата учествовала у раду на стварању текста UCP.

<sup>15</sup> "Принципи ће се применити само када га стране прогласе правом надлежним за регулисање њиховог уговора" (чл. 2. Преамбуле UCP).

<sup>16</sup> Види чл. 6. Преамбуле UCP.

<sup>17</sup> Види чл. 4. Преамбуле UCP.

Ове карактеристике УСР последица су нове методологије којом су се редактори служили приликом њиховог доношења. Њихове одредбе нису резултат апстраховања општих правила из великог броја постојећих норми националних закона, већ напора да из општег приступа изведу, из практичне и теоретске перспективе, разумни принципи. У том циљу, приликом рада на доношењу УСР у обзир су узети како одређени правни системи,<sup>18</sup> тако и међународни документи, као што су Бечка конвенција и INKOTERMS.<sup>19</sup>

### 3. Принципи европског уговорног права

Принципе европског уговорног права (PECL) објавила је Комисија за европско уговорно право 1998. г.<sup>20</sup> Принципи имају 116 чланова подељених у девет поглавља.<sup>21</sup>

PECL садрже правила и начела која су рефлексција уобичајених схватања о решавању проблема уговорног права унутар Европе.<sup>22</sup> Сврха принципа је да служе као: 1. база за каснију формулацију Европског јединственог законика за приватно право; 2. правни водич за органе Европске Уније; 3. основ за формулисање правила уговорног права држава чланица Европске Уније; 4. правила која ће се примењивати пред судовима за међународне трговачке уговоре који се склапају унутар Европске Уније. PECL се, у складу са принципом аутономије воље, могу примењивати и као меродавно право које су уговорачи изабрали.

<sup>18</sup> Приликом рада на доношењу УСР било је немогуће узети у обзир све правне системе, с обзиром да они немају једнаку правну вредност и фактички значај. Мера утицаја једног правног акта детерминисана је снагом његових решења и политичким и економским утицајем државе у којој се примењује. У складу са овим ставом, као материјал за рад на формулисању УСР узети су: Амерички Једнообразни трговачки законик и његова друга ревизија (Uniform Commercial Code and the Second Restatement of Contract Law), алжирски Грађански законик ( Algerian Civil Code ) из 1975, Закон о спољнотрговинском праву Народне Републике Кине (Foreign Economic Law of the People's Republic of China ) из 1985, Предлог новог холандског Грађанског законика и нови Грађански законик Квебека.

<sup>19</sup> INKOTERMS су правила која је донела Међународна трговачка комора, а која садрже клаузуле о преласку ризика и трошкова код дистанционе међународне продаје.

<sup>20</sup> Историјат доношења PECL почиње 1976. г. када је професор Оле Ландо предложио доношење "Европског једнообразног трговачког законика". Комисија за европско уговорно право (названа "Ландо" Комисија, у част њеног оснивача) установљена је 1982. године, уз подршку Европске Комисије (European Union Commission). Ландо Комисија састављена је од научних радника и практичара, који нису иступали као делегати својих влада, већ као појединци. Чланство у Комисији ограничено је на правнике из земаља чланица Европске Уније. Пун текст PECL доступан је на интернет адреси: <http://www.ufsia.ac.be/~estorme.cecl.html>.

<sup>21</sup> Поглавља су садржински подељена на следећи начин: 1. опште одредбе; 2. закључење уговора; 3. овлашћења заступника; 4. пуноважност уговора; 5. тумачење уговора; 6. садржина и дејство уговора; 7. извршење уговора; 8. неизвршење уговора и општа правна средства у случају неизвршења; 9. посебна правна средства због неизвршења.

<sup>22</sup> PECL су донети са намером да реше проблеме уговорног права унутар Европе. Ово је посебно важно, јер иза овог циља лежи тежња да се превазиђе дубок јаз између система уговорног права civil law-а и common law-а. Креација заједничких уговорних правила, што је био циљ приликом почетка рада на PECL, захтевала је преиспитивање великог броја различитих европских законодавних докумената и праксе која на њима почива. Они су морали да буду много више од компилације европских правних система.



PECL се примењују како на “домаће европске уговоре”, тј. уговоре који се склапају између трговаца унутар једне од земаља чланица ЕУ, тако и на трансевропске уговоре, односно уговоре који се склапају међу трговцима који припадају различитим државама чланицама ЕУ. PECL се не примењују само на трговачке, већ и на потрошачке уговоре. Правила PECL могу се применити и онда када су се уговорне стране сагласиле да ће њихов уговор бити уређен у складу са “општим правним принципима” или принципима “*lex mercatoria*.”<sup>23</sup> Поред тога, решења PECL могу служити као право за попуњавање правних празнина (енг. *gap filling law*), уколико правни систем који се примењује на уговор у питању нема одговарајуће решење.<sup>24</sup>

#### 4. Однос UNIDROIT Принципа, Принципа европског уговорног права и Бечке конвенције

##### 4. 1. Однос Бечке конвенције и UNIDROIT Принципа

Бечка конвенција и UCP су међународни инструменти са претензијом глобалне примене. Правила UCP су општија него норме Конвенције, јер, за разлику од ове, своје регулисање не ограничавају на уговор о међународној продаји робе. Између ова два акта постоји повезаност телеолошке природе: њихов циљ је да међународни промет учине ефикаснијим, промовисањем функционалних решења која карактерише предвидљивост исхода у примени.

Разлика у методологији настанка условила је да поједина питања, уређена у UCP, Бечка конвенција не регулише или да то чини само делимично. Нерегулисање појединих питања у Конвенцији последица је смањеног маневарског простора њених редактора, условљеног потребом стварања компромиса неопходног за постизање што већег броја ратификација.

Конвенција, за разлику од UCP, не уређује: утицај државних дозвола и одобрења на закључење уговора у међународном промету;<sup>25</sup> правило “*contra preferentem*”;<sup>26</sup> правило о језичким несагласностима (енг. *linguistic discrepancies*);<sup>27</sup> правило о тумачењу

<sup>23</sup> Види члан 1. 101. став 3. под а). PECL. Истоветну одредбу у Преамбули (чл. 3.) садрже UCP.

<sup>24</sup> Види члан 1. 101.ст. 4. PECL. Истоветну одредбу имају и UCP (чл. 4. Преамбуле).

<sup>25</sup> Утицај дозвола и одобрења на закључивање и извршење међународне пословне трансакције UCP уређује у чл. 6. 1. 14. -6. 1. 17.

<sup>26</sup> Ово правило UCP дефинишу на следећи начин: “Ако су услови уговора, унешени у уговор на захтев једне уговорне стране нејасни, ови услови тумачиће се у корист друге уговорне стране” (види чл. 4. 6. UCP). Правило сличног смисла садрже и PECL у чл. 5. 103.

<sup>27</sup> Проблем језичких несагласности се односи на ситуацију када је уговор сачињен у више једнако аутентичних верзија на различитим језицима. Којој верзији, у случају спора, треба дати предност приликом тумачења? UCP (чл. 4. 7.) и PECL (чл. 5. 107.) прописују да ће се у таквој ситуацији уговор тумачити у складу са верзијом у којој је споразум најпре настао.

испуштеног услова закљученог уговора,<sup>28</sup> као и одредбу о условима за прећутно установљавање уговорне обавезе.<sup>29</sup>

УСР су израз општих принципа који леже у Бечкој конвенцији.<sup>30</sup> Да није било Бечке конвенције, као широко прихваћеног униформног закона за међународну продају, доношење УЦП, ако не би било омогућено, свакако би било отежано.

Да ли је могућ сукоб надлежности Бечке конвенције и УСР? Када је реч о међународним трговачким уговорима који нису уговори о међународној продаји, начелно не би требало да буде преклапања у примени. На уговоре о међународној продаји примењиваће се Конвенција, а на остале међународне трговачке уговоре УСР.

Чак и у односу на уговоре о продаји, Конвенција и УСР нису нужно инкомпатибилни, и могу се успешно узајамно допуњавати. УЦП се могу примењивати на уговоре о продаји који нису у у режиму Конвенције као изабрано право или као "lex mercatoria". Ипак, кад год постоје услови за примену Конвенције, правила УСР требало би да буду субординирана њеним одредбама. Овакав закључак произилази из чињенице да, када је реч о уговору о међународној продаји, Конвенцијају односу на УСР представља *lex specialis*.

<sup>28</sup> Члан 4. 8. УСР у ставу 1 и 2 под а), б) и ц) предвиђа да, када су се стране нису сагласиле о свим условима уговора који су важни за одређивање њихових права и обавеза, садржина тих услова одређиваће се у складу са околностима, а нарочито намером страна, природом и сврхом уговора, начелом добре вере и поштеност пословања и критеријумом разумности. Ова ситуација настаје када се, после закључења уговора, појави потреба за регулисањем питања за која стране нису уредиле уговором. УСР у појединим ситуацијама дају супсидијарна правила за одређивање садржине услова уговора, уколико ту садржину нису одредили уговарачи. Као примере можемо навести: одредбу чл. 5. 7. УСР о одређивању цене; одредбу чл. 6. 1. 1. који нормира време извршења; и одредбу и чл. 6. 1. 6. о претпостављеном месту извршења.

<sup>29</sup> Према одредбама чл. 5. 1. УСР, уговорна обавеза страна може бити изражена изричито или прећутно. Прећутна обавеза проистиче из: а) природе и сврхе уговора; б) обичаја и праксе установљене између страна; ц) начела добре вере и поштеност пословања; д) критеријума разумности. Одредбу којом се одређују услови за прећутно утврђивање уговорне обавезе садрже и PECL (чл. 6. 102.).

<sup>30</sup> Разматрајући могућност да сеприлично регулисања уговора о међународној продаји у режиму Конвенције, правила УСР примењују као општи принципи на којима ова почива, Магнус (ор. cit, стр. 3.) пише: "Члан 7. став 2. Бечке конвенције допушта употребу општих принципа на којима ова почива, мада су ови принципи једва директно изражени. Да ли се правила УСР могу сматрати општим принципима у смислу чл. 7. ст. 2. Конвенције? УСР између осталог, служе као водич за интерпретацију и попуну празнина у међународним конвенцијама којима се регулишу међународни трговачки уговори. Таква интенција сама по себи, без подршке у интерпретације Конвенције у пракси, није довољна. УСР би, према мом мишљењу, требало сматрати општим принципима који су додати Бечкој Конвенцији. Најважнији разлог за то је да они широко кореспондирају, како са њеним респективним одредбама, тако и са општим принципима који су ван Конвенције. Бечка конвенција јеснага која даје подршку УСР. Редактори УСР су у свом раду водили рачуна о тренутном стању на пољу унификације. У том смислу, Бечка конвенција је од великог значаја, јер је настала као резултат интензивног упоређивања правних система и политичке подршке компромису правних цивилизација. Конвенција конституише основ за даљи развој уговорног права. Њене одредбе служе као основ за допуну и модификацију старих и правац за решавање нових питања, доводећи их у склад са потребама трговине. UNIDROIT је радио са овим на уму".

Наравно, увек постоји могућност да стране, у складу са чл. 6. Конвенције искључе њену примену, у целини или делимично.<sup>31</sup>

Да ли стране из уговора који је у оквиру примене Конвенције, могу искључити њену примену позивањем на UCP? На ово питање теорија даје два одговора: један је да је ова ситуација еквивалента оној која настаје када уговарачи, као право меродавно за њихов уговор, бирају право треће државе или национално право једног од уговарача. Практична консеквенца прихватања оваквог става је да се промовисањем UCP у меродавно уговорно право за уговор о продаји прећутно искључује примена Конвенције.<sup>32</sup>

Према другом гледишту, не постоји једнака мера инкомпатибилности између UCP и Бечке конвенције, и Конвенције и неког националног права.<sup>33</sup> UCP и Конвенција су акти међународног карактера донети са идентичним циљем: правно регулисање међународног промета. Зато бирање UCP као права надлежног за уговор не може бити основ за конструкцију да су стране имале намеру да Конвенцију искључе у потпуности. Оне то могу учинити изричито, коришћењем могућности искључења Конвенције у целини или само њених појединих одредби.<sup>34</sup> Стога је неприхватљиво установљивање презумпције да се одређивањем UCP као меродавног права искључује примена Конвенције у целини.

Када је у питању уговор о међународној продаји, питања карактеристична само за овај уговор искључена су из предмета регулисања UCP. Уколико су UCP изабрани као меродавно право за регулисање уговора о међународној продаји робе, правила Конвенције се на такав уговор примењивати као "lex mercatoria".<sup>35</sup>

#### 4. 2. Однос UNIDROIT Принципа и Принципа европског уговорног права<sup>36</sup>

PECL и UCP су акти сличне правне природе. Ова сличност је последица идентитета методологије којом су се њихови доносиоци користили.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> У питању је тзв. opting out клаузула, којом стране могу, под резервама наведеним у члану 6, искључити примена Конвенције. Види Вилус, Ј, *Коментар Конвенције о уговорима о међународној продаји робе*, Загреб, 1980, с. 15-17.

<sup>32</sup> Boele-Woelki, K: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to apply them to the international contracts*, *Uniform Law Review*, 1996, с. 652.

<sup>33</sup> Bonell, op. cit, с. 5.

<sup>34</sup> Види чл. 6. Конвенције.

<sup>35</sup> Тако се питање одговорност продавца из уговора о продаји у режиму UCP, у одсуству одговарајућих решења, може регулисати правилима Конвенције.

<sup>36</sup> Компарација I дела PECL и UCP изведена је у чланку "The UNIDROIT Principles of International Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar rules for the same purposes", Bonelli, M, *Uniform Law Review*, 26/96, с. 229-246.

<sup>37</sup> Идентитет метода није потпун: за разлику од UCP, у чијем су доношењу учествовали правници из земаља са различитим економским и политичким амбијентом, у припреми PECL учествовали су само правници из индустријски развијених западноевропских земаља. Такав приступ је узрокован разликом у намераваној употреби ових аката. UCP су донети са циљем да се примењују на глобалном нивоу, док су PECL првенствено намењени привредницима из земаља Европске Уније.

Правила УСР и PECL су довољно слична да дају разлог за недоумицу зашто су њихови доносиоци одабрали да, наизглед, дуплирају напоре. Кратак одговор на ово питање гласи: ниједан није припреман са очекивањем да ће други уопште настати. У време почетка рада на доношењу PECL, постојала је сумња у прихваћеност УСР од стране међународне правне и пословне заједнице. Уз то, рад на Бечкој конвенцији, започет као ревизија Хашких закона, још увек је био у почетној фази. PECL су имали за циљ да материјализују захтеве европских држава за унификацијом трговачког уговорног права, ако решења УСР буду садржински неадекватна или недовољно прихваћена у пословним круговима. Када је постало јасно да ће УСР бити донети и прихваћени, процес креације PECL отишао је предалеко да би одустајање од њиховог доношења било оправдано.<sup>38</sup>

Разлике између ова два инструмента могу бити: а) разлике политичке природе и б) разлике техничке природе

а) Разлике политичке природе су разлике које произилазе из различитог домена примене УСР и PECL. УСР су намењени регулисању међународних трговачких уговора.<sup>39</sup> Сврха PECL је да се њихова правила примењују као општа правила уговорног права на територији Европске Уније.<sup>40</sup> Сем тога, PECL се, за разлику од УСР, не примењују само уговоре склопљене између трговаца професионалаца, већ и на потрошачке уговоре.

Разлика у пољу примене УСР и PECL у великој мери објашњава остала размимолажења, присутна у другим одредбама. Рецимо, у дефинисању обавезе страна да поступају у доброј вери (енг. good faith), PECL ову дужност остављају у стандардним оквирима, без амалгамирања додатних критеријума. УСР, за разлику од PECL, предвиђају да се приликом просуђивања да ли је или није нека уговорна страна поступала у складу са начелом добре вере, овај стандард неће тумачити онако како се то чини у домаћем промету, већ у светлу услова који владају у међународној трговини.<sup>41</sup> Исти

<sup>38</sup> За разумевање односа који је постојао приликом доношења УСР и PECL, неопходно је знати да су редактори УСР најпре усаглашавали правила о закључењу, интерпретацији, пуноважности, извршењу и неизвршењу уговора, док је Ландова комисија кренула инверзним редоследом. У складу са тим, једна група увек је пред собом имала предлог који је резултат рада друге групе, и то најмање у форми преелиминарног предлога. Није занемарљива ни персонална унија у настанку ових аката, остварена тиме што је један број експертарадио на доношењу оба документа.

<sup>39</sup> Види чл. 1 Преамбуле УСР. У коментару ове одредбе Преамбуле, наводи се да се међународни карактер уговора најпре дефинисати на више начина. Решења прихваћена у националним и међународним легислативама утврђивање међународног карактера привредног уговора везују за критеријум седишта или пребивалишта уговорача, или за опште критеријуме као што је "битна веза уговора са више од једне државе". УСР се не опредељују ни за један критеријум. У коментару чл. 1. Преамбуле препоручује се да се, приликом примене и тумачења концепта "међународног" трговачког уговора, истом да најшира могућа интерпретација. Међународним уговором се неће сматрати једино онај уговорни однос у коме нема елемента иностраности, и код кога су сви релевантни аспекти уговора везани само за један правни систем.

<sup>40</sup> Види чл. 1.101 PECL. Због великог степена слагања принципа и правила уговорног права држава чланица ЕУ, било је могуће формирати PECL са много већом минуциозношћу, него што је то било могуће за УСР, који имају за сврху да помире различите правне, економске, социолошке и политичке позиције великог броја држава.

<sup>41</sup> Види чл. 1. 201. ст. 1 и 2. PECL и чл. 1. 7. ст. 1 и 2. УСР.

основ разликовања, *mutatis mutandis*, постоји и код дефиниције обичаја у PECL и у UCP<sup>42</sup>

Пример за “политичке” разлике је и третман дејства (не)издавања административних дозвола и одобрења на закључивање међународних трансакција. UCP уређују ово питање, док PECL то не чине. За тако нешто није ни било потребе, с обзиром да је сврха PECL примена на јединственом европском тржишту.

б) Техничке разлике између UCP и PECL можемо дефинисати негативно: то су разлике које немају политички карактер. Њихов настанак се, у одсуству етиологије политичког карактера, може објаснити само разликама у правним мишљењима доносилаца ових аката.

Пример за разлике техничке природе је усвајање теорије пријема UCP за дејство свих обавештења које стране међусобно размене<sup>43</sup>. PECL такође као општи принцип усвајају теорију пријема,<sup>44</sup> с тим што за дејство обавештења о раскиду уговора због неизвршења или претпостављеног неизвршења (антиципативни раскид) предвиђају теорију одашиљања.<sup>45</sup> Други пример за постојање техничких разлика је различит третман предлога за закључење уговора упућених јавности. PECL овакве предлоге сматра понудом.<sup>46</sup> UCP не дају одговор на питање дали је неопходно да предлог за закључење уговора, да би се сматрао понудом, буде упућен одређеном лицу.

Да ли паралелна егзистенција UCP и PECL може узроковати њихову борбу за примат у примени? Изван Европе нема конкуренције између ова два инструмента. PECL су намењени судијама, парламентима и законодавним органима ЕУ и земаља чланица ЕУ, да се њима користе приликом доношења и интерпретације комунитарног или домаћег уговорног права. Од законодаваца и судија из Америке, Африке, Азије и Океаније тешко је очекивати да ће употребљавати PECL, који су, (како је у Преамбули наглашено) дизајнирани за у потребу у земљама чланицама ЕУ, при чему се водило рачуна о економским и социјалним околностима тих држава. Арбитраже и судови из ваневропских земаља вероватно ће, приликом решавања спорова из међународног уговорног права, дати предност правилима UCP.

Сигурно је да, и поред начелно јасно одвојеног поља примене, неће увек бити једноставно избећи неспоразуме који могу настати због паралелне егзистенције два слична, али међусобно искључива инструмента. Мада су PECL превасходно намењени употреби у земљама чланицама ЕУ<sup>47</sup>, не постоји никаква формална забрана (нити би таква забрана имала смисла) за државе нечланице ЕУ, да PECL употребљавају као водич за

<sup>42</sup> Упореди: “Стране су везане обичајима са којима су се сложиле и са праксом коју су установиле међу собом; стране су везане обичајима које лица у истој ситуацији као и уговорне стране сматрају опште применљивим, осим у ситуацији када би примена таквих обичаја била неразумна” (чл. 1. 105. ст. 1 и 2. PECL); “Стране су везане обичајима са којима су се сложиле и са праксом коју су међусобно установиле; стране су везане обичајима који су широко познати и редовно их поштују стране у међународној трговини, осим када би примена таквих обичаја била неразумна” (чл. 1. 8. UCP).

<sup>43</sup> Види чл. 1. 9. ст. 2. UCP.

<sup>44</sup> Види чл. 1. 303. став 2. PECL.

<sup>45</sup> Види чл. 1. 303. став 4. PECL.

<sup>46</sup> Види чл. 2. 201. ст. 2 и 3. PECL.

<sup>47</sup> Види чл. 1. 101. став 1 PECL.

формулисање њиховог домаћег уговорног права, нити за пословне људе из земаља ван ЕУ да их бирају као право меродавно за њихове трговачке уговоре.

Постојање PECL не искључује могућност њихове примене на уговоре које склапају трговци из земаља ЕУ. Пословни људи из ЕУ могу PECL да примењују као право које се примењује на њихове уговоре са партнерима из ЕУ, а UCP као меродавно право за њихове уговоре са партнерима ван ЕУ.

Ни PECL, ни UCP нису императивни инструменти. Они се примењују с обзиром на снагу својих решења. Хипотетички, уколико у будућности UCP постану Конвенција<sup>48</sup>, то не би значило престанак потребе за PECL, јер би предмет те нове Конвенције био ограничен на међународне трговачке уговоре, док би PECL и даље имали значајну улогу унутар заједничког европског тржишта. Постоји могућност да и PECL буду конвертирани у инструмент са природом закона. Уколико би се то десило, могућност примене UCP на уговоре који су предмет регулисања PECL била би знатно ограничена.<sup>49</sup>

Да закључимо: PECL и UCP играју једнако важне, али не и међусобно заменљиве улоге. Ван Европе или у међународним трансакцијама, преовладаће UCP. У Европи, код уговора склопљених између страна под суверенитетом држава чланица Уније, примењиваће се PECL. Разлике политичке природе постојаће све док постоји њихово садашње поље примене. Када је реч о разликама техничке природе, време и пракса одредиће примат правила једног или другог инструмента. У том погледу, конкуренција између PECL и UCP може донети само користи.

---

<sup>48</sup> За то се залаже Beraudo, J, P, *Les principes d' UNIDROIT relatifs au droit du commerce international*, in *La Semaine Juridique* 1995, I 3842, с. 194.

<sup>49</sup> Уколико PECL буду укључени у Јединствени Европски Закон за приватно право (види Резолуције Европског парламента од 26. маја 1989. и 6. маја 1994. г.), били би транслатовани у област законодавних норми.

**PREDRAG CVETKOVIĆ**

## **UNIFICATION DE LA PARTIE GENERALE DU DROIT ECONOMIQUE CONTRACTUEL INTERNATIONAL**

### **Résumé**

Nous sommes en présence de la création des règles juridiques de la partie générale du droit économique contractuel international. Ces règles sont contenues dans les documents comme le sont les Principes de l'UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux et les Principes de droit contractuel européen. Le contenu de ces actes est corrélatif au contenu de la partie générale des législations nationales du droit contractuel. Pour formuler les règles dont le rôle, dans le trafic international, sera fonctionnellement équivalent au rôle se trouvant dans la partie générale du droit d'obligations dans des systèmes juridiques nationaux, les rédacteurs des Principes de l'UNIDROIT et des Principes du droit contractuel européen n'ont pas utilisé la forme *ius conventionis*. Les conventions, en principe, présentent le compromis entre les solutions des droits nationaux. La nature de compromis du droit conventionnel est indispensable pour pouvoir attendre le nombre critique de ratifications comme la condition pour que la convention en question puisse entrer en vigueur. La conséquence d'un tel accès est que le droit conventionnel souvent n'est rien de plus qu'un équilibre avec des règles éclectiques qu'on applique rarement dans la pratique. Pour éviter une telle situation, les créateurs des Principes de l'UNIDROIT et des Principes du droit contractuel européen ont opté pour la création d'un ensemble autonome de règles juridiques dont force obligatoire ne se base pas sur leur adoption de la part des États, mais sur leur adaptabilité fonctionnelle du contenu de ces documents aux exigences de la communauté internationale du trafic. Pour la pratique des Principes de l'UNIDROIT et des Principes du droit contractuel européen il n'est pas nécessaire, comme quant il s'agit des conventions, qu'ils soient officiellement adoptés par les États. Ces actes devraient s'appliquer grâce à la force de leur solutions et autorité des institutions dans le cadre desquelles ils ont vu le jour.

15

---

\* **Assistant à la Faculté de Droit à Niš.**

Les mots clés: La Convention de Vienne, les Principes de l'UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux (UCP), les Principes du droit contractuel européen (PECL), la Loi uniforme pour la vente international de produits (ULIC), la Loi uniforme de la conclusion des contrats de la vente international de produits (ULFIS).



ГОРАН ОБРАДОВИЋ

**РАДНА ОБАВЕЗА У ФУНКЦИЈИ  
ОДБРАНЕ ЗЕМЉЕ  
- ПРИНУДНИ ИЛИ ОБАВЕЗНИ РАД  
КОГА ПРАВНИ ПОРЕДАК ТОЛЕРИШЕ**

**16**

### Апстракт

Слобода рада спада у ред фундаменталних права човека и основних начела радног права признатих и гарантованих националним и међународним правом. Као њена негација је принудни или обавезни рад изричито забрањен. Међутим, уз ту забрану се може допустити неколико такса-тивно наведених изузетака, али само за

јавне сврхе и под условима из важећег права. Један од њих односи се на "рад или услугу који се захтевају на основу закона о обавезној војној служби за радове чисто војничког карактера". Томе контексту припада и насловљена тематика коју настојимо теоријски, нормативно и практично сагледати.

Кључне речи: радни однос, радна обавеза, одбрана.

ГОРАН ОБРАДОВИЋ

## РАДНА ОБАВЕЗА У ФУНКЦИЈИ ОДБРАНЕ ЗЕМЉЕ - ПРИНУДНИ ИЛИ ОБАВЕЗНИ РАД КОГА ПРАВНИ ПОРЕДАК ТОЛЕРИШЕ

### 1. СЛОБОДА РАДА И ПРИНУДНИ РАД

Радни однос не може постојати ако нема добровољности, као израза слободе рада. Тек са слободом рада (уз егзистенцијалну нужност рада) биле су створене претпоставке за појаву радних односа, а "...тек на темељу слободно (добровољно) заснованог радног односа може за радника настати обавеза да рад особно обавља и да се такав рад правно третира као рад у радном односу,..."<sup>1</sup>

Слобода рада и запошљавања, као и право на рад гарантовани су правним актима највишег ранга на националном и међународном плану. С друге стране, принудни рад је уставом изричито забрањен.<sup>2</sup> Устав Савезне Републике Југославије гарантује слободан избор занимања и запослења и изричито забрањује принудни рад (чл. 54)<sup>3</sup>, као и Устав Републике Србије који, такође, јамчи слободу рада, слободан избор занимања и запослења и учешће у управљању, а принудни рад забрањује (чл. 35)<sup>4</sup>.

Слобода рада подразумева право сваког лица да слободно изабраним или прихваћеним радом обезбеди себи средства за живот.<sup>5</sup> У том смислу, слобода рада подразумева: а) слободу у избору будућег позива, занимања или професије; б) слободу сваког

\* Асистент приправник Правног Факултета у Нишу.

<sup>1</sup> Др Н. Тинтић, *Радно и социјално право*, књига прва, радни односи (I), Народне новине, Загреб, 1969, стр. 63.

<sup>2</sup> Др Д. Р. Паравина, *Радно право*, Службени гласник, Београд, 1998, стр. 35.

<sup>3</sup> Устав Савезне Републике Југославије, Сл.лист СРЈ бр. 1/92.

<sup>4</sup> Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 1/90.

<sup>5</sup> Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Сл. лист СФРЈ, бр. 7/77.

лица у опредељивању да ли ће средства за живот обезбеђивати радом из радног односа или из бављења каквом самосталном професионалном делатношћу; в) слободу, тј. добровољност одлучивања о заснивању и раскидању радног односа; г) забрану принудног рада; д) једнакост и равноправност у доступности свих радних места и функција у друштву за сва лица укључујући и изричиту забрану дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вероисповести, имовном стању, итд.; њ) обезбеђивање средстава за живот из личног рада као основни циљ или разлог постојања ове слободе.<sup>6</sup>

Забрану принудног рада, као негацију слободе рада, познају и акти међународног радног права.

Посебно је значајна активност Међународне организације рада која је, још од првих година постојања, била усмерена ка елиминацији принудног рада. У том смислу нарочито пажњу заслужује Конвенција бр. 29 о принудном или обавезном раду из 1930. године. С обзиром на важност питања, МОР је више пута резолуцијама скретала пажњу државама-чланицама на хитност ратификације ове конвенције.<sup>7</sup> У том циљу је 1926. године Међународна организација рада именовала посебну комисију стручњака, која би то питање проучила.<sup>8</sup> Конвенција је ступила на снагу 1. маја 1932. године. Исте године ратификована је и од стране Југославије.<sup>9</sup> Закључно са 31. децембром 1996. године ову конвенцију је ратификовала укупно 141 држава.<sup>10</sup> Њоме се предвиђа поступно укидање принудног рада. Конвенција разматра проблем принудног рада нарочито са тачке гледишта примене у тадашњим колонијалним државама. Пажња је била усмерена и на брзу заштиту од принудног рада као средстава политичке принуде или као средства за постизање економских циљева.<sup>11</sup>

У смислу ове конвенције, израз “принудни или обавезни рад” означаваће сваки рад или услугу који се захтева од једног лица под претњом ма које казне и за који се то лице није понудило добровољно (чл.2). Изузетно, принудни или обавезни рад ће се толерисати у неколико изричито приписаних изузетака, међу којима је и “сваки рад или услуга који се захтевају на основу закона о обавезној војној служби за радове чисто војничког карактера”.

Питање принудног рада МОР је поново разматрала после II светског рата, на подстицај Организације уједињених нација и у сарадњи с њом, сада са ширих гледишта.<sup>12</sup> Тако је усвојена Конвенција бр. 105 о укидању принудног рада. Она код нас није ратификована. Конвенција је ступила на снагу 17. јануара 1959. године а закључно са 31. децембром 1996. године исту је ратификовало 119 земаља.<sup>13</sup> Суштина ове конвенције је у обавези држава-чланица које је ратификују, непосредно и потпуно укидање принудног или обавезног рада, и то тако што га неће примењивати: у економске сврхе (за јавне радове, обавезну одбрану земље, за транспорт, итд); у социјалне циљеве (као

<sup>6</sup> Детаљније о томе види: Др Д. Р. Паравина, *Нека основна начела радног права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу за 1980. годину, стр. 176-180.

<sup>7</sup> Др Р. Пешић, *Међународне конвенције рада*, Просвета, Београд, 1968, стр. 151.

<sup>8</sup> Dr R. Kyovski, Dr A. Radovan, *Konvencije in preporocila mednarodne organizacije dela*, Center za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana, 1975, стр. 56.

<sup>9</sup> Службене новине, бр. 297 од 1932. године.

<sup>10</sup> Bureau international du Travail (BIT), *Listes des ratifications par convention et par pays*, Geneve 1997.

<sup>11</sup> Детаљније о томе види у: BIT, *Les normes international du travail*, Geneve, 1985, стр. 32.

<sup>12</sup> Dr R. Kyovski, Dr A. Radovan, *op. cit*, стр. 56.

<sup>13</sup> BIT, *Listes des ratifications par convention et par pays*, *op. cit*.

меру радне дисциплине, као санкцију за учешће у штрајку, као меру интервенције пре отпочињања штрајка, као меру расне, социјалне, националне и религиозне дискриминације); у политичке циљеве (као меру политичког насиља или преваспитања или као санкцију против особа које показују одређена политичка схватања или су у идеолошкој опозицији према постојећем политичком, социјалном или економском поретку).<sup>14</sup>

У вези са забраном принудног рада значајна је и активност Организације уједињених нација, посебно два њена пакта, оба ратификована код нас, и то: Међународни пакт о економским, социјалним и културним првима из 1966. године, ратификован код нас 1971. године<sup>15</sup> и Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, такође ратификован код нас 1971. године.<sup>16</sup> Први од њих садржи изричиту забрану принудног рада. Према чл. 8, тач. 3: “нико не може бити приморан на присиљан или обавезан рад.” Ова забрана је релативизирана као и она садржана у конвенцији МОП-а бр. 29. Изузетно од цитираног правила, принудним радом се неће сматрати, између осталог, служба војне природе која се тражи на основу закона. Разлика је у томе што су овде забране формулисане на уопштенији начин. Тако, Конвенција бр. 29 принудним радом не сматра рад обављен у “извршавању нормалних грађанских обавеза”, али ни рад обављен у неким ванредним ситуацијама (рат, пожари, поплаве, глад, земљотрес,...). Пакт о економским, социјалним и политичким правима као изузетак од принудног рада наводи “сваки рад или службу који чини део нормалних грађанских обавеза.”

Међународним пактом о грађанским и политичким правима на посреднији начин се забрањује принудан рад, тако што: “Државе чланице овог пакта признају право на рад, које обухвата право које има свако лице на могућност зарађивања кроз слободно изабран или прихваћен рад, и предузимајући одговарајуће мере за очување овог права”, (чл. 6, ст. 1).

## 2. РАДНА ОБАВЕЗА У ПРАВУ И ПРАКСИ ЈУГОСЛАВИЈЕ

### 2.1. Садржина, обвезници и реализација радне обавезе

Правни основ за радну обавезу садржан је у Уставу Савезне Републике Југославије. Према чл. 63: “Одбрана Савезне Републике Југославије право и дужност сваког грађанина.” Која су конкретна права и дужности грађана у одбрани земље утврђује Закон о одбрани<sup>17</sup>. То су: 1) војна обавеза; 2) учешће у цивилној одбрани и заштити; 3) обучавање за одбрану земље; 4) радна обавеза (подвукао аутор); 5) материјална обавеза (чл. 20). Закон о одбрани садржи и неке основне одредбе о радној обавези, о којима ће касније бити више речи.

Пропис који најдетаљније уређује радну обавезу је Уредба о организовању и извршавању радне обавезе<sup>18</sup> (у даљем тексту: Уредба). Стога ће њој бити посвећена и највећа пажња.

<sup>14</sup> N. Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz, Paris, 1970, str. 279.

<sup>15</sup> Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Сл. лист СФРЈ бр. 7/71.

<sup>16</sup> Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Сл. лист СФРЈ бр. 7/71.

<sup>17</sup> Закон о одбрани, Сл. лист СРЈ, бр. 43/94, 28/96 и 16/99.

<sup>18</sup> Уредба о организовању и извршавању радне обавезе, Сл. лист СРЈ, бр. 36/98 и 20/99.

Осим наведених прописа, од значаја је и Уредба о примени Закона о основама радних односа за време ратног стања<sup>19</sup>

Садржина радне обавезе је утврђена чланом 1. Уредбе. То је "...извршавање неодложних радова од значаја за одбрану земље за време ратног стања, непосредне ратне опасности или ванредног стања, док такво стање траје." Шта се све сматра "неодложним радовима" прецизније је дефинисано чланом 13. Уредбе.

Неодложни радови су: 1) одржавање путева, мостова, железничких пруга и сл.; 2) учешће у привременим саставима који извршавају посебне задатке у току мобилизације; 3) утовар и истовар покретних ствари за посебне намене и других средстава у лукама и пристаништима, аеродромима, железничким станицама и сабирним центрима; 4) испомоћ у гашењу пожара, рашчишћавању рушевина и оправци објеката; 5) испомоћ приликом преношења повређених и оболелих и асанације бојишта; 6) утовар и истовар робних резерви и покретних ствари предузећа и других правних лица; 7) дислокација производних капацитета, сировина и других материјалних добара предузећа од посебног значаја за одбрану; 8) испомоћ у обављању пољопривредних радова на државним и задружним газдинствима и сеоским имањима породица погинулих бораца, инвалида и породица чији су чланови ангажовани у Војсци; 9) уређење насеља и објеката за смештај расељених лица; 10) испомоћ у експлоатацији шумског, рудног и другог природног богатства; 11) уређење и изградња склоништа и других фортификацијских објеката за заштиту становништва; 12) размештање предмета и докумената историјских, уметничких и културних вредности; 13) други радови од значаја за одбрану земље.

Обвезници радне обавезе могу бити сви за рад способни грађани који су навршили 15 година живота, а нису распоређени на службу у Војсци<sup>20</sup>. Радној обавези не подлежу, значи, само запослена, већ и сва остала лица која испуњавају два горе наведена услова. Разлика је само у томе што запослена лица-обвезници радне обавезе ту обавезу извршавају углавном у оквиру свог радног места, док незапослена лица могу бити упућена на извршавање радне обавезе у неки државни орган, предузеће или друго правно лице, али и у јединицу радне обавезе. Има, наравно и одступања од овога, најчешће у смислу да неко запослено лице може бити, као обвезник радне обавезе, упућено у јединицу радне обавезе, уколико нема ратни распоред а радна обавеза му није одређена с обзиром на посао који обавља у оквиру свог радног места.

Ово, свакако, не значи да су обвезници радне обавезе сва запослена лица, по аутоматизму, већ су то само она лица која су, с обзиром на своју стручну квалификацију и делатност којим се бави њихова институција запослења, од значаја за "извршавање неодложних радова од значаја за одбрану земље за време ратног стања, ..." Одлуку о томе доноси надлежни орган, на основу указаних потреба одбране земље.

По питању ослобађања неких категорија лица од радне обавезе, основни текст Уредбе садржи само правило да се труднице и мајке које имају дете млађе од седам година односно двоје или више деце млађе од 10 година, као и грађани неспособни за рад ослобађају ангажовања у јединицама радне обавезе за извођење неодложних радова за потребе Војске Југославије (чл. 12).

<sup>19</sup> Уредба о примени Закона о основама радних односа за време ратног стања, Сл. лист СРЈ, бр. 36/99.

<sup>20</sup> Закон о одбрани, чл. 24. ст. 2.

Детаљније одредбе о ослобођењу појединих лица не садрже у својим основним текстовима ни Закон о одбрани ни Уредба, већ је то учињено касније, Уредбом о изменама и допунама Уредбе о организовању и извршавању радне обавезе<sup>21</sup>, усвојеном тек после проглашења ратног стања. Њоме је утврђено којим се све категоријама лица не може наложити извршавање радне обавезе, без њихове сагласности, и то: 1) родитељу детета до 15 година старости чији је брачни друг према ратном распореду на извршавање војне обавезе; 2) самохраном родитељу, односно мајци, која има дете млађе од седам година, односно двоје или више деце млађе од десет година или дете које је тежак инвалид; 3) жени за време трудноће; 4) лицу чији је брачни друг тежак инвалид према налазу надлежног здравственог органа-ако му је потребна туђа нега; 5) лицу неспособном за рад.

У побројаним случајевима одређену забуну ствара други, тј. да се радна обавеза не може наложити: "самохраном родитељу, **односно мајци,...**" Реч "односно" може се овде тумачити двојачко. Прво, да се под "самохраним родитељем" подразумева искључиво мајка и, друго, да се мајци која има дете млађе од седам година, односно двоје или више деце млађе од десет година или дете које је тежак инвалид, не може увести радна обавеза, чак иако није самохрана, што је исправније.

Право дато у ставу 2. Уредбе о изменама..., губи смисао због одредбе садржане у наредном, трећем ставу, у коме се каже: "Грађанину из става 2. овог члана може се одредити радна обавеза у државном органу, предузећу или другом правном лицу код кога је у радном односу, без његове сагласности, само ако се за обављање одређених послова не може обезбедити друго лице." Ово значи да се и не ради о праву, већ само о могућности да неко од наведених лица буде ослобођено радне обавезе. Да је у питању право то би био императив и у њега не би могло да се дира. Дословним тумачењем става 3. може се закључити и да су запослена лица стављена у неравноправан положај у односу на запослена, с обзиром да се грађанину може одредити радна обавеза у државном органу, предузећу или другом правном лицу **код кога је у радном односу...** Значи, за грађанина који је незапослен ослобођење од радне обавезе у случају испуњености неког од наведених услова је право, док је за грађанина који је у радном односу то само могућност.

Ово је исправљено Законом о изменама и допунама Закона о одбрани<sup>22</sup>, који је преузео све случајеве ослобађања од радне обавезе из поменуте Уредбе, али није преузео њен став 3.

Уредбом је предвиђено да: "Обвезници радне обавезе радну обавезу извршавају обављањем послова и задатака..., на које су распоређени према акту о ратној организацији и систематизацији, списку дужности и плану попуне. И овде долази до изражаја недореченост Уредбе, пошто ништа не говори о томе ко, а нарочито када доноси акт о ратној систематизацији и организацији

Уредба рашчлањује радну обавезу на два дела: 1) у државним органима, предузећима и другим правним лицима и 2) у јединицама радне обавезе. За одбрану земље од изузетног је значаја функционисање свих државних и недржавних делатности и служби. Ипак, неке од њих се својим значајем издвајају од осталих. Стога је предвиђена могућност да запосленима у државном органу, предузећу или другом правном лицу буде уведена радна обавеза, а која се састоји управо у обављању оних послова које су

16

<sup>21</sup> Уредба о изменама и допунама Уредбе о организовању и извршавању радне обавезе, Сл. лист СРЈ, бр. 20/99.

<sup>22</sup> Закон о изменама и допунама Закона о одбрани, Сл. лист СРЈ бр. 44/99.

та лица и до тада обављала, али под једним строжим режимом. Зато се њихов распоред у овом случају сматра ратним распоредом и са њим изједначава по последицама. Избегавање радне обавезе у овом случају повлачи не само престанак радног односа, већ и кривичну одговорност, као и избегавање војне обавезе.

Дилема је: да ли се ово односи на све државне органе, предузећа и друга правна лица, или само на оне који су, по одлуци надлежног органа, дужни да обављају "неодложне послове..."? Из текста Уредбе то је тешко докучити, пошто се ни у једном делу не говори ко и коме утврђује радну обавезу, него се она јавља као апстрактна обавеза, којој подлежу сви ови субјекти. То, међутим, није одрживо, јер и кад би радна обавеза обухватала све ове субјекте, неселективно, неопходно би било утврдити у чему се она састоји за сваког понаособ, што опет захтева конкретну одлуку конкретног органа.

Да се радна обавеза односи само на неке од ових субјеката, утврђених одлуком надлежног органа, може се наслутити из стилизације члана 4. Уредбе, по коме: "Државни органи, предузећа и друга правна лица у које се распоређују обвезници радне обавезе обезбеђују услове и средства за извршавање радне обавезе." То још очигледно произилази из чл. 14. Уредбе, на основу кога: "Команде јединица и управе установа Војске, државни органи, предузећа и друга правна лица које имају задатке утврђене плановима мобилизације и плановима употребе (функционисања) (подвукао аутор), подносе захтеве надлежном подручном органу за ангажовање јединица радне обавезе. Значи, ради се само о оним субјектима који "...имају задатке", било да су они унапред одређени, или су условљени почетком неког догађаја када се радна обавеза може увести (рат и сл).

Уколико није могуће сва упражњена радна места попунити запосленима из свог састава, државни орган, предузеће и друго правно лице подносе захтев надлежном подручном органу који, на основу одговарајуће евиденције, распоређује обвезнике радне обавезе. Ова евиденција се формира тако што су државни органи, предузећа и друга правна лица обавезни да надлежном подручном органу доставе акта о ратној организацији и систематизацији, као и да дају потребне податке о обвезницима радне обавезе. На основу тако формиране евиденције могуће је, кад се укаже потреба, лица одређених квалификација премештати из једне институције запослења у другу.

Обвезника радне обавезе распоређује, својим решењем, функционер државног органа или директор. Извршавање радне обавезе сматра се ратним распоредом, као и извршавање војне обавезе. Ипак, с обзиром на приоритет војне у односу на радну обавезу, војне обвезнике је могуће распоређивати само по претходно добијеној сагласности надлежног војнотериторијалног органа.<sup>23</sup>

Самим Законом о одбрани изричито је забрањено организовање штрајка за време трајања радне обавезе.

Поред радне обавезе која се извршава у државним органима, предузећима и другим правним лицима, радна обавеза се може организовати и извршавати и преко јединица радне обавезе. Ове јединице су *ad hoc* карактера, тј. формирају се од случаја до случаја, на основу указане потребе. По обављеном задатку јединице се расформирају.

Ове јединице се формирају од обвезника који немају одређен ратни распоред, без обзира да ли су у радном односу или нису. Услов је само да су радно способни и да на

<sup>23</sup> У том смислу види и: др Гоце Гучетић и др М. Вучинић: *Народна одбрана, у књизи: "Велики правни приручник"*, том 2. (Главни редактор проф. др Б. Благојевић), Привредни преглед, Београд, 1977, стр. 454 и др.



њиховој страни није присутан ниједан од разлога за ослобађање од радне обавезе. Формира их надлежни подручни орган, на основу захтева команда јединица и управа установа Војске, државних органа, предузећа и других правних лица који имају задатке утврђене планом мобилизације и употребе (функционисања). На основу ближих података, актом надлежног подручног органа образују се одговарајуће јединице радне обавезе.

Обвезници радне обавезе, који имају ратни распоред у одговарајућој таквој јединици, могу бити позивани и у миру, у оквиру планираних вежби.

Како је речено, по обављеном задатку јединице радне обавезе се расформирају, с тим да могу бити поново позване и упућене на извршавање неодложних радова, уколико се за то укаже потреба.

На крају овог дела ваља споменути и то да, и поред, релативно, великог броја случајева у којима су се могле ангажовати јединице радне обавезе, ипак није дошло до њихове масовне употребе.

## 2.2. Још неке појединости

Осим радне обавезе у државним органима, предузећима и другим правним лицима, као и радне обавезе организоване преко јединица радне обавезе, Законом о одбрани предвиђено је и да: "Старешина Војске Југославије на положају команданта батаљона, њему равном или вишем командном положају може у рату, за неодложне потребе извођења борбених дејстава, наредити радну обавезу грађанима у зони борбених дејстава ако надлежни орган није у могућности да изда такво наређење, о чему обавештава претпостављеног старешину и надлежни орган одређен прописима из чл. 24. ст. 4. овог Закона."

Ова могућност је нормална последица околности у којима се радна обавеза може увести, и које не дозвољавају увек поступање по правилима о организовању радне обавезе у за то формираним јединицама. Иако Закон не садржи детаљнија правила о овако наложеној и организованој радној обавези, а Уредба ту могућност не познаје, није тешко закључити да се и овде имају, по аналогији, применити правила везана за радну обавезу у јединицама (о превозу, накнадама за смештај и исхрану, здравственој заштити, ослобођеним лицима и сл).

Уредба о примењивању Закона о основама радних односа за време ратног стања установљава обавезу запосленог коме није утврђена радна обавеза да се одазове на позив државног органа, предузећа или другог правног лица код кога је у радном односу, као и на позив подручног органа надлежног за послове одбране, ради ангажовања у оквиру извршавања радне обавезе. Овим лицима је признато право на накнаду зараде у висини од најмање 70% нето зараде коју би остварио да ради на радном месту на коме је био распоређен.

У вези с тим намеће се питање: да ли по овом основу могу бити упућивана на плаћено одсуство, о чему се овде, у основи, и ради, и запослени у оним институцијама које не обављају "неодложне послове од интереса за одбрану земље", тј. која не морају уводити радну обавезу? У пракси је било случајева да је ова могућност коришћена за упућивање на плаћено одсуство "на мала врата" оних лица за чијим радом тренутно није постојала потреба, па чак и тога да се са овом праксом наставило и после престанка важења Уредбе о примењивању Закона о основама радних односа за време

ратног стања, 26. јуна ове године, када је одлуком Скупштине СРЈ престало ратно стање.

Мишљења смо да се могућност из чланова 4. и 5. Уредбе о примењивању Закона о основама радних односа за време ратног стања односи само на оне институције запослења које, по одлуци надлежног органа, морају обављати одређене послове од интереса за одбрану земље и које, стога, морају и увести радну обавезу својим запосленима. Како је напред речено, радна обавеза се не односи, по аутоматизму, на све државне органе, предузећа и друга правна лица, већ само на оне за које је то утврђено актом надлежног органа. Стога, ако нека институција запослења не обавља "неодложне радове који су од интереса за одбрану земље", што се утврђује одговарајућим актом, у њој неће бити ни радне обавезе, па ни могућности за примену чланова 4. и 5. Уредбе о примењивању Закона о основама радних односа за време ратног стања. У том случају примењиваће се у потпуности Закон о основама радних односа и други одговарајући републички прописи, јер је Уредбом и прецизирано да се, у основи, он примењује и за време трајања ратног стања, а њиме није предвиђена могућност упућивања на плаћено одсуство под наведеним условима. С друге стране, погрешно тумачење прописа о радној обавези и непознавање сврхе и суштине исте, често је доводило до тога да се на овакво одсуство упућују сва она лица која се, на било који начин, могу подвести под неки од случајева, тј. разлога за ослобођење, иако нису била обухваћена радном обавезом.

### **3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА**

Принудни рад, као негација слободе рада, забрањен је како у међународном, тако и у домаћем радном праву. Ова забрана није апсолутна, већ трпи одређене изузетке, у које спада и извршавање радне обавезе у функцији одбране земље.

И поред бројних ограничења која законодавац намеће у случајевима примене радне обавезе и детаљне разраде исте у законским и подзаконским текстовима, ипак се могу уочити неки недостаци, како у погледу садржине прописа који ово питање уређују, тако и у погледу њиховог тумачења. Ово се нарочито односи на круг субјеката којима се радна обавеза може наложити, органа овлашћених за то, као и на одређивање садржине радне обавезе, лица која су ослобођена од исте и сл. Нарочиту пажњу заслужује тумачење прописа о радној обавези, утврђивање сврхе и циља који се хтео постићи њима, што је значајно због што бољег разлучивања радне обавезе као принудног или обавезног рада у функцији одбране земље од обавезе која проистиче из радног односа, а која се састоји у обављању послова конкретног радног места.

**GORAN OBRADOVIĆ**

**L'OBLIGATION DU TRAVAIL EN FONCTION  
DE DEFENCE DU PAYS -  
LE TRAVAIL FORCÉ OÙ OBLIGATOIRE  
LEQUEL L'ORDRE JURIDIQUE TOLÈRE**

**Résumé**

La liberté du travail appartient au rang des droits fondamentaux de l'homme et des principes fondamentaux du Droit du travail que le droit national et le droit international avouent et garantissent. Au contraire, les travaux forcés sont explicitement interdits. Cependant, sauf cette interdiction, on peut permettre plusieurs exceptions déterminées, mais seulement pour les buts publics et aux conditions du droit positif. Une exception se rapporte "au travail ou à l'obligation revendiqués en vertu de la loi de service militaire obligatoire". A ce contexte appartient le sujet intitulé, que nous tentons de considérer théoriquement, normativement et pratiquement.

**16**

---

\* Assistant à la Faculté de Droit à Niš.



Модерна теорија монетарне политике залаже се за концепт независне централне банке

**ЗБОРНИК**  
ЧЛАНЦИ И БЕЛЕШКЕ

legis for  
она XII таблица Римско право  
ена уопште није обавезујућа како се то  
санкционистичке одредабе  
говор о новачком банкарском депозиту  
Поступак медијације  
Правни пророви и методи за њихово решавање  
Методи за решавање спорних питања  
legis for  
она XII таблица Римско право  
ена уопште није обавезујућа како се то  
санкционистичке одредабе  
говор о новачком банкарском депозиту  
Поступак медијације  
Правни пророви и методи за њихово решавање  
Методи за решавање спорних питања  
legis for  
она XII таблица Римско право  
ена уопште није обавезујућа како се то  
санкционистичке одредабе  
говор о новачком банкарском депозиту  
Поступак медијације  
Правни пророви и методи за њихово решавање  
Методи за решавање спорних питања

# ДОДАЦИ И БЕЛЕШКЕ

Међународно приватно право  
ПРИМЕНА ПРАВА  
ПОДНЕЖА



**БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ  
И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**A**





# **БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ <sup>1</sup>**

## **МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ**

## **МОНОГРАФИЈЕ**

1. ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ - 1960-1970, Ниш, 1970, 167 стр. уредник: Данило Ж. Марковић
2. Крстић, Божидар, ШИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА, Ниш, 1978, 117 стр.
3. 20 ГОДИНА РАДА: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ 1960-1980, Ниш, 1980, 171 стр. уредник: Љубиша Јовановић
4. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ: 25 ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА, Ниш, 1985, 66 стр. уредник: Љубиша Соколовић
5. Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1988, 125 стр.
6. Симић, Мирољуб, БИБЛИОГРАФИЈА БОРБА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА - ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222, стр.
8. Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1991, 282 стр.
9. 35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, Ниш, 1995, 155 стр. уредник: Гордана Станковић

<sup>1</sup> Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.



10. Тирић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД): НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА, Ниш, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСПАНИКА - на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, 1999, 346 стр.

## У Ц Б Е Н И Ц И

13. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.
14. Ковачевић Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО - ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.
15. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, 1997, 420 стр.
16. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. - 321, LXV стр.
17. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 680 стр.
18. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.
19. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999. 333 стр.
20. Димитријевић, Момчило, Симић, Мирољуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
21. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, Ниш, 1999, 247 стр.
22. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА - предмет, метод и теорије, Ниш, 1999, 296 стр.
23. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, књига 1, Ниш, 1999, 270 стр.

## З Б О Р Н И Ц И

24. СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА", материјал за саветовање које је одржано 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1973, 69 стр.
25. ЗАШТИТА ЧОВЕКОВЕ СРЕДИНЕ, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 197 стр.  
уредник: Славољуб Поповић

26. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славолуб Поповић
27. ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ, Зборник радова са међународног научног симпозијума одржаног јуна 1986. у Нишу у организацији Институт за правне и друштвене науке Правног факултета и Савез удружења за политичке науке Југославије, Ниш, 1986, 431 стр. уредник: Јован Ђорђевић
28. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника бр. 29/1989, Ниш, 1989, 84 стр. уредник: Душан Р. Паравина
29. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА: 1854-1914, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 44 стр. уредник: Гордана Станковић
30. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић
31. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Институтза за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 182 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
32. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Институтза за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 41 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
33. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА - НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 305 стр. уредник: Гордана Станковић
34. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног новембра 1995. на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1995, 65 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
35. НИШКИ ЦИВИЛИСТИ: ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ, Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА - НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 76 стр.  
уредник: Гордана Станковић
36. ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ, Зборник радова са научног скупа одржаног марта 1995. у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, 1995, 390 стр. уредник: Гордана Станковић



37. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног новембра 1995. на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 434 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
38. ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног фебруара 1996. на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 44 стр. уредник: Миролjub Симић
39. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
40. ЛОКАЛНА ВЛАСТ: УПРАВА И САМОУПРАВА, Зборник резимеа са међународног научног скупа одржаног новембра 1997. на Правном факултету у Нишу у организацији Правног факултета у Нишу, Факултета политичких наука у Београду и Југословенског удружења за политичке науке, Ниш, 1997, /54/ стр. уредник: Милан Петровић
41. УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, Зборник радова са стручног скупа одржаног новембра 1997. године у организацији југословенског Удружења за грађанско процесно и арбитражно право и Правног факултета у Нишу, Ниш, 135 стр. уредник: Гордана Станковић
42. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА - НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, /репринт изд./, Ниш, 1998, 213 стр. уредник: Гордана Станковић
43. НАЦРТ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЗАШТИТА ОД КРИМИНАЛИТЕТА НАСИЉА, Зборник саопштења и дискусије са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу новембра 1998. године, Ниш, 1999, 115 стр. уредник: Војислав Ђурђић
44. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, 1999, 202 стр. редакција: Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић
45. УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, 1999, 368 стр. уредник: Милан Петровић

## **СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ**

46. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
47. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић

48. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
49. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
50. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
51. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967.  
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
52. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968.  
уредник: Миодраг Матејић
53. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969.  
уредник: Миодраг Матејић
54. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.  
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
55. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.  
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
56. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.  
уредник: Врлета Круљ
57. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.  
уредник: Славко Марковић
58. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.  
уредник: Душан Р. Паравина
59. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974. уредник: Славко Марковић
60. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛИСТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ 15/1975.  
уредник: Душан Р. Паравина
61. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.  
уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић
62. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.  
уредник: Љубиша Јовановић
63. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.  
уредник: Слободан Миленковић
64. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.  
уредник: Михаило Митић



65. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.  
уредник: Михаило Митић
66. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.  
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада  
уредник: Чедомир Стевановић
67. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.  
уредник: Чедомир Стевановић
68. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.  
уредник: Димитрије Кулић
69. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.  
уредник: Мирослав Миљковић
70. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.  
уредник: Мирослав Миљковић
71. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.  
уредник: Мирослав Миљковић
72. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.  
уредник: Славко Марковић
73. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и тематски број: УСТАВНЕ  
ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988. уредник: Славко Марковић
74. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.  
уредник: Слободанка Стојичић
75. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.  
уредник: Слободанка Стојичић
76. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.  
уредник: Гордана Станковић
77. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93.  
уредници: Гордана Станковић, Радмила Ковачевић Куштримовић
78. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95.  
уредник: Драган Станимировић
79. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/ 1996/97.  
уредник: Војислав Ђурђић
80. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99.  
уредник: Милорад Рочкомановић

*in memoriam*

Проф. Др ВИДОЈЕ МИЛАДИНОВИЋ  
Проф. Др ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ

**В**





## ПРОФ. ДР ВИДОЈЕ МИЛАДИНОВИЋ (1945-1999)

### *In memoriam*

17. септембра 1999. године у Београду је преминуо др Видоје Миладиновић, редовни професор Правног факултета у Нишу.

Др Видоје Миладиновић је рођен 25. јуна 1945. године у Мршељу код Прокупља. Средњу школу завршио је у Прокупљу, а правне студије на Правном факултету у Нишу где је дипломирао 1969. године. Од 1970. године, када је изабран за асистента Правног факултета у Нишу, свој научни рад, радни елан и ентузијазам везао је за ову високошколску установу. На Правном факултету у Нишу био је студент последипломских студија и стекао магистарску диплому 1977. године одбраном магистарске тезе "Условно осуда у систему кривичних санкција". Докторат правних наука стекао је 1982. године одбранивши докторску дисертацију "Поврат у кривичном праву СФРЈ" на Правном факултету у Нишу. На истом факултету изабран је за редовног професора 1995. године за предмет Кривично право, на којој је дужности остао све до смрти.

Научни и професионални рад др Видоја Миладиновића одликује се обимношћу, темељитošћу и успешношћу у области кривичног наука. Објавио је велики број научних и стручних радова међу којима су најзначајнији: монографија "Поврат у кривичном праву", коауторска монографија "Криминалитет малолетница" (коауторство) и уџбеник "Кривично право - посебни део" (коауторство). Учествовао је на бројним саветовањима и симпозијумима и другим научним скуповима у земљи и иностранству са запаженим рефератима и дискусијама. Био је руководилац неколико успешно реализованих пројеката од стране Катедре за кривичноправне науке Правног факултета у Нишу. Учествовао је као члан тимова експерата за припрему законских текстова у СРЈ. Био је члан редакције "Зборника радова Правног факултета у Нишу", "Југословенске ревије за криминологију и кривично право", као и "*Balkans Law Review (Balkan Association of Criminal Law)*". Др Видоје Миладиновић је био веома активан у раду професионалних и стручних удружења, посебно Председништва Удружења за кривично право Србије и



Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу. Др Видоје Миладиновић оставио је видан траг у раду Правног факултета у Нишу као продекан, декан и шеф Катедре за кривичноправне науке. За време свог деканског мандата (1994-1996) својим научним кредибилитетом и професионалним залагањем утицао је на успешно успостављање сарадње између Правног факултета у Нишу и других сродних научних институција у земљи и иностранству.

Научни и наставни рад др Видоја Миладиновића велики је и оставља значајан допринос у нашој правној науци. Поред великог броја генерација студената основних студија на Правном факултету у Нишу којима је био прво асистент, а затим и професор, др Видоје Миладиновић је био ментор магистрантима за израду магистарских теза на последипломским студијама, као и члан комисија за одбрану магистарских теза и докторских дисертација.

Својим студентима, асистентима и колегама др Видоје Миладиновић је пре свега био пријатељ, учитељ и сарадник. Његовом смрћу наш факултет, наша правна наука и настава из области Кривичног права изгубила је много, баш као што је и много добила његовим научним и наставним радом и посебним приступом који је имао према људима.

Било је задовољство бити му студент и познавати га.

Нека му је вечна слава и хвала.

Мр Миомира Костић

## Проф. др ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ (1947-1999)

### *In memoriam*

Дана 6. јуна 1999. године преминуо је др Владислав Ђорђевић, редовни професор Правног факултета у Нишу, један од декана овог Факултета. Поводом смрти професора Ђорђевића на Факултета је одржана комеморативна седница 7. јуна 1999. године.

Др Владислав Ђорђевић рођен је 5. августа 1947. године у Лозовику. Основну и учитељску школу завршио је у Јагодини. Студије права започео је на Правном факултету у Нишу школске 1970-71. године и завршио у јунском испитном року 1974. године, са просечном оценом 8, 85. На Правном факултету у Нишу је и магистрирао и докторирао. Магистарски рад "Брачна веза као основ наслеђивања" одбранио је 1981. године, а докторску дисертацију "Правни режим проналазака остварених у удруженом раду одбранио је 1987. године".

После дипломирања радио је неколико месеци као приправник у СО Јагодина. Децембра месеца 1974. године започео је своју универзитетску каријеру избором за асистента-приправника за предмет Наследно право на Правном факултету у Нишу. Радећи на предмету Наследно право ишао је поступно и прошао успешно кроз сва универзитетска звања, најпре сарадничка, потом и наставничка. У звање доцента за овај предмет др Владислав Ђорђевић био је изабран 1988. године, у звање ванредног професора 1993. године, а у звање редовног професора 1998. године. Године 1993. постао је наставник и Правног факултета у Приштини, избором за ванредног професора за предмет Породично право.

Радећи у настави професор Ђорђевић је стекао богато педагошко искуство, драгоцену за сваку следећу генерацију његових студената. Као асистент држао је вежбе, као наставник предавања не само из Наследног права, него и из предмета Право индустријске својине и Ауторско право. Од школске 1988/89. године био је ангажован и на Правном факултету у Приштини у настави из предмета Наследно право и Породично право. Проф. Ђорђевић је био ангажован и у настави на последипломским студијама на смеру за Грађанско право и на смеру за Привредно право.



Рад на два факултета, настава на основним студијама из три наставне дисциплине, рад на два смера на последипломским студијама захтевали су огромну енергију. Професор Ђорђевић је био човек велике радне енергије коју је несебично трошио у наведеним делатностима.

Поред ангажовања у настави, професор Ђорђевић је био члан и председник бројних радних тела и комисија. Био је, најпре, продекан, а затим и декан Правног факултета у Нишу.

У обављању свих тих дужности и функција, исто онако као што је то чинио у настави, професор Ђорђевић је несебично улагао огромну радну енергију.

Свој научни рад професор Ђорђевић је почео са магистарским радом из наследног права, затим докторском дисертацијом из области права индустријске својине и ауторског права. Касније, као наставник, почео се интензивније бавити и проблематиком породичног права. Највише домете је досегао и највећи број дела је оставио из области наследног права. Аутор је уџбеника "Наследно право" (Ниш, 1997), монографије "Наследно право законских наследника" (Ниш, 1995), монографије "Нужно наслеђивање" (Ниш, 1993), као и бројних студија и чланака из ове области.

У оквиру стручног усавршавања боравио је два пута у Француској, Стразбуру и Паризу. Учествовао је на бројним домаћим и међународним научним скуповима. Био је ангажован и у раду Комисије која је припремала нови Закон о наслеђивању Републике Србије.

За свој успешан рад, почев од студентских па до професорских дана, професор Ђорђевић је добијао значајна признања и награде, како на Факултету тако и на Универзитету у Нишу.

Професор др Владислав Ђорђевић је један од оних људи који су сав свој радни век посветили овој институцији, Правном факултету у Нишу, и правној науци. Он је био и студент, и асистент, и професор овог Факултета. У сећању својих професора остаће као свестрано ангажован и одличан студент. У сећању бројних генерација студената остаће о њему лепе успомене као о добром предавачу, стрпљивом испитивачу, добром педагогу који је умео да им буде билизак и да разуме њихове проблеме. У сећању свих нас, студената, наставника и осталих посленика овог Факултета, остаће трајно лик и реч овог професора, као декана Факултета, који је умео да на прави начин, људски топло, професорски достојанствено, и на високом академском нивоу дочека нову генерацију студената, као и да подели радост њиховог дипломирања уручујући им њихову факултетску диплому.

Својим радом на Правном факултету у Нишу, професор Ђорђевић је и као наставник и као вршилац многих функција допринио да се Факултет развија и да се што боље афирмише не само у оквиру Универзитета у Нишу него и шире. Радом на Правном факултету у Приштини, посебно је допринио развоју и изградњи овог Факултета и његових стручних кадрова. Као вредан и амбициозан прегалац у домену научног рада, својим делима која је оставио у овој области обогатио је нашу науку грађанског права. Смрт га је затекла у успону стваралачке снаге. Дошла је ненадано. Однела га је сувише рано, у пуном напону научног стваралаштва, у тренутку кад смо сви очекивали да ће нам још доста тога подарити својим животним делом. Основано смо очекивали, јер он је то могао.

Професор Ђорђевић је био добар човек, брижан син својих родитеља, пожртвован и добар отац и супруг. Био је дружељубив и родољуб. Родољуб у правом и најплеменитијем смислу. Волео је и умео да едукује, да организује, да води, и да руководи. *Nomen est omen.*

Нека је слава професору др Владиславу-Влади Ђорђевићу.

Проф. др Мирса Мијачић,

Шеф катедре за грађанскоправне науке



**B**

