

~~П-4323~~

UDK 34

YU-ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ЗБОРНИК
РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
У НИШУ

XXIV



НИШ, 1984.

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

Зборник уређује Редакциони одбор: др Мирослав Миљковић, др Радмила Ковачевић, др Дара Миленовић, др Милан Петровић, мр Војислав Бурђић, Драган Динић и Јован Јањић

Главни и одговорни уредник: др Мирослав Миљковић

Адреса редакције: 18000 Ниш, Трг ЈНА бр. 11, тел. 22-211, лок. 118
Жиро рачун Правног факултета: 62500-603-10285

Превод резимеа: Драган Јовановић

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

Тираж: 500 примерака

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ



НЕКЕ ОСОБИНЕ ДРУШТВЕНИХ ДОГОВОРА (Прилог питању о природи друштвених договора)

Појава друштвених договора у нашем самоуправном правном систему истакла је и бројне разлике о њиховој природи, месту и улози у самоуправном праву. Схватања о природи друштвених договора су бројно различита и супротна. И поред свих појединачних разлика у схватањима о природи друштвених договора, она се углавном могу сврстати у три групе, не улазећи ближе у нијансе које се јављају код појединих схватања, јер то није предмет овог рада.

Једно схватање полази од тога да су друштвени договори, уговори или конвенције које се закључују између учесника друштвених договора. У оквиру овог схватања, по једнима, друштвени договор је уговор јавног права, а по другима, иако друштвени договор има уговорни облик он има карактер општег акта. Ово схватање доста је било присутно при увођењу друштвених договора, али данас има све мање присталица у нашој правној теорији.

Друго схватање сматра да су друштвени договори нормативни акти, односно самоуправни нормативни акти. То су акти самоуправног права којима санкцију не обезбеђује држава, већ сами учесници договора. Друштвени договори су општи акти самоуправног карактера који не утврђују међусобне односе учесника већ шире друштвене односе и интересе, али не као акти политичке власти, већ као акти који настају заједничком изјавом воље равноправних учесника и који дејствују као и друге норме које усваја друштво.

Треће схватање друштвене договоре схвата и као акте правног карактера (акти дружавног права) и као самоуправне акте. По овом схватању друштвени договори имају државну санкцију, док односе уређују сами учесници друштвеног договора непосредно.

Устав СФРЈ и Закон о удруженом раду, што је сасвим разумљиво, не одређују правну природу друштвених договора. Они само набрајају самоуправне опште акте наводећи као прве друштвене договоре.¹⁾ И у оним одредбама у којима нешто шире говоре о друштвеним договорима, и Устав и Закон о удруженом раду, углавном се ограничавају на утврђивање друштвених односа и интереса који се утврђују друштвеним договорима.²⁾

¹⁾ Члан 404. Устава СФРЈ и члан 573. Закона о удруженом раду.

²⁾ Члан 124. Устава СФРЈ и члан 579. Закона о удруженом раду.

1. ОДНОСИ КОЈИ СЕ УРЕЂУЈУ ДРУШТВЕНИМ ДОГОВОРИ-
МА. Једна од особина друштвених договора јесте ширина друштвених односа који се њима уређују између учесника договора. Друштвеним договорима учесници договора обезбеђују и усклађују самоуправно уређивање друштвено-економских и других односа од заједничког интереса за учеснике договора или од општег друштвеног интереса. Друштвени договори се могу закључивати о питањима која су од заједничког интереса за учеснике друштвеног договора и о питањима од општег друштвеног интереса. Управо та ширина, у погледу предмета друштвених договора, показује сав њихов значај као нове врсте самоуправних општих аката којима се уређују друштвени односи равноправно и слободном вољом учесника друштвеног договора. Треба имати у виду да су се ови односи раније уређивали од стране државних органа, што само по себи говори да су друштвени договори један од облика одумирања државе и све мање интервенције државе у уређивању одређених односа, односно они се јављају као акти који се заснивају на свести о потреби договореног уређивања односа до ширег заједничког интереса и на добровољном преузимању обавеза у погледу самоуправног уређивања односа у складу са договореном политиком.

Код овог питања тешкоћу представља разграничење односа који су од ширег заједничког интереса за учеснике договора и односа који су од општег друштвеног значаја. Проблем је како одредити једне а како друге односе. Одговор на ово питање мора се тражити код сваког друштвеног договора. Тако, односи од општег друштвеног интереса су они који у себи садрже и изражавају интересе свих или већине самоуправних субјеката (цене, планирање, политика запошљавања). Код ових друштвених договора није битно да ли је тај интерес подједнако значајан за све самоуправне субјекте, већ је битно да он, у већој или мањој мери, постоји код сваког и да тај интерес има друштвени значај, да се његовим остваривањем остварују шири друштвени интереси. Са друге стране, одређени односи могу бити од значаја само за учеснике друштвеног договора али такви да они представљају њихов шири заједнички интерес. Утврђивање ширег заједничког интереса утврђиваће се у сваком конкретном случају од стране учесника друштвеног договора. То ће истовремено бити и могућност да учесници договора утврде нису ли ти односи од општег друштвеног интереса што може да доведе до промене учесника договора.

2. ДЕЈСТВО ДРУШТВЕНИХ ДОГОВОРА. — Једна од особина друштвених договора је питање њиховог дејства, односно примене друштвених договора. Устав СФРЈ само утврђује да „друштвени договор обавезује учеснике који га закључе или му приступе”³⁾

Из ове уставне формације не може се поуздано извући закључак да ли се друштвени договор непосредно или посредно примењује. Међутим, Закон о удруженом раду проширује уставну форму-

³⁾ Члан 124. Устава СФРЈ

лацију обавезујући учеснике друштвеног договора, који су га закључили или су му приступили, да „предузимају потребне мере за његово спровођење”.⁴⁾ Оваква уставна и законска решења дају различити приступ дејству (обавезности) друштвених договора.

Неоспорно је да друштвени договор дејствује (ствара обавезе) само за учеснике друштвеног договора па било да су учествовали у његовом закључивању било да су му касније приступили. Међутим, питање је да ли обавезе из друштвеног договора непосредно примењују, односно да ли учесник друштвеног договора унутар себе непосредно примењује норме друштвеног договора, или се обавезе из друштвеног договора примењују тако што учесници друштвеног договора на основу његових норми доносе друге самоуправе опште акте за њихову примену. Без обзира на сва противречна неслагања у правној теорији, у одговору на ово питање треба поћи од норми Закона о удруженом раду.

Законска обавеза да друштвени договор обавезује учеснике да предузимају потребне мере за његово спровођење, даје одречан одговор на питање да ли се друштвени договор непосредно примењује од стране учесника друштвеног договора, већ се учесници договора обавезују да другим самоуправним општим актима уреде одређене односе а све у складу са политиком која је утврђена друштвеним договором. Учесници друштвеног договора „предузимају мере” да односи који су уређени друштвеним договором, а који су од ширег заједничког интереса за учеснике договора или од општег друштвеног интереса, даље уреде својим самоуправним општим актима у складу са својим самоуправним интересима али водећи рачуна о принципима израженим у друштвеном договору. Даљим уређивањем самоуправних односа учесници договора могу да изражавају своје самоуправне особености али никако ван утврђене заједничке политике изражене у друштвеном договору. Смисао законског израза „предузимају потребне мере” треба схватити као обавезу учесника друштвеног договора да преузимају и разрађују одредбе друштвеног договора у самоуправним општим актима.⁵⁾ Тек применом самоуправних општих аката донетих на основу друштвеног договора обезбеђује се посредна примена и остваривање друштвеног договора. Само из таквог понашања учесника друштвеног договора може да се види њихов однос према друштвеном договору, односно придржавање обавеза од стране учесника договора.

Оваква природа друштвеног договора у погледу његовог дејства има и практичне последице у самоуправној пракси. Наиме, радници не могу остваривати своја самоуправна права непосредно на основу одредаба друштвеног договора, ако то право радника није уређено самоуправним општим актом учесника друштвеног договора, Отуда и несхватање праксе понашања одређених учесника друштвеног договора, када примењују самоуправне норме на одређене случајеве а које нису усклађене са нормама друштвеног договора који је закључио или коме је приступио учесник договора.

⁴⁾ Члан 582. Закона о удруженом раду.

⁵⁾ У овом смислу и одлука Суда удруженог рада Србије, број 8907/82.

3. ДРУШТВЕНИ ДОГОВОРИ СЕ ПРИМЕЊУЈУ ПУТЕМ ДРУГИХ САМОУПРАВНИХ ОПШТИХ АКТА. — Питање спровођења друштвеног договора може бити различито решено код учесника друштвеног договора. То зависи од самих учесника друштвеног договора односно од начина како су то самоуправно уредили унутар себе. У принципу може се рећи да се друштвени договор може да спроводи било којом врстом самоуправног општег акта. Наравно, одмах треба искључити друштвени договор као врсту самоуправног општег акта, јер се такав акт унутар основне организације или друге самоуправне организације и заједнице не може да донесе, пошто би то био друштвени договор само са једним учесником, што значи да га не би ни било.

Особина друштвеног договора да се он спроводи доношењем другог самоуправног општег акта од стране учесника договора, упућује на закључак да је сваки учесник друштвеног договора, дужан да донесе други самоуправни општи акт ради спровођења друштвеног договора. То је пре свега питање односа учесника друштвеног договора према самом договору, питање одговорности за придржавање обавеза преузетих друштвеним договором.

Врста самоуправног општег акта који се доноси од стране учесника друштвеног договора ради његовог спровођења, зависи од друштвено-економских и других самоуправних односа који су уређени друштвеним договором. Са друге стране, сагласно Закону о удруженом раду⁶⁾ самоуправним споразумом и статутом утврђује се који се самоуправни општи акти доносе у организацији удруженог рада, питања која се тим актима уређују, ко их доноси и поступак њиховог доношења. Од таквог решења ће зависити и врста самоуправног општег акта учесника договора којим он спроводи друштвени договор.

Потреба доношења самоуправног општег акта ради спровођења друштвеног договора има своју основу у Уставу СФРЈ према коме друштвеним договором учесници договора „обезбеђују и усклађују самоуправно уређење“ друштвено-економских и других односа.⁷⁾ Исто решење преузима и Закон о удруженом раду.⁸⁾ Циљ друштвеног договора је да учесници обезбеде и ускладе самоуправно уређивање друштвено-економских и других односа, значи не да се њиме (друштвеним договором) уреде ти односи. Отуда и потреба да за њихово спровођење учесници договора донесу и друге самоуправне опште акте. Друштвеним договором учесници договора треба да обезбеде основе и услове да својим другим самоуправним општим актима уреде одређене друштвено-економске и друге односе, који ће на основу ових самоуправних општих аката постати обавезна правила понашања унутар сваког учесника друштвеног договора. Исто тако друштвеним договором учесници усклађују самоуправно уређивање друштвено-економских и других односа, што се изражава обавезним понашањем учесника да непосредно самоуправним општим актом

⁶⁾ Члан 610. став 1. Закона о удруженом раду.

⁷⁾ Члан 124. Устава.

⁸⁾ Члан 579. став 1. Закона о удруженом раду.

уреди те односе у складу са основама садржаним у друштвеном договору, чиме се усклађују интереси учесника друштвеног договора.

О обавези доношења других самоуправних општих аката ради примене друштвеног договора, каткад упућују и различите законске норме. Тако, самоуправни општи акт којим радници у основној организацији утврђују основе и мерила по којима се врши распоређивање чистог дохотка основне организације, не може бити у супротности са друштвеним договором који је закључила, односно коме је приступила основна организација.⁹⁾ Самоуправни споразуми и други самоуправни општи акти којима се утврђују основи и мерила за расподелу средстава за личне дохотке не могу бити у супротности са друштвеним договором који је закључила, односно коме је приступила основна организација.¹⁰⁾ Радници слободно и равноправно, у складу са самоуправним споразумом о удруживању рада радника у основној организацији, утврђују међусобна права, обавезе и одговорности у раду самоуправним општим актом којим се утврђује радни однос. Овај самоуправни општи акт мора бити у складу и са законом, самоуправним споразумом, статутом и друштвеним договором.¹¹⁾ Све ово показује да учесници закључивши друштвени договор његово спровођење, односно извршавање обавеза преузетих њиме, остварују доношењем других самоуправних општих аката који морају бити у складу са обавезама предузетим друштвеним договором. Само тако је могуће да се друштвено-економски и други односи од ширег заједничког интереса за учеснике договора или од општег друштвеног интереса ускладе и обезбеде код свих учесника договора. Истовремено се мора водити рачуна да даља самоуправна разрада тих односа буде сагласна основним ставовима израженим у друштвеном договору, односно да му та самоуправна решења не противрече.

4. ДРУШТВЕНИ ДОГОВОРИ КАО ПРАВНИ ИЗВОРИ ЗА ДОНОШЕЊЕ ДРУГИХ САМОУПРАВНИХ ОПШТИХ АКАТА. — Већ је било речи да се друштвени договори примењују путем других самоуправних општих аката учесника друштвених договора. Отуда се може да говори о особини друштвених договора као правних извора. То ће нарочито бити у оним случајевима када се на основу друштвеног договора доноси самоуправни општи акт којим се непосредно, од стране учесника друштвеног договора, спроводи друштвени договор. У овом случају правни основ за доношење самоуправног општег акта је друштвени договор, што значи да он извире из друштвеног договора. Могуће су и друге ситуације када се њима преузете обавезе извршавају, тако што се уносе одговорајуће промене у већ донетом самоуправном општем акту учесника друштвеног договора, значи не доноси се нови самоуправни општи акт него се мења постојећи коме друштвени договор није правни основ за доношење, јер му је исти или у правном пропису или у другом самоуправном општом акту.

Друштвени договор је правни основ за доношење других самоуправних општих аката у односу на материју која је предмет уређи-

⁹⁾ Члан 115. Закона о удруженом раду.

¹⁰⁾ Члан 128. Закона о удруженом раду.

¹¹⁾ Члан 179. Закона о удруженом раду.

вања друштвеним договором. Наиме, самоуправни општи акти учесника друштвеног договора уређиваће односе на основу друштвеног договора, јер му је он правни основ. Уређивање односа самоуправним општим актом биће у оквиру норми датих у друштвеном договору, али имајући у виду и све особености односа сваког учесника друштвеног договора и његово право на ближе самоуправно уређивање тих односа. Често и сам друштвени договор упућује на обавезност уређивања односа самоуправним општим актом, чиме у одређеном обиму везује самоуправни општи акт и наглашава да му је он правни основ за доношење, док у другим деловима препушта пуну самоуправну слободу у уређивању односа имајући у виду основне принципе изражене у друштвеном договору.

Норме самоуправног општег акта којима се уређују односи на основу друштвеног договора, мора да буду сагласне нормама друштвеног договора, односно не треба да му противрече. Уколико дође до међусобне несагласности оцену о томе даје суд удруженог рада.

Код разматрања овог питања може се поставити проблем докле досеже утицај норми друштвеног договора на норме самоуправног општег акта. Да ли друштвени договор као правни извор за доношење других самоуправних општих аката оставља могућност за даље самоуправно уређивање односа, или те односе тако уређује да учесницима друштвеног договора не преостаје ништа друго него да „самоуправно“ преузме норме из друштвеног договора у свој самоуправни општи акт. Ово би били крајњи случајеви када се не би довољно водиле рачуна о потреби доношења других самоуправних општих аката и којом приликом би друштвени договор губио своје елементе самоуправног општег акта у чијем закључивању су учесници равноправни и који се закључује „слободно и сагласно израженом вољом учесника“. Друштвени договор правно „везује“ друге самоуправне опште акте али тако да учесници имају довољно могућности да самоуправно уреде односе. У самоуправном општем акту треба самостално уредити начела и критеријуме утврђене друштвеним договором, прилагођене самоуправним потребама и интересима учесника друштвеног договора. У вези са овим у самоуправној пракси се испољавају две неповољне тенденције. Једна је, да учесници договора, у тежњи да самоуправно што даље разрађују норме друштвеног договора, одступају од његовог духа, па односи уређени самоуправним општим актом представљају потпуно самостално уређивање односа без ослонаца на норме друштвеног договора, тако да у стварности они представљају потпуно самосталне и одвојене самоуправне опште акте. Друга је, да се норме друштвеног договора нестручно и невешто скраћују и прекрајају као самоуправне норме учесника друштвеног договора, па се стиче утисак, наравно погрешан и варљив, да су се самоуправни односи уредили на основу друштвеног договора као правног основа, односно да се друштвени договор преко ових самоуправних норми може непосредно да примењује од стране учесника друштвеног договора. Отуда и појава у пракси да добри друштвени договори имају лошу примену код појединих учесника договора.

5. ОДНОС ДРУШТВЕНИХ ДОГОВОРА ПРЕМА ДРУГИМ САМОУПРАВНИМ ОПШТИМ АКТИМА. — Друштвени договори су самоуправни општи акти у смислу како их одређује Устав СФРЈ, односно Закон о удруженом раду. Пошто су друштвени договори само једна врста самоуправних општих аката, то се поставља питање какав је њихов однос према другим самоуправним општим актима који су донети или ће се донети од стране учесника друштвеног договора.

При разматрању овог питања треба поћи од решења датих у Уставу и Закону о удруженом раду, чијим се нормама одређује тај однос.

Према Уставу статут и други самоуправни акти организација удруженог рада не могу бити у супротности са самоуправним споразумом о удруживању.¹²⁾ Закон о удруженом раду у разради овог уставног принципа иде и даље па утврђује да статут организације удруженог рада и друге самоуправне организације и заједнице не може бити у супротности са самоуправним споразумом о удруживању, а други њихови самоуправни општи акти морају бити у сагласности са статутом, односно одредбе других самоуправних општих аката које су у супротности са самоуправним споразумом о удруживању и статутом не могу се примењивати.

Норме друштвеног договора не могу бити супротне нормама самоуправног споразума о удруживању било у целини или појединачно. Сваки учесник друштвеног договора, било да учествује у закључивању друштвеног договора било да му касније приступа, мора да води рачуна да у тренутку закључивања, односно приступања друштвеном договору његове норме не буду супротне самоуправном споразуму о удруживању.

Норме друштвеног договора не могу, сагласно Закону о удруженом раду, бити супротне ни нормама статута учесника друштвеног договора. Несупротност се цени у тренутку закључивања односно приступања друштвеном договору од стране сваког учесника.

Што се тиче односа друштвених договора и осталих самоуправних општих аката тај однос може бити двојак. Један је, када други самоуправни општи акт представља даље самоуправно уређивање односа на основу друштвеног договора, односно коме је друштвени договор правни извор. Ако је таква ситуација онда норме самоуправног општег акта морају бити сагласне не само самоуправном споразуму о удруживању и. статуту учесника друштвеног договора, већ и нормама друштвеног договора ради чијег се даљег самоуправног спровођења и доноси тај самоуправни општи акт. Пошто се самоуправним општим актом учесника друштвеног договора ближе самоуправно уређују односи, његове норме се морају ослањати, извирати из норми друштвеног договора и својим концептом и садржином се не могу супростављати његовим нормама. У питању је, дакле, уређивање истих друштвено-економских или других односа од стране истог самоуправног субјекта али путем два самоуправна општа акта, који, може се слободно рећи, представљају једну целину, па отуда искључивост међусобног сукоба и супротстављања.

¹²⁾ Члан 106. став 4. Устава СФРЈ.

Други је однос између друштвених договора и осталих самоуправних општих аката у оним случајевима када им нису идентични друштвено-економски и други самоуправни односи који су предмет њиховог уређивања. Наиме, друштвеним договором се обезбеђује и усклађује самоуправно уређивање једних а другим самоуправним општим актом других односа. У овом случају може да се говори о њиховој општој сагласности и то посредно, јер и једни и други морају бити сагласни самоуправном споразуму о удруживању и статуту учесника друштвеног договора. Међутим, неке непосредне зависности између њих нема како то може бити у неким случајевима.

Везано са овим односом је питање практичних последица утврђене несагласности норми друштвеног договора са нормама самоуправног споразума о удруживању и статута. Има мишљења да несагласност друштвених договора са самоуправним споразумом о удруживању или статутом треба да утврди суд удруженог рада, јер је он овлашћен да оцењује међусобну сагласност друштвеног договора са другим самоуправним општим актима са којима мора бити сагласан, па учесник друштвеног договора то не може једнострано да учини. Међутим, ако се има у виду изричитост одредаба Закона о удруженом раду „одредбе других самоуправних општих аката које су у супротности са самоуправним споразумом о удруживању и статутом не могу се примењивати”, онда је очигледно да учесник договора може и сам да суспендује такве норме друштвеног договора и без одлуке суда удруженог рада, а да суд удруженог рада евентуално решава као спорно питање такво понашање учесника друштвеног договора.

6. ОДНОС ДРУШТВЕНИХ ДОГОВОРА ПРЕМА ЗАКОНУ. — Однос између друштвених договора и закона треба посматрати у светлу општег принципа уставности и законитости у нашем самоуправном систему. Самоуправни општи акти не могу бити у супротности са савезним законом,¹³⁾ односно самоуправни општи акти организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница у републици морају бити у сагласности са републичким законом и другим републичким прописима.¹⁴⁾ Пошто је овде употребљен израз „самоуправни општи акти” у генеричком смислу, под којим се изразом подразумевају и друштвени договори,¹⁵⁾ то значи да друштвени договори не могу бити супротни закону.

Законом се, у складу са уставом, уређују односи у одређеним областима па сагласно томе ако се друштвеним договором усклађује и обезбеђује самоуправно уређивање односа и интереса радника у самоуправним организацијама, онда они не могу бити у супротности са законом. Према томе, супротност друштвеног договора постоји у оним случајевима када су законом у одређеној области уређени одређени односи или утврђени одређени критеријуми који даље треба да се уреде друштвеним договором, па друштвени договор, у целини или у појединим својим одредбама, супротно уређује односе или разрађује

¹³⁾ Члан 207. став 2. Устава СФРЈ.

¹⁴⁾ Члан 228. став 2. Устава СР Србије.

¹⁵⁾ Члан 404. став 2. Устава СФРЈ.

утврђене критеријуме. Уколико би настао овакав случај онда норме друштвеног договора, које су супротне закону, не би се примањивале већ би важиле норме закона. Последице те супротности су да воља учесника друштвеног договора изражена путем његових норми, супроставља се нормама закона који одређене односе уређује на основу уставних овлашћења, па се самим тим посредно супротстављају и уставу. Са друге стране, однос друштвених договора према закону могуће је посматрати и у зависности од њиховог односа према уставу. Наиме, устав одређује да радници у самоуправним организацијама и заједницама путем самоуправних општинских аката, па и друштвеним договорима, уређују своје односе. Тако, о неотуђивим правима радници одлучују у основној организацији и „противустанак је сваки акт и радње којима се повређују ова права”.¹⁶⁾ Отуда се одређени односи у самоуправним организацијама не могу да уреде законом, већ само самоуправним општинским актом, па самим тим и друштвеним договором, јер би закон неовлашћено задирао у самоуправна права радника па самим тим не би био у складу са уставом. У овим случајевима су и друштвени договори и закони потпуно независни једни од других, јер и једни и други имају правни основ у уставу.

Говорећи о овом односу, а самим тим и о особинама друштвених договора, треба указати и на оне појаве када се законом одређују предмет и учесници друштвеног договора, као и услови и начин њиховог закључивања.¹⁷⁾ Овакав однос закона према друштвеним договорима доводи до тога да се учесницима друштвеног договора одређује предмет и њихово учешће у закључивању друштвеног договора, изван њихових стварних овлашћења. Иако је право учесника друштвеног договора да сами одреде предмет друштвеног договора па самим тим и своје учешће у истом, оваквим законским одређивањем предмета и учесника договора, умањује се друштвена функција учесника друштвеног договора и истовремено се и мења уставом утврђени карактер друштвеног договора. Разумљиво је да таква решења у суштини онемогућавају учеснике друштвеног договора да у потпуности изражавају и усклађују своје интересе.

Са друге стране, има случајева када закон препушта друштвеним договорима да они уреде одређене друштвене односе. У овим случајевима долази до појаве да се друштвени договори јављају као акти којима се разрађује закон, што отежава њихово разграничење као самоуправних општинских аката од аката државних органа и они добијају карактер аката са законским уређивањем, па се често налазе у улози, или тачније имају улогу, аката којима се извршавају закони,

¹⁶⁾ Члан 14. Устава СФРЈ.

¹⁷⁾ Тако закон о удруженом раду (члан 327) одређује да се друштвеним договором могу ближе разрадити мерила за примењивање законом утврђених услова за организовање основних организација у појединим делатностима. У закључивању овог друштвеног договора учествују орган друштвено-политичке заједнице, синдикат, привредна комора, односно одговарајуће опште удружење организација удруженог рада и друге заинтересоване самоуправне организације и заједнице

У истом смислу је и решење дато у члану 348. Закона о удруженом раду.

што им неретко даје обележје подзаконских аката. На тај начин долази до појаве да законски улазе у сферу самоуправног уређивања односа а што се неповољно одражава на природу самих друштвених договора као самоуправних општих аката.

Однос друштвених договора и закона не треба посматрати као акте јаче и слабије правне снаге, као постојање хијерархијског односа између њих у којима су друштвени договори подређени закону, већ као акте путем којих одређени субјекти остварују своја уставом утврђена овлашћења. Закони су акти државних органа, док су друштвени договори самоуправни општи акти самоуправних организација и заједница, којима учесници договора обезбеђују и усклађују самоуправно уређивање друштвено-економских и других односа од ширег заједничког интереса за учеснике договора или од општег друштвеног интереса. Законом се тако односи не уређују, они делују према свима а не само према учесницима друштвеног договора, њихова се примена обезбеђује принудом државе, док се код договора она обезбеђује од стране самих учесника договора.

QUELQUES CARACTÉRISTIQUES DES ACCORDS SOCIAUX

— Résumé —

Dans notre théorie juridique il existe des points de vue différents sur la nature des accords sociaux. Lors de la détermination de leur nature, quelques caractéristiques des accords sociaux qui y apparaissent peuvent être utiles.

Une des caractéristiques des accords sociaux est la largeur des rapports sociaux qui les assure et les coordonne. Cas rapports sont tout d'abord des rapports socio-économiques et des autres rapports autogestionnaires qui sont d'un intérêt commun pour les participants à l'accord ou d'un intérêt social général. La largeur des rapports sociaux qui peuvent être l'objet des accords sociaux démontre leur importance en tant qu'une nouvelle sorte d'actes généraux autogestionnaires qui sont conclus à droits égaux et en conformité avec la liberté librement exprimée des participants aux accords sociaux.

Les accords sociaux obligent les participants à l'accord qui l'ont conclu ou y ont adhéré. Ils ne sont pas directement appliqués sur les participants à l'accord, mais il est nécessaire de passer des autres actes généraux autogestionnaires pour qu'ils soient appliqués de la part des participants à l'accord. Les ouvriers ne peuvent réaliser leurs droits, obligations et responsabilités réglementés par l'accord social que sur la base d'un autre acte général autogestionnaire déterminant les obligations assumées par l'accord social.

Les participants à l'accord social ont l'obligation d'établir, à l'intérieur d'eux-mêmes, un autre acte général autogestionnaire, ils vont coordonner, d'une façon autogestionnaire les obligations assumées de l'accord social. Les participants à l'accord social régulent leurs rapports en conformité avec les fondements contenus dans l'accord social qui harmonisent les intérêts des participants à l'accord social, ce qui signifie, en même temps, le comportement obligatoire des participants à l'accord lors de leurs applications ou accomplissements.

Les accords sociaux sont les sources du droit de certains actes généraux pour les participants à l'accord. Pourtant l'accord social en tant que source du droit pour faire établir des autres actes généraux autogestionnaires laisse assez de possibilités aux participants à l'accord pour que ceux-ci régulent leurs rapports d'une façon autogestionnaire et selon les principes et les critères exprimés dans l'accord social, mais adaptés aux besoins et intérêts autogestionnaires des participants à l'accord social.

L'accord social comme acte général autogestionnaire doit être en conformité avec la convention autogestionnaire relative à l'association et le statut des participants à l'accord social. Doit être en conformité avec l'accord social l'autre acte général autogestionnaire que l'on passe sur la base de l'accord social et qui a le même objet de la réglementation que celui-ci.

Le rapport entre la loi et les accords sociaux est fondé sur la principe de la légalité, c'est à dire l'accord social ne peut pas être en opposition avec la loi. Ce rapport se manifeste si l'accord social règle les rapports déjà déterminés par la loi. Cependant, quand il s'agit des rapports réglementés par l'accord social et appartenant au domaine de la complète réglementation autogestionnaire des participants à l'accord, la loi ne peut pas influencer sur l'accord social vu que l'une et l'autre trouve son fondement juridique dans la Constitution.



СУВЕРЕНОСТ ДРЖАВА И МЕЂУНАРОДНА ЗАШТИТА ПРАВА ЧОВЕКА

Права човека су одувек представљала област испреплетених државних интереса, варљивих чињеница и тешко ухватљивих суштина. Њихова заштита била је предмет разноврсних тумачења — од оних у чијој је основи занемаривање вредности непосредне стварности и уобличавање светле и топле, али, ипак, далеко слике права човечанства у коме ће сви људи бити једнаки у правима, до макијавелистичке забринутости за судбину људи иза које се крио покушај остваривања политичких циљева. Ова два од више могућих приступа, имала су, међутим, заједнички недостатак: делимично или потпуно заобилажење суверености као темељног права сваке државе без кога се на данашњем степену развоја међународног права не може расправљати о било каквом продору међународне заједнице у однос државе према лицима на њеној територији. Међусобна условљеност суверености држава и међународне заштите права човека мора представљати окосницу сваке расправе о правима човека уколико се жели да она буде заснована на стварности међународног живота: сувереност и међународна заштита права човека зависе од развоја међународног права и односа међу државама, што за последицу има неизвесност садржине једнога и другога појма и тешкоће приликом утврђивања границе између унутрашње и међународне надлежности у области права човека. Док је пре два века, рецимо, интервенција у односе између државе и њених становника углавном сматрана забрањеном, данас се може рећи да већина држава дозвољава међународну надлежност у погледу „унапређења” права човека. А оно се своди на попуњавање празнина у уређењу права човека, проучавање, истраживање, поступак извештавања о предузетим мерама. Заштита се, пак, спроводи поступцима у чијој се основи налази већи допринос измени постојећег стања, указивању на могућности превазилажења спорова или осуди за већ извршене повреде људских права. Пошто такви поступци више задиру у сувереност држава разумљивији је и већи отпор овим мерама које чак обухватају и предлоге за установљење међународних судских органа за заштиту људских права.

Развој контроверзе унутрашње надлежности држава и међународне заштите права човека почиње током XVIII и XIX века такозваним хуманитарним интервенцијама кад су углавном против осла-

бљене Турске предузимане војне акције понекад без ичега заједничког с начелом човечности. У савременом међународном праву, акција држава применом војне силе ради заштите држављана или других лица у иностранству, забрањена је тачком 4 члана 2 Повеље УН.¹⁾ Допуштене су, међутим, сугестије које могу бити подведене под појам интерцесије да се предложи помиловање извесног лица и др.²⁾ Уколико пак, акцију предузима инспитуционализована међународна заједница — данас Уједињене нације — онда се и оружана сила може употребити као допуштено средство интервенције у посебно тешким ситуацијама као што је апартхејд и сл.

Немогућност појединца да се обрати међународним инстанцама и од њих затражи заштиту својих права утицала је да држава чији је он држављанин преузме спор и води га као свој (дипломатска заштита). Услови су следећи. Дипломатска заштита је право државе и она се може, али не мора, супституисати на место свога држављанина. Држављанство мора бити стварно, а не формално, а коректно понашање појединца према држави против које се захтев подноси (*clean hands*) такође је неопходно. Наравно да се и овде примењује правило претходног испрпљења свих унутрашњих правних лекова (*local redress, local remedies*) у држави против које се подноси захтев. Дакле, за разлику од хуманитарних интервенција кад су субјекти заштите углавном веће групе људи, некад и читави делови становништва, у случају дипломатске заштите као заштићени субјект јавља се појединац, али само ако су испуњени претходни услови, пре свега захтев да је реч о држављанину државе која пружа заштиту.

Правом државе да међународном органу упути жалбу против друге државе, уколико ова не поштује права човека на својој територији, још више се сужава сувереност чланица међународне заједнице: за разлику од дипломатске заштите кад су у питању искључиво држављани државе која поступац покреће, жалбом државе заштита се проширује на избеглице, апатриде и друга лица са територије државе против које се жалба подноси.

Активном легитимацијом појединца у поступку пред међународним органима у највећој се мери ограничава унутрашња надлежност државе и ако о спору одлучује међународни суд за права човека суверена права су у још већој мери доведена у питање.

С обзиром да од овлашћених органа задужених за међународну заштиту права човека зависи и обим унутрашње надлежности

1) Подробно о томе V. Čikvadze: Prava človeka i nevmešateljstvo vo vnutrennie dela gosudarstv, Meždunarodnaja žiznj, 1978. № 11, стр. 30 ид; С. Миленковић: Прибегавање сили ради заштите грабана у иностранству, Југословенска ревија за међународно право, 1976, бр. 3, стр. 307 ид.

2) Према мишљењу извесних писаца, држава не сме да поставља захтеве, врши притисак или спроводи кампању против чланица међународне заједнице за коју мисли да не поштује права човека. Изношење сопственог мишљења спада, пак, у нормално општење држава и не представља забрањени акт на основу позитивног међународног права, сматрају исти писци — L. Hannikainen: Human Rights and non intervention in the final act of the CSCE, Nondisk Tidsskrift for International Ret (Acta scandinavica juris gentium), 1979. Fasc. 1—2, p. 34

држава, анализи морају бити подвргнути институционални оквири примене поменуће заштите. Али, да би се о томе могло говорити мора се претходно утврдити међународна надлежност у области права човека. Прво питање које се поставља с тим у вези односи се на антиномију начела унутрашње и међународне надлежности на основу одредаба Повеље УН. Затим разматрамо разграничење овлашћења Уједињених нација у односу на државе чланице и однос држава чланица једних према другима. Пошто се може закључити да је у недостатку другог међународног извора Повељим УН створен правни основ за изузимање права човека из искључиве надлежности држава³⁾ и да се забрана интервенције односи како на Уједињене нације тако и чланице међународне заједнице, остаје одговор на питање овлашћења за доношење одлуке о утврђивању надлежности. Најпре, да ли подношење приговора на основу тачке 7 члана 2 Повеље УН треба сматрати коначним актом у одбацивању међународне надлежности, и у случају негативног одговора, задржати се на разматрању органа надлежних да решавају о том приговору. Пошто је сасвим јасно да о експецiji о области задржаних права не може одлучивати држава која подноси приговор, јер би то било у супротности с начелом *peto iudex in causa sua*, одлуку треба препустити међународној организацији. Да ли се одлука доноси у главном судском органу Уједињених нација или су за њено усвајање надлежни политички органи светске организације? Већина држава се није сложила с надлежношћу Међународног суда правде да одлучи о поменутом приговору; пракса показује да је орган у коме се расправља о повреди права човека овлашћен да о њему доноси коначну одлуку. Тако је домаћа надлежност у садашњем тренутку у зависности од политичких тенденција изражених у већини гласова држава чланица ових органа.⁴⁾

³⁾ Наведени став заступа већина интернационалиста. Наводимо, примера ради, *E. Schwelb: Die Menschenrechtsbestimmungen der Charta der Vereinten Nationen und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Vereinte Nationen, 1976, Heft 6, S. 168.* У истом смислу видети и једну од старијих резолуција Уједињених нација у којој је Генерална скупштина 25. априла 1948. године утврдила своју надлежност за разматрање једног питања иако оно није уређено конкретним нормама међународног права; довољно је да је питање само у *принципу* уређено овом правном граном. Због бољег разумевања суштине овога значајног става наводимо извод из поменуће резолуције: „Сматрајући да чл. 1, пар 3 Повеље обавезује све државе чланице на унапређење поштовања права човека и основних слобода без обзира на расу, пол, језик или веру и да су се чланом 55 ц) Повеље државе обавезале на унапређење свеопштег поштовања и уважавања права човека и основних слобода за све без обзира на расу, пол, језик или веру... (Генерална скупштина УН — С. М.) изјављује да мере којима се спречава супругама држављана које од њих имају различито држављанство да напуштају земљу заједно са својим мужевима... нису у складу са Повељом... Препоручује се влади Савеза Совјетских Социјалистичких Република да повуче мере које је у овом смислу предузела”.

⁴⁾ У таквом начину утврђивања садржине тачке 7 члана 2 Повеље УН извесни писци виде опасност од „диктатуре већине” у светској организацији — *A. Verdross: Le principe de la non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un état et l' article 2(7) de la Charte des Nations Unies, у књизи Mélanges offerts à Charles Rousseau (La Communauté internationale), Paris 1974, p. 276.*

Садржина тачке 7 члана 2 Повеље УН покренула је и низ других питања од значаја за однос који испитујемо. Живе расправе су се рецимо водиле о томе како тумачити стављање одређеног питања на дневни ред, дискусију о њему и давање препорука. Ако би требало судити на основу ставова држава, опште је познато да све чланице светске организације о којима се расправља тврде да и само стављање питања на дневни ред представља незаконито ушпитање у унутрашње послове државе и кршење тачке 7 члана 2 Повеље УН. А *fortiori* се то односи на дискусију и усвајање препорука. Остале државе доказују, пак, међународну надлежност руководећи се у опредељивању више политичким него правним разлозима. Доктрина такође није јединствена. За разлику од држава, међутим, када је политичка целисходност у опредељивању одлучујућа за дати глас, интернационалисти се углавном споре око основа за стављање на дневни ред извесног питања, за дискусију о њему и усвајање препоруке. Поједини од њих задовољавају се при томе само одредбама о правима човека садржаним у Повељи УН, док други захтевају нове основе на којима се могу темељити конкретне мере међународне заштите права човека. Тај нови квалитет садржала је теорија „међународног интереса“ у складу с којом једно унутрашње питање може бити интернационализовано једино уколико прерасте у опасност по мир и међународну безбедност⁵⁾ или ако доводи у питање неку другу вредност од међународног значаја. Последице овога схватања сводиле су се на став према коме Генерална скупштина и Савет безбедности УН могу расправљати о правима човека и у вези с њима давати препоруке под условом да се њиховим кршењем угрожавају неке друге вредности од међународног значаја: правима човека се, дакле, одриче независна вредност и она се из искључиве унутрашње надлежности држава преносе у међународну надлежност тек кад се њиховим кршењем у питање доведе нека област од већег значаја за односе међу државама, пре свега мир и међународна безбедност.

У пракси Уједињених нација је, међутим, овакво тумачење брзо одбачено тако да су и без угрожавања тих вредности вођени поступци за заштиту људских права.⁶⁾ Примери са масовним и очигледним кршењем права човека у Јужној Африци, Јужној Родезији, Чилеу и још неким земљама о томе речито сведоче. Од аката светске организације, наводимо *exempli causa*, резолуцију Генералне скупштине бр. 3448 (XXX) усвојену 9. децембра 1975. године у вези са непоштовањем права човека у Чилеу.⁷⁾ Ваља, међутим, истаћи да се у

⁵ B. Graefrath: Die Vereinten Nationen und die Menschenrechte, Berlin 1956, S. 113

⁶⁾ Подробно о доказима у прилог надлежности Уједињених нација да расправљају о жалби државе која тврди да друга не поштује права човека и да на основу те расправе упућује препоруке в. L. B. Sohn, T. Buergenthal: International Protection of Human Rights, Indianapolis — Kansas City — New York 1973, pp. 641 id.

⁷⁾ У случају Чилеа D. von Kuaw сматра да стање у овој земљи није угрожавало мир и међународну безбедност, а да је и поред тога светска организација усвојила резолуцију којом је осудила кршење права човека — Die

Уједињеним нацијама није остало само на позивима држави у питању да престане са кршењем права човека него су предузимане и конкретне мере како би државе биле приморане да поштују минималне стандарде у овој области.⁸⁾ Против апартејда у Јужној Африци и Јужној Родезији примењене су следеће мере: суспензија и искључење из чланства међународних организација; забрана успостављања и прекид дипломатских, конзуларних и других односа; економске санкције, како селективне тако и потпуне.⁹⁾ Било је предлога да се против расистички надахнутих режима интервенише и војном силом, али та могућност није могла бити остварена. Важно је, ипак, да је државама стављено до знања од масовно и очигледно кршење права човека¹⁰⁾ више не спада у суверена права држава и да се за сузбијање оваквих аката може прибећи и акцији колективне принуде из Главе VII Повеље УН. Што су већи успеси у примени санкција изостали, примедбе треба ставити земљама чији су интереси у конкретним случајевима били омеђени профитима на капитал уложен у Јужној Африци и Јужној Родезији, као и несавршености процесног механизма примене те акције. Но, мере против расистичких режима и влада које систематски крше људска права¹¹⁾ показују да се људска права налазе у кругу питања од најшире важности и да теорија и на практичним примерима добија осведочење о њиховој међународној заштити.

Проблем спојивости суверености држава и међународне заштите права човека јавља се у нешто другачијој светлости у вези с међународним уговорима искључиво посвећеним људским правима. Иако се

Vereinten Nationen und die Menschenrechte, Vereinte Nationen, 1976, Heft 4, S. 106. Contra N. K. Mihajlovski, A. M. Ovsjuk, J. I. Niporko, A. D. Butejko: Prava čeloveka i sovremennij mir, Kiev 1980, str. 290—291.

⁸⁾ О тешкоћама приликом утврђивања минималног стандарда права човека в. К. Döhning: The relationship between state sovereignty and Human Rights, Acta Juridica, 1979 (Faculty of Law University of Cape Town), pp. 82. id.

⁹⁾ Подробно о овим мерама С. Миленковић: Унутрашња надлежност држава и међународна заштита људских права, Београд 1974, стр. 71—76.

¹⁰⁾ Објашњење синтагме „масовне и очигледне повреде људских права“ налазимо у резолуцији бр. 32/130 Генералне скупштине УН усвојене 16. децембра 1977. године. У уводном делу овога акта о томе читамо: „Признајући да апартејд, сви облици расне дискриминације, колонијализма, страна доминација и окупација, агресија и претње националном суверенитету, националном јединству и територијалном интегритету, као и одбијање да се признају основна права свих народа на самоопредељење и свих нација на вршење пуног суверенитета над својим природним богатством и ресурсима, стварају ситуације које саме по себи представљају и рабају масовне и очигледне повреде свих људских права и основних слобода, како народа тако и појединаца“. Исту садржину налазимо и у члану 1е) оперативног дела наведене резолуције. За текст овог акта в. Спољнополитичка документација, 1978, бр. 1, стр. 16—17.

¹¹⁾ Иако се у пракси појединих ограна Уједињених нација, особито у Комисији Уједињених нација за права човека, сусрећемо са изразом „систематска пракса кршења права човека“ (*consistent pattern of violations of human rights*) на коме се темељи надлежност овога органа светске организације, у литератури међународног права има писаца који сматрају да и без „великих“ кршења ових права Уједињене нације могу расправљати о правима човека и давати препоруке државама — G. Arangio-Ruiz: Human Rights and non-intervention in the Helsinki minal act, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, 1977, t. 157, p. 302.

уговором обухваћена материја изузима из надлежности држава, поменути проблем је актуелан у вези с актима који не садрже конкретне мере за спровођење у живот права њима обухваћених. Кад су у питању уговори у којима налазимо и ове мере питање је од значаја само до коначног уобличавања текстова и обично се односи на природу мера и домаћај овлашћења органа предвиђених тим актима. Чим, међутим, коначан текст уговора буде усвојен, разматрање односа унутрашње надлежности и међународне заштите људских права претвара се у размишљање о коначном прихватању таквог акта. Сувереност више не може бити доведена у питање због познатог става да се закључењем међународног уговора о једној материји та материја изузима из надлежности држава.¹²⁾

Показало се да је на регионалном плану уговорна заштита права човека знатно већег домаћаја него што је то случај у универзалним оквирима. На европском и америчком подручју је постигнута и сагласност о осетљивом питању омогућавања појединцима да од међународних органа траже заштиту својих права. Европска и Интераметричка комисија за права човека већ располажу и вишегодишњом праксом у овој области. За признање *positio standi* појединаца пред овим органима од пресудног значаја била је идеолошка хомогеност држава поменутих региона, али ван сећања свакако не треба оставити ни заједничку традицију, сличности у правним системима итд. Последњих година, међутим, активни субјективитет физичких лица добија све већи замах и на светском плану о чему сведочи пракса Комитета за права човека¹³⁾ основаног на основу Факултативног протокола уз Пакт о грађанским и политичким правима и поступак петиција појединаца у складу с резолуцијом бр. 1503 (XLVIII) Економског и социјалног савета.¹⁴⁾

Треба приметити, међутим, да је богати имплементациони механизам предвиђен само за такозвана „класична“ — грађанска и политичка права, не и за „нова“ — економска, социјална и културна. Док се међународне мере за обезбеђење друге групе права свде на поступак извршења, механизам за спровођење у живот „класичних“, поред поступка извештавања, обухвата установљење посебних органа којима се могу обраћати не само државе уговорнице подносећи жалбу против других уговорница уколико сматрају да ове не поштују одредбе уговора чије су стране, него и појединци. Констатација о недовољној међународној заштити економских, социјалних и културних права не односи се само на универзално већ и регионално подручје.

¹²⁾ С. Аврамов, М. Крећа: Међународно јавно право, Београд 1983, стр. 76; А. Пелеш: Суверенитет држава и савремено међународно право, Правна мисао, 1969, бр. 5—6, стр. 36. За став Радне групе Комисије Уједињених нација за права човека у истом смислу в. М. Schreiber: Protection internationale des droits de l'homme, у књизи *Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. I (Les progrès du droit des gens), Paris — Bruxelles 1979, p. 220.

¹³⁾ За подробну анализу досадашње праксе Комитета за права човека у области саопштења појединаца в. С. Миленковић: Међународни надзор над применом пактова о правима човека, Београд 1984, стр. 225—271.

¹⁴⁾ Више о поступку на основу резолуције бр. 1503 в. В. Димитријевић: Људска права у Уједињеним нацијама, Архив за правне и друштвене науке, 1983, бр. 3, стр. 178 ил.

Мере садржане у Европској социјалној повељи своде се, рецимо, на поступак извештавања. Слично је стање и на америчком континенту и поред тога што се у Америчкој конвенцији о правима човека налази и неколико чланова о економским, социјалним и културним правима.

Све то потврђује да се чланице међународне заједнице нису лако мириле са сужавањем суверених права. Сматрајући да поједине мере и поступци нису у складу са сувереношћу, извесне државе су се упорно супротстављале било каквим међународним мерама за обезбеђење материјалних права наведених у уговору да би се касније сложиле с постојањем имплементационог механизма, али у акту који је одвојен од инструмента којим се уређују материјалноправне одредбе; ако то, пак, буде исти акт решење се налази у факултативној клаузули чије се дејство условљава посебним пристанком држава. Присталице ужег тумачења начела унутрашње надлежности залагале су се за уношење мера заштите у текст међународних уговора. У савременој уговорној пракси позната су следећа решења за усаглашавање унутрашње надлежности држава и међународних мера за надзор над понашањем чланица међународне заједнице у области права човека: Уколико су у питању поступак извештавања и сличне мере углавном се сматра да су оне спојиве са сувереношћу држава. У актима којима је обухваћен ужи круг материјалних права (Конвенција о уклањању свих облика расне дискриминације, или онима везаним за регионално подручје (Европска и Америчка конвенција о правима човека), мере за имплементацију налазе се у истом акту у коме су уређена и материјална права. Кад је реч о ширем кругу материјалноправних одредби онда су извесни поступци садржани и у посебним актима физички одвојеним од главног акта. (Факултативни протокол уз Пакт о грађанским и политичким правима).

Још један доказ о покушајима државе да у погледу права човека задрже ширину акције представља одступање од извесних уговорних одредби у случају „јавне опасности која прети животу нације”. Кад се њихов случај разматра у неком од међународних органа за заштиту права човека, државе се често позивају на неприкосновеност права оценивања догађаја у вези с којима се поставља питање „јавне опасности”. Пракса међународних органа је, међутим, показала да је та оцена подложна контроли. Тако се Европска комисија за права човека у случају *Lawless* сложила с наводима ирске владе о постојању поменуте опасности да би у спору који су покренуле владе Данске, Норвешке, Шведске и Холандије против Грчке одбацила доказе грчке владе о постојању јавне опасности. О тој контроли сведочи не само надлежност међународних органа да утврде околности и чињенице које треба подвести под појам јавне опасности него и обавеза држава које се на те околности позивају да о одступању од уговорених обавеза обавесте одређене органе — у случају Европске конвенције о правима човека¹⁵⁾ генералног секретара Ев-

¹⁵⁾ Тачка 1 члана 15 Европске конвенције о правима човека гласи: „У време рата или друге јавне опасности која прети животу нације, свака Ви-сока страна уговорница може да предузме мере којима се déroгирају њене

ропског савета, а у Пакту о грађанским и политичким правима¹⁶⁾ друге државе уговорнице посредством генералног секретара Уједињених нација. У пракси Европске комисије и Европског суда за права човека дерогација одредби Европске конвенције односи се само на материјална права, не и на поступак контроле њиховог обезбеђења. Јер, чак и када је нецелисходност укидања одредби призната у поступку пред овим органима, то признање није много мењало суштину ствари — жалбу је било могуће само одбити после разматрања меритума случаја, а не и одбацити као неспојиву с одредбама Конвенције.

У вези с питањем суверености држава и међународне заштите права човека ваља се задржати и на месту федералне и колонијалне клаузуле у том односу. Дешава се рецимо да федерација, као међународни субјект овлашћен да закључује међународне уговоре о правима човека, то и учини, али те уговоре затим не може спровести у живот пошто је предмет уговора у надлежности неке од федералних јединица — извршење уговора условљено је претходном сагласношћу поменутих јединица. Да би се нашао излаз из ове противуречности у уговоре се уноси федерална клаузула.

Садржина колонијалне клаузуле односи се, пак, на територије за чије је међународне односе одговорна држава која закључује међународни уговор. Уношење федералне клаузуле у међународни уговор о правима човека значи могућност федералне државе да се не обавезе на безусловно извршење обавеза него само на то да ће са тим одредбама упознати надлежне органе федералних јединица препоручујући њихово усвајање. На тај начин се федералним државама омогућава да уколико су закључењем међународног уговора пристале на међународну контролу својих поступака, те обавезе ограниче позивањем на унутрашњу надлежност у оквиру своје унутрашње надлежности.

Други облик у коме се јавља федерална клаузула састоји се у констатацији да ће се одредбе уговора у коме се клаузула налази примењивати на све јединице федералних држава без икаквог ограничења или изузетка. Чини се због тога да треба прихватити становиште према коме је потребно пре коначног прихватања обавеза обезбедити њихово извршење на територији држава без обзира да ли је реч о унитарним или сложеним државама. То би утицало да оба ова облика суверених држава буду у равноправном положају у погледу коначног извршења уговора.

Колонијална клаузула се такође јавља у више облика. У извесним уговорима се изричито наводи да се њихове одредбе неће

обавезе по овој Конвенцији а у мери коју захтева нужност ситуације, с тим да те мере не буду противне њеним другим обавезама према међународном праву”.

¹⁶⁾ Тачка 1 члана 4 Пакта о грађанским и политичким правима гласи: „У случају када опстанак нације угрози изванредна јавна опасност, која је проглашена званичним путем, државе уговорнице овог Пакта могу предузети, у обиму строго одређеном захтевима ситуације, мере којима се укидају обавезе предвиђене у овом Пакту, с тим да те мере не буду неспојиве с другим обавезама које им намеће међународно право и да собом не повлаче дискриминацију засновану искључиво на раси, боји, полу, језику, вероисповести или друштвеном пореклу”.

примењивати на међународним територијама за чије су међународне односе одговорне поједине државе. У другима се та примена оставља на вољу уговорницама. Трећи садрже одредбе о обавезној примени уговора на поменутих територијама, с тим што се у неким од њих тражи претходна сагласност међународне територије на обавезивање уговорним одредбама. Све то покреће следеће питање — може ли се на основу истих уговорних обавеза, на данашњем степену развоја међународног права, прихватити смисао о различитом односу према становницима међународних територија и онима који њима управљају? Мислимо да не може због чланова 73 и 76ц) Повеље УН, става 2 члана 2 Свеопште декларације о правима човека и других аката. Уколико је реч о клаузули којом се уговори о правима човека не примењују на међународним територијама таква норма није у складу с позитивним међународним правом, а ако су у питању остале врсте клаузуле онда уговорно регулисање ове области није потребно пошто се у пракси све чешће сусрећемо са ставом да се у погледу уговора који не садрже колонијалну клаузулу његове одредбе примењују на све територије државе уговорнице за чије је међународне односе одговорна.

Међународне мере за спровођење у живот људских права одувек су биле предмет дугих расправа у међународним органима особито у вези с начелом немешања у унутрашње послове држава. Разматран је однос органа за спровођење у живот људских права и поменутог начела као и покретања поступка за заштиту тих права.

У погледу односа органа за спровођење у живот људских права и суверености држава углавном су две области биле у првом плану: природа органа и њихов састав, затим овлашћења органа у случају повреде уговорних одредби. У вези са првом облашћу, питање је следеће: да ли међународном заштитом права човека треба да се баве тела сталног или *ad hoc* карактера. Уговорна пракса показује да су у већини случајева основани органи чији чланови остају исти у низу случајева, мада се понекад предвиђа и оснивање *ad hoc* органа: *ad hoc* комисије за мирене предвиђена Пактом о грађанским и политичким правима и *ad hoc* комисија за мирене предвиђена Конвенцијом о уклањању свих облика расне дискриминације. С друге стране, већа пажња поклоњена је колективним органима него индивидуалним. Састав колективних органа изазивао је велике недоумице: да ли чланови треба да буду представници држава или лица бирања *ad personam*. Извесне земље и интернационалисти нагињали су првом решењу, мада је у уговорној пракси превагнуло друго.¹⁷⁾ Мислимо да друга врста органа више одговара начелу немешања у унутрашње ствари државе. Јер, ако је тачно да у органима састављеним од представника држава преовлађује политичка оцена (не)поштовања права човека, а мора се признати да међународна стварност готово непрестано томе у прилогу ставља по коју чињеницу, не значи ли то ситуацију у ко-

¹⁷⁾ D. Ruzié сматра да се у пракси ретко остварује могућност образовања независних међународних органа са правом усвајања одлука у области права човека — *Souveraineté de l'état et protection internationale des droits de l'homme*, у књизи *Mélanges offerts à Georges Burdeau (Le pouvoir)*, Paris 1977, p. 964

joј се зависно од тренутних политичких околности, и без стварне чињеничне подлоге, државама приписују наводне повреде права човека, а да се у другачијем политичком односу снага ти исти акти, али на територији других држава, другачије посматрају. Другим речима, држава се може осудити и без стварних повреда док се поступак не мора повести и кад повреда постоји. Не значи ли то већу опасност по сувереност држава него кад тело састављено од независних личности, објективно и лишено политичких утицаја, утврди стварно стање поштовања људских права на извесној територији и у границама своје надлежности предузме неопходне кораке? Сматрамо да први случај може имати више скривених опасности, па сагласно томе уговорно установљење независних тела не треба сматрати већом опасношћу по сувереност држава од органа састављених од представника држава.

Овлашћења органа су увек изазивала подељена мишљења како држава тако и интернационалиста. Земље Запада су већином биле за такозвану „јаку“ имплементацију, док су социјалистичке и земље у развоју негативан став према таквим мерама градиле на искуству одмах после другог светског рата, кад је због гласачке машине у корист Запада постојала могућност мешања у унутрашње послове под видом заштите права човека. Неразвијене су, пак, у ширем уплитању међународне заједнице виделе опасност за свој унутрашњи поредак. Због тога су овлашћења, како у току поступка заштите права човека тако и у погледу „санкција“ за њихово непоштовање, знатно већег домаћаја у регионалним оквирима или у актима са ужим кругом материјалноправних одредаба, него у документима од универзалног значаја и ширег обима материјалних права. Но, с променом односа међу државама, с њиховом све већом економском и другом међузависношћу и стварањем климе поверења, јачаће и надградња над тим односима. Ту линију развоја пратиће и међународна заштита права човека кроз испољавање све јаче тежње за сужавањем суверености држава.

Једно од најосетљивијих и најважнијих питања односа унутрашње надлежности држава и међународне заштите права човека представља проблем активне легитимације у споровима о кршењу права човека. У расправама о међународним уговорима у овој области за покретање поступка се овлашћују: државе, појединци, групе појединаца, невладине организације и сами органи задужени за заштиту права човека. У великој већини уговора поступак заштите покреће се саопштењем (жалбом, петицијом) државе. Као што је већ речено, у извесним међународним актима признат је и активни субјективитет појединаца, било да је право подношења саопштења дозвољено искључиво физичким лицима или појединцима и групама појединаца. Ни у једном од важних међународних уговора о правима човека није, међутим, прихваћена активна легитимација невладиних организација, а није признато ни право органа да поступак покрећу *ex officio*. Да ли је том приликом начело немешања одиграло пресудну улогу тешко је рећи; сигурно је, ипак, да је и оно имало утицаја на такво решење.

Ако на крају треба одговорити на питање да ли на данашњем степену развоја међународног права и међународних односа превагу има сувереност држава или међународна заштита права човека, не би смо погрешили ако предност дамо суверености држава. Из више разлога. Пре свега због тога што међународно право није довољно развијено да државе примора на ратификовање међународних уговора о правима човека; следствено томе, обезбеђење многих права зависи од дискреционе оцене чланица међународне заједнице. Кад, међутим, помињемо дискреционо право држава приликом прихватања међународних обавеза, ваља нагласити да обезбеђење права човека није само ствар воље појединих земаља: материјалне и друге могућности важније су понекад од лепих жеља за побољшање судбине људи на извесној територији. У овој светлости посматрано, сасвим је оправдано повезивање реформе постојећих међународних економских односа и стварање новог међународног економског поретка са пунијим ангажовањем неразвијених и осталих земаља у области права човека и основних слобода.¹⁸⁾ Кад побољшање материјалне основе друштва буде праћено демократизацијом и хуманизацијом односа у њему, то ће већ значити стварање неопходних услова за веће поштовање људске личности и смањење потребе за међународним поступком у овој области. Савремено стање у многим земљама не даје, мислимо, много наде у остваривање оваквог развоја, а све док се минимални стандарди права човека и основних слобода не поштују, постојаће и потреба за међународним надзором над понашањем држава у овој области.

¹⁸⁾ У већ раније наведеној резолуцији Генералне скупштине УН бр. 32/130 о томе налазимо изричиту одредбу: „остваривање новог међународног економског поретка је битни елеменат за стварно унапређивање права човека и основних слобода . . .” — в. тачку 1ф) овог акта.

LA SOUVERAINETÉ DES ÉTATS ET LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

— Résumé —

Dans le travail l'auteur prend en considération la question actuelle des rapports entre la souveraineté des états et la protection internationale des droits de l'homme. Il traite tout d'abord la limitation du domaine réservé de l'état à travers les différentes manières de protection des droits de l'homme depuis les interventions d'humanité passant par la protection diplomatique des particuliers et la plainte des états contre les autres états à condition que ceux-ci ne respectent pas les droits de l'homme jusqu'au *positio standi* du particulier en droit international. Puis il s'arrête sur les clauses de la Charte des Nations Unies constatant que le contenu du paragraphe 10 de l'article 2 de cet acte dépend de l'appréciation politique de l'organe qui délibère de l'exception concernant le domaine réservé. Ayant expliqué que la pratique de l'Organisation mondiale a rejeté la thèse conformément à laquelle les droits de l'homme sont l'objet de la compétence internationale seulement si leur violation ne constitue pas de menace pour autre domaine d'une plus haute importance, pour les relations entre les états, telle que la paix et la sécurité internationale, l'auteur aborde l'analyse des rapports entre la souveraineté et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. A cette occasion il expose les raisons selon lesquelles on peut constater que la protection internationale des droits de l'homme est d'autant plus efficace dans les cadres régionaux que dans les cadres universels, puis il s'arrête sur la coordination du domaine réservé et de la protection internationale par l'introduction de certaines mesures de protection dans les clauses facultatives ou dans les actes physiquement séparés des dispositions juridico-matérielles. Il prête attention „au danger public qui menace la vie d'une nation", à la clause fédérale et coloniale, cherchant leur place dans le rapport qu'il examine. A la fin il considère le rapport des organes internationaux de protection des droits de l'homme à l'égard de la souveraineté des états et constate que ces organes-ci constitués par des personnes élues *ad personam* présentent moins de danger pour la souveraineté des états que ceux composés des représentants des états. L'auteur finit par la conclusion que la souveraineté des états est actuellement supérieure à la protection internationale des droits de l'homme.

ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА О НЕПОСРЕДНОМ ПОРЕЗУ У СРБИЈИ 1884. ГОДИНЕ

Истраживања која сам вршила у вези са пореском реформом у Србији 1884. године односе се више на време у коме се приступило реформи према владиној процени могућности за њено успешно спровођење, а мање на конкретни финансијски значај појединих решења, која су у закон о непосредном порезу ушла као резултат већ раније извршеног друштвеног реструктурирања у Србији. Шире та су истраживања везана за тему политичких и државноправних последица тимочке буне, која је створила довољно простора и за финансијску реформу, најављивану више пута и пре тимочке буне. Такав приступ одредио је и тему овог рада, јер се он више бави поступком доношења закона о непосредном порезу по његовом садржини, наравно у мери у којој је уопште могуће то одвојено посматрати, а посебно кад је такав поступак био у функцији усвајања одређене садржине закона о порезу. У поступку скупштинског усвајања закона ти моменти ће доћи до изражаја и у владином настојању и одлуци да без претходних припремних радњи приступе пореској реформи (без пописа људства и имања извршено је одређивање пореских стопа) и у начелној дебати и говорима појединих посланика, нарочито из реда малобројне скупштинске опозиције, која је подвукла и критиковала овај неправилан пут пореске реформе.

Напредњачка влада се већ у првим годинама своје владавине, 1881, 1882, сусрела са потребама државне изградње и модернизације, које нису биле покривене новчаним средствима, чак и са осетним недостатком тих средстава, услед исцрпљености земље после ратова, и за живот независне државе у оквиру постојећих преживелих државних установа и институција. Имала је и своје планове и амбиције на томе пољу. Осим тога, Србија је, уз независност, добила и неке нове обавезе (изградња железнице, откуп земље у новоослобођеним крајевима и др.). Из тих разлога напредњачка влада морала је чешће но што је уобичајено да посеже за посредним пореским оптерећењима. Преживео систем главнице по старом пореском закону из 1864. године, који је равномерно оптерећивао становништво без обзира на имовинско стање, напредњачка влада је продубљивала разрезивањем разних посредних пореза, приреза и такси, који извори прихода опет нису имали првенствену мотивацију у имовинском положају делова становништва, а били су и непопуларна мера и ипак недовољно и

извесна по количини прихода.¹⁾ У таквој ситуацији све је присутнија свест о неопходности измене система непосредног пореза у складу са изменама у друштвеној структури, а са циљем праведнијег и равномерноијег распореда увећаних терета државних прихода.

Све израженији политички сукоби напредњака и радикала управо у томе периоду били су, међутим; погодно тле да у критици мера које је напредњачка влада предузимала, Радикална странка уврсти и кроз неке кораке владе најављену пореску реформу, у којој су се највећи захтеви очекивали у промени система непосредног пореза са циљем равномерније расподеле али и његовог увећања. У политичкој борби радикали су указивали да ће управо њихов најмногобројнији присталица — сељак, пореском реформом бити највише погођен. Радикали, који су својим бирачима обећавали смањење пореза, нису пропустили да искористе непопуларност мера на повећању пореских оптерећења становника, приписујући „заслуге“ за то у целини напредњачкој влади која тиме хоће да надокнади пропусте у својој финансијској политици.

Укупна политичка ситуација, а посебно финансијска политика напредњачке владе, најизразитије се одсликава, у светлу већ изнетих напомена, ставова, намера и очекивања на скупштини за 1881. годину, сазвану и одржану 1882. године (од 7. јануара до 22. јуна 1882.), и то кроз кнежеву беседу којом је скупштина отворена, адресу скупштинске већине, пројект адресе скупштинске мањине, посланичке предлоге, финансијске законе које је влада поднела а скупштина усвојила, предлог буџета и краљеву беседу којом је скупштина закључена. У свим наведеним моментима доћи ће до изражаја сукоби страначких ставова и у овој материји; па су они илустративни и као увод у догађаје 1882. године („двогласачка скупштина“) и 1883. године (изборна победа радикала 7. септембра; тимочка бунa). Зато је интересантно пратити шта је све најављивано, а шта од тога остварено и зашто није све остварено, јер то што је одложено и извршено тек после тимочке буне има свој значај за потврду става о политичким и државноправним последицама тимочке буне.

I

Беседа као владин програм за скупштински назив садржала је и мере финансијске природе, од којих је посебно подвучена вла-

¹⁾ Само у периоду од марта 1881. до јуна 1882. године влада је донела следеће прописе: Закон о прирезу за главни фонд школски од 31. марта 1881; Закон о таксама од 3. априла 1881; Закон о трошковима управних власти и њихових служитеља од 5. априла 1881; Закон о крмарини од 20. маја 1881; Закон о трошарини на дуван од 22. јуна 1881; Закон о такси на дућане од 22. јуна 1881; Измене и допуне закона о трошарини на дуван од 22. јуна 1881, од 17. јуна 1882. године, Хронологијска и азбучна таблица своју зборника закона и потпори војних инвалида узима од сваке пореске главе уз полугодишњу порезу још по пола динара од 19. јуна 1882; Закон о крмарини од 19. јуна 1882; Закон о такси на радње од 22. јуна 1882; Закон о измени члана II закона од 5. априла 1881. године о трошковима управних власти и њихових служитеља од 23. јуна 1882. године, Хронологијска и азбучна таблица свију зборника закона и уредаба у краљевини Србији, 1889, Београд, стр. 36—44.

дина намера да се на овој скупштини појави са новим законом о порезу. „Већ од дужег времена осећа се потреба да се садашњи закон о порезу замени другим, који би дао већег јемства за правичну поделу према имућности грађана” — говорио је кнез Милан, подвлачећи у исто време да се неправичност садашњег система све јаче осећа и зато што се „уз културно и политичко развијање наше отаџбине, и државни издаци разгранали и државне потребе умножиле”.²⁾ У том контексту најављена пореска реформа могла је да значи само равномернију поделу нових пореских оптерећења, а никако равномернију поделу већ постојећих оптерећења, односно мање оптерећење нижих друштвених слојева. У беседи су најављене и измене у постојећим финансијским законима, које су се показале целисходним услед њихове дотадашње примене (за само неколико месеци).³⁾

Одговарајући на овај став из беседе скупштинска већина је у својој адреси подвукла да „правичност и потреба земаљска” треба да буду основа очекиване измене пореског система.⁴⁾

Радикалска скупштинска мањина је међутим имала другачије виђење. „Народно представништво подизало је више пута свој глас против данашње неправилне основе пореске системе, тако ће и овом приликом прихватити исти предлог и трудиће се да неправичност данашње пореске системе уклони, не губећи из вида опало благостање народа, које никако не дозвољава повећање данка”.⁵⁾

Дебата о адреси је ближе указивала на разлике у овим ставовима, откривајући шта ко под пореском реформом подразумева, као и шта се хтело финансијским законом из 1881. године. Скупштинска опозиција је критиковала владину политику доградње и промене финансијских закона министарским расписима, приписујући јој исхитреност у поступку доношења и грешке у процени и решењима.⁶⁾ Влада и скупштинска већина су на то одговориле да су управо ти закони омогућили, са новим изворима прихода које су увели, плаћање државних дугова који су наслеђени после ратова и нових обавеза за изградње железнице. Иначе би се или нов прирез уопште за ову ванредну потребу ударио или би се порез на народ сељачки повећао. „Да ли је боље да се узме од механа, дуваниница, или да се удари нов прирез на цео народ”? — питају радикалску скупштинску мањину влада и њена скупштинска већина. А одговор је управо онакав какав би и радикали дали: „... ограмна већина народа, наш сељак, први производник, одобрава потпуно што није ударен прирез у опште за ову ванредну потребу”.⁷⁾ Али, проблем и није био у томе, него у измени тих закона путем расписа и њиховој недоследној и нетачној примени, што су радикали критиковали као неуставну владину

2) Стенографске белешке народне скупштине 1882, стр. 23.

3) Исто.

4) Исто, стр. 61.

5) Исто, стр. 66.

6) Говор Ранка Тајсића, Раше Милошевића, Николе Пашића, Косте Таушановића, Марка Петровића и др.

7) Стенографске белешке ... 1882, стр. 221.

политику. Иначе потребу штедње у државним финансијама, смањење државних издатака и посебно смањење пореских терета селяку радикали су имали као окосницу свог финансијског програма, па са тих позиција нарочито су оштро напали напредњачку политику додатних пореских оптерећења.

Такво опредељење радикала још више је дошло до изражаја код најаве пореске реформе. Влада је под реформом подразумевала и повећање пореских оптерећења, радикалска скупштинска опозиција само праведнију расподелу постојећих пореских оптерећења. „Праведнија пореска система није исто што и повећање порезе”.⁸⁾ Ако опозиција тражи, ради праведнијег разреза пореза, промену пореског система, влада не може да је уцењује тиме што ће истовремено тражити повећање порезе и повећање буџета. Скупштинска опозиција не пристаје да се „цифра опште дације повиси, него само да се правично распореди”.⁹⁾

Ближе објашњење става опозиције у питању пореске реформе коју је влада најавила дао је Раша Милошевић: „Уређење пореске системе ми тражимо од како смо управо постали уставни; тражимо да се овај препотопни систем замени са згоднијим, бољим и влада нам подноси пројект о томе, а ми смо дознали да тај пројект неће ни у колико ићи на то, да се уведе правичност, но само да се подигне пореза. Ми смо за то, и ми хоћемо да се уреди пореска система, тако да се избегне неправичност данашње системе, и у време да се ни једна пара од целокупне порезе не увећа”.¹⁰⁾

Влада је имала свог гласноговорника у потпредседнику скупштине, Милану Кулунџићу. Поред тога што је поновио све разлоге због којих се само повећањем пореза могу задовољити нарасле државне потребе (железничко питање, реквизиција, трошкови модернизације државе), он пита опозицију: „Кад велите како је наша порезна снага већ сасвим исцрпљена, одкуда мोगосте натоварити мимо владе и скупштине на народ још један ванредни порез? Не пада ли вам на ум да су се партије баш ове године потпунице образовале и да су удариле на народ нов намет у новцу?”¹¹⁾

За адресу већине гласало је 99 посланика, за адресу мањине 50.¹²⁾ Опозиција је одбила да потпише адресу већине и није учествовала у депутацији која је адресу предала кнезу.

⁸⁾ Исто, говор Николе Пашића, стр. 201.

⁹⁾ Исто, говор Марка Петровића, стр. 177.

¹⁰⁾ Исто, говор Раше Милошевића, стр. 78.

¹¹⁾ Исто, стр. 220.

¹²⁾ Исто, стр. 226; Међутим, према Раши Милошевићу, адресу већине потписало је 99, а адресу мањине 54 посланика. У прогласу који је скупштинска радикалска мањина упутила својим бирачима, објашњавајући разлике између адресе већине и адресе мањине, са напоменом да је дуга дебата о адреси те разлике још боље показала, посебно се наводи и тражи подршка за ставове мањине која није хтела да одобри целокупни рад владе, па и све „њене таксарине, маркарине и крчмарине, итд.” и да „мањина није пристала да се пореза повећава у времену када је народно благостање опало и кад нас само штедња по свима гранама државног живота може спасти”. Овај последњи став

Даље разрешење пореског питања и владиних намера прилично осветљава предлог посланика Велизара Кундовића од 11. фебруара 1882. године.¹³⁾ У свом предлогу Кундовић наглашава намеру владе изражену у престоној беседи да овај скупштини поднесе предлог о уређењу порезе, па наставља: „Сазнао сам, да је влада одступила од те мисли, да ово-годишњој народној скупштини поднесе предлог о уређивању порезе, нити она има о томе спремног законског пројекта”. Зато предлаже: 1. Да се садашњи закон о порезу као по све не-праведан укине; 2. Да се узакони плаћање порезе по имању и да имање плаћа порезу, па ма где се оно налазило; 3. Кад се заведе плаћање порезе по имању, онда да се укину посредне порезе, као што је крчмарина, регал на дуван и плаћање на обрт трговачких радњи. Предлог је упућен законодавном скупштинском одбору.

Народна скупштина се у првом делу свога рада, до 5. марта 1882. године, више није бавила питањем пореске реформе.¹⁴⁾

У другом делу рада народне скупштине, у измењеној ситуацији, влада као да је одустала од намере да изврши пореску реформу. Влада је истина поднела предлог Закона о изменама и допунама закона о порезу од 24. октобра 1864. године и тај је предлог упућен скупштинском финансијском одбору, али из одбора није изашао.¹⁵⁾ Овај владин предлог има само три члана, којима се делимично мења садржина само два параграфа закона из 1864. године (§ 4. и 15.). Полазиште му је у правичнијој расподели порезе, али се очигледно није озбиљно рачунало са његовим усвајањем, јер се остало код система главнице (чл. 1. предлога закона одређује различите износе порезе по пореској глави зависно од места живљења — Београд, вароши и варошице и села), а уведени појмови „обична имућност” и „имућност ванредне класе” (чл. 2. овог предлога закона) нису били ни изблиза довољни да се постигне правичност у расподели порезе. Последњи чл. 3. само распоређује општински прирез по „сразмерици порезе у границама максимума који је одређен првим чланом овог закона”.

Очигледно је влада много озбиљније рачунала са финансијским дејством нових закона о крчмарини и такси на радње и измени и допуни закона о трошарини на дуван,¹⁶⁾ које је поднела скупштини

у прогласу је подвучен као најглавнији. Р. МИЛОШЕВИЋ, *Тимочка буна 1883.*, Београд, стр. 34—35.

¹³⁾ Стенографске белешке . . . , стр. 788.

¹⁴⁾ Политички сукоби довели су до скупштинске кризе. Услед оставке радикалских посланика и њиховог изласка из скупштине, дошло је до расписивања допунских избора у два маха, 15. и 31. маја, проглашења „двогласаца” за изабране посланике, конституисања и рада „двогласачке скупштине” од 5. јуна до 22. јуна. 1882. године, опет сазива за 1881. годину, са врло тесним кворумом и незнатном опозицијом.

¹⁵⁾ Стенографске белешке . . . , 1495—1496.

¹⁶⁾ Измене и допуне закона о трошарини на дуван од 22. јуна 1882, Зборник закона и уредаба у краљевини Србији, књ. XXXVII, стр. 102; Закон о крчмарини којим се укидају закон о крчмарини од 20. маја 1881. године и закон о трошарини на пиво од 19. јуна 1877. године са свима изменама и допунама од 19. јуна 1882. године, Зборник, књ. XXXVII, стр. 131; Закон о такси

на усвајање. Сви су они усвојени и увећани приходи који су се по тој основи очекивали нашли су се у буџету прихода већ за ову годину. Мада влада није имала проблема са њиховим усвајањем у скупштини, већ се у говорима посланика приликом дебата о њима најављивала нека посебна ситуација око њихове примене и очекиваних дејстава. Радикали који су изашли из скупштине почели су са појачаним агитационим радом, у чему им је оваква владина финансијска политика сталнога повећања новчаних дажбина ишла на руку. Када се у дебати о закону о таксама на радње повела реч о воденицама, онда је више посланика имало политичког слуха за владину намеру да воденице не буду опорезоване. „Ми сви знамо како су наша браћа радикали, кад су одавде отишли, однели и пустили глас у народу, да ћемо ми да ударимо грдне таксе на све радње (чује се: па треба нам, па морамо). Казали су да ћемо на све да ударимо извесне терете плаћања и на гицу и на њиву, и на шљивик, ливаду и све што ми нисмо ни помишљали, као да ми хоћемо ову земљу да запалимо... Духови су у нашем народу сад раздражени и влада је добро учинила што није метула и воденице у ред плаћања, јер кад се каже „удара се на воденице“, то пада у очи сељаку и не смеш отићи тамо... он ће нас мотиком”.¹⁷⁾ Ипак овим законом су биле обухваћене и воденице, с тим што су разврстане према приходу, од 5000 до 500 динара (ове последње нису плаћале ништа).

После усвајања ових финансијских закона приступило се доношењу буџета прихода и расхода за рачунску 1881/82. годину. Нови буџет био је у односу на прошлогодишњи већи за 7.000.000 динара. Тек усвојени закони су увећали буџет прихода за преко 3.000.000. На такав њихов ефекат је и мислио министар финансија када је на примедбе о расту буџета рекао да се влада са успехом постарала да нађе изворе за измирење појачаних државних потреба и да зато врло спокојно очекује „да Србија већ сада без икаквих нових граница и без увећања пореза може овакав буџет да сноси”.¹⁸⁾ То задовољство изразио је и краљ Милан у беседи којом је закључио „двогласачку” скупштину у првом сазиву: „Финансијским законима створили сте земљи буџет којим је потпуно осигурана знаменита тековина нашег народа, грађење железнице у Србији”.¹⁹⁾

Када се крајем новембра исте године поново састала „двогласачка” скупштина, као скупштина за 1882. годину, имала је да усвоји предлог буџета увећан за скоро 2.000.000 динара. Финансијски одбор је ово увећање образложио потребом издатака за аграрни зајам ради откупа земље у новоослобођеним крајевима, јачим потребама правосудне управе и просвете, унапређењем и других грана државне управе, установљењем министарства привреде и потребом реорганизације војске.²⁰⁾ Истовремено, одбор је нагласио да су „ово исувише

на радње од 22. јуна 1882. године којим се укида закон о такси на радње од 22. јуна 1881. године, Зборник, књ. XXXVII, стр. 141.

¹⁷⁾ Ст. белешке..., говор Марка Богдановића, стр. 1769.

¹⁸⁾ Исто, 1891.

¹⁹⁾ Исто, 1972.

²⁰⁾ Стенографске белешке народне скупштине за 1882. годину, стр. 481.

мале жртве за овако велике целсе” и да је овај вишак у буџету резултат привредног успона земље, а да се ради намирења свих ових потреба не тражи од народа „ни једне паре ни порезе ни приреза”. Према предлогу буџета прихода у односу на прошлогодишњи буџет прихода, приходи су се повећали од посредних данака и судских и административних такси.

Влада напредњака ни на овој скупштини није пропустила да истакне своју решеност да промени порески систем, иако се са новим предлогом закона о порези није појавила. Најавила је мере које морају да претходе пореској реформи, као услов за њено спровођење. На те мере је потсетио својим предлогом посланик Станојло Драгуљевић: „Да се што пре попис људства у нашој земљи започне и изврши, нарочито ако се мисли, да се досадања наша пореска система са модерном и правичном замени.²¹⁾ Исто тако, у образложењу буџета прихода од непосредних данака, финансијски одбор, који је процену вршио у договору са министром финансија, је повећање тог прихода приписао прираштају популације од око 5000 пореских глава и нових 15—20.000 пореских глава, које ће бити приновљене „општим пописом људства који ће се ове године извршити”.²²⁾

Укупна политичка ситуација у првој половини 1883. године није погодовала спровођењу владине намере о попису људства у циљу припреме пореске реформе. После железничког питања и изласка радикала из скупштине, иако је изгледало да се државни послови у влади и скупштини редовно одвијају и успешно окончавају, осећала се у страначким односима напетост и спремност да се у политичкој борби употребе сва средства и иде до краја. Свака мера владе да средствима власти удари по радикалима, њиховој штампи или присталицама, изазивала је реакцију у појачаној агитацији или отвореној припреми и упутствима за борбу која предстоји. И обрнуто — појачана агитација изазивала је власт на предузимање мера ради њеног сузбијања. Мало је ту било простора за неке озбиљне реформе, а најмање за пореску реформу. И када год је влада покушала да ради на припреми нужних промена, па и колико год је те припреме завијала у неке друге форме — радикали су их објашњавали намерама владе да повећа порезе. И мере на жигосању стоке, и мере против филоксере и наравно, директне мере на извибању имовног стања народа су тако дочекане да су догађаји који су их у источним крајевима замље пратили записани као увод у тимочку буну — догађаји у Поречу, Грљану, Гамзиграду. Тим догађајима 1884. године влада је правдала заиста нередован пут спровођења пореске реформе, јер је тада одустала да прво спроведе претходне мере — попис људства и имовине, него су истог дана донесени и закон о непосредном порезу²³⁾ и закон о попису људства и имовине.²⁴⁾ „После Ти-

21) Исто, стр. 169.

22) Исто, 479.

23) Зборник, књ. XL, стр. 286.

24) Зборник, књ. XL, стр. 275.

мочке буне, када је отпорност сељачке масе сломљена, Гарашанинова влада држала је да је дошао тренутак када се реформа непосредних пореза може извести и поред своје непопуларности”.²⁵⁾

III

Прва народна скупштина која је одржана после тимочке буне, као скупштина за 1883. годину отпочела рад 9. маја 1884. године, донела је закон о непосредном порезу 14. јуна 1884, као и друге законе којим је омогућено његово спровођење.²⁶⁾

Поступак за доношење ових закона отпочео је изношењем владиног финансијског програма за ту скупштину кроз престону беседу.²⁷⁾ Једна трећина беседе је била посвећена финансијском стању и финансијским потребама земље, чије се побољшање и задовољење пред посланике износи као „најозбиљније политичко и економно питање нашег времена”. Уређујући се као модерна држава, стварајући привредној моћи народа бржа и подеснија средства саобраћаја и промета, подижући економску будућност народа, „Србија је дошла данас пред потребе за које су садашњи државни извори недовољни”. Непосредни данак као један од главних извора државних прихода је још увек „на старим средњо-вековним основама просте личне наглавице”, те је крајње време „да се питање правичнијег даначног распореда и у Србији реши”. То мора да буде на начин који је у целом свету признат и искуством потврђен, „до коме ће се већи терет у исти мах сношљивијим и тиме лакшим учинити”.

Одговарајући на беседу, скупштина се сложила да „вештачки путеви, праведни судови, примерна власт, озбиљна просвета и добра војска „коштају новаца”. Зато „Народно представништво које води рачуна о будућности народа” изражава — у својој адреси — спремност „да је без икаквих себичних обзира, свом снагом родољубља готово да проучи финансијска питања земаљска и да потражи најуспелији начин, да држави даде што је за њен напредак потребно, а да се давања удесе тако, да буду праведнија и по томе лакша но до сада”.²⁸⁾

Пројект закона о непосредном порезу влада је поднела на VI скупштинском састанку, 16. маја 1884. године. Пројект садржи најпре један уводни члан. (чл. 1), којим се одређују врсте непосредне порезе. Порез у Србији плаћа се по одредбама овога закона: 1. на земљиште; 2. на зграде; 3. на принос од капитала; 4. на приход од рада; 5. на личност; Укупна материја је затим подељена у 6 глава: првих 5 садрже детаљније одредбе о појединим врстама пореза, а 6. глава садржи опште одредбе.

²⁵⁾ Сл. ЈОВАНОВИЋ, *Влада Милана Обреновића, књ. III*, Београд, 1934, ст. 170.

²⁶⁾ Закон о попису људства и имовине и закон о пореским одборима и надзорницима.

²⁷⁾ Стенографске белешке народне скупштине за 1883. године, Београд, 1884, стр. 27.

²⁸⁾ Исто, Адреса, стр. 35.

Влада је такође поднела и предлог закона о попису људства и имовине и закона о пореским одборима и надзорницима.

За потребе претреса предлога закона о непосредном порезу формиран је порески одбор, у који су ушли чланови скупштинског финансијског одбора (њих 9) и 26 изабраних посланика.²⁹⁾

Порески одбор је на XIX скупштинском састанку, 3. јуна 1884. поднео своје мишљење о предлогу пореских закона.³⁰⁾ Међутим, двојица чланова пореског одбора се није сложила са тим мишљењем па су скупштини поднели своје одвојено мишљење.³¹⁾

Мишљење већине пореског одбора одпочиње начелним ставом о неопходности замене постојећег непосредног пореског система према закону из 1864. године рационалнијим системом који се оснива на имућности и привредној снази сваког грађанина, те у том смислу поздравља владину намеру да овим предлогом задовољи такав већ годинама присутан оправдан захтев. Према мишљењу већине чланова пореског одбора, влада је овим предлогом испунила два основна услова „справедљиве системе пореске“: подједнако оптерећење сваке гране домаћих привредних чињеница (земљишта, зграда, капитала, рада и личности) и изградњу темеља на коме ће се државне финансије развијати сигурно и без трзавица.

Одвојено мишљење двојице чланова пореског одбора такође у почетку садржи став о потреби замене старог система непосредне порезе по принципу главнице савременијим и праведнијим, у коме би се према богатству извршила и подела државних терета. Ово тим пре што је друштвени развитак направио такве имовинске разлике међу грађанима које нису постојале у време увођења старог пореског система. Осим тога, увећали су се државни терети од неколико цванцика на неколико талира, па сиромашни грађани који исто плаћају колико и богати, тешко подносе такве дације. Посредни данци, који су из године у годину расли, још више продубљују сву неправичност старог пореског система. Па, и поред свега, они не могу да прихвате владин предлог закона о непосредном порезу. Најпре зато „што се из владиног пројекта не види ни колико влада тражи порезе ни колико јој се даје“. „Пре свега требала је влада да спреми преглед имовног стања нашег народа, па да нам покаже колика је потреба државна, па тек онда да се према потреби удеси правичан и оправдан разрес порезе“.³²⁾ Без тога пописа правичан проценат не може да се одреди и предлог закона зато „нема одређеност баш у ономе где би требало да је најјаснији“. Затим, и из тога разлога, што се у предлогу прави разлика између сталеза“, а „богатство је једнако па макар оно било у селу или у вароши, а сиротиња је сиротиња па гди она била“. „Тако на пример, има чланака који условљавају понешто за вароши а укидају то исто за села, или што је још понајгоре, проценат плаћања, на пример не вреди за попа онај који вреди за остале чиновнике, а проценат плаћања чиновника не вреди у исто

²⁹⁾ Исто, стр. 307.

³⁰⁾ Исто, 711—719.

³¹⁾ Исто, стр. 720—722, Петар Катић и Михаил Смиљанић.

³²⁾ Исто, стр. 721.

време за трговце, и обратно”.³³⁾ Зато они предлажу да се усвајање овог пројекта одложи за идућу скупштину, а докле да се влада постара да изврши попис имовног стања и људства у целој земљи и да регулише буџет, те тиме утврди најпре колике су државне потребе и колики су приходи могући и потребни.

Начелна дебата о предлогу закона у скупштини се одвијала кроз подршку једном или другом ставу у мишљењу пореског одбора. Скупштинска већина и влада су биле одлучне у настојању да се испоштује намера владе да тим редоследом регулише своју будућу финансијску политику, али је малобројна опозиција, подршком одвојеном мишљењу натерала и већину и владу да изнесу разлоге због којих се доношењу важних финансијских закона приступила на овако неуобичајен и нередован начин. Сви су се они позивали на догађаје из 1883. године.

Влада није могла да пусти да се најпре врши попис људства и премеравају земље, јер би се то могло свакојако тумачити, као што се и сада разносе гласови о великој порези — дао је за право влади посланик Трифун Јеремић.³⁴⁾ Конкретније је говорио поп Никола Крупежевић. Добро је што влада попис није вршила пре закона о порезу, закон је претходна мера да би се попис могао извршити. Обрнут пут — попис па закон, је врло опасан и влада то није смела да учини. „Ми имамо примера, ми смо донели на скупштини закон о жележењу стоке... људи, наша браћа, који су са нама седели на посланичким клупама, отишли су па су казали народу да је то почетак дација, о којима су они проповедали народу да ће носити, па је народ јурио на своју штету комисије које су имале да изврше обележавање стоке. То нам сведочи Грљан, Пореч, Гамзиград, итд. Да ли је смела влада, када је местимице шиљала комисије, па се овако догађало, да ли је, велим, смела сада да шиља у целу земљу 150 комисија и то за данак? То није смела да учини, а то јој није дала дружина ове браће, која овде говоре против овог предлога”.³⁵⁾ Настављајући ове мисли, посланик Драгутин Поповић закључује: „Што нека г.г. говорници или противници овога закона наводе да је требала влада да учини најпре попис имања, ја држим да је влада коректно учинила, јер би онда место једног Гамзиграда били толико колико има комисија”.³⁶⁾

Непосредно пре гласања, сматрајући да му је дужност да у име владе пре гласања проговори о предлогу новог закона о порезу, за реч се јавио председник министарског савета Милутин Гарашанин.³⁷⁾ Он је најпре говорио о побудама владе за доношење новог закона о непосредној порези, а затим и о разлозима због којих се влада одлучила на такав начин доношења овог закона, за који и

³³⁾ Исто, 721—722.

³⁴⁾ Исто, 725.

³⁵⁾ Исто, 726.

³⁶⁾ Исто, 731.

³⁷⁾ Исто, 734—736; Иначе држао је ресор министарства иностраних дела; Министар финансија није учествовао у начелној дебати о предлогу закона о непосредном порезу.

сам каже да је неубичајен и због чега су неки посланици тражили одлагање овог закона. „Нова система порезе” има „двоструку побуду”. „Њоме се хоће да постигне, прво: што већа правичност, а друго: да народ да држави оно што је њој нужно, те да она може својој дужности према народу да одговори. То двоје влада је држала на равном кантару када је сматрала да овај предлог изнесе пред вас, то двоје она и данас на равном кантару дрши”. Гарашанин је и даље био искрен: „Нека господа... мисле, да је боље најпре спремити грађу, материјал, да је боље учинити попис људства, попис имовног стања у опште и све остало, па тек онда донети закон о порези. Ја ћу признати, господа, да би то био природнији, да би то био далеко правилнији пут”. Па ипак влада је усвојила овај начин рада, да једновремено поднесе и предлог о порези и предлог о попису људства и имовине, и то из више разлога. Најпре, што би тај цео рад око пописа, тачан премер имања, тачна оцена прихода, имао да траје дуго и да много кошта. Држава мора да одговори својим дужностима према народу и да редовно измирује своје потребе, те зато и народ треба да одговори својим дужностима преда држави. И то на време, кад држава треба, јер „се тек онда у правом смислу даје, кад се на време даје”. Осим ових разлога, „има на жалост и разлога често политичких; има разлога због којих се она уздржала да понови у земљи оне несретне догађаје, који су се тако скоро потресли; да понови и да да повода новим покрепима, који као ни досадашњи неби имали никаква оправдања. Влада се у овој ствари, господа, користила не туђим него својим сопственим искуством”. Као пример из владиног искуства Гарашанин је навео жигосање стоке, пад Генералне уније и наредбу министра финансије да се приликом распореда порезе одреди имовно стање појединих људи, који су догађаји били повод да се проносе неистинити гласови о намерама владе које она жели овим мерама да оствари. „Кад су се такви гласови проносили о стварима које у истину нису тако стајале, онда немојте, господа- мислити, да би се у истини боље прошло и са овим послом, да би се овако озбиљан посао могао лакше извршити”. Зато је влада одлучила да једновременим подношењем и закона о порези и закона о попису људства и имовине подсече свако лажно тумачење у народу. „Господа, шта би било, кад би ми на једанпут, без да се зна за што, изаслали 150 комисија, које би почеле да бележе имовно стање; које би почеле да раде све ово што по овоме закону имају радити?... То остављам да сами процените”. На крају, председник владе је позвао посланике да се одазову правичности, родољубљу и отаџбини, јер њихов рад на доношењу овог закона је мера њиховог родољубља и просвећености, а отаџбина очекује да дужности њиховој према њој одговоре.

На питање потпредседника скупштине да ли се у начелу усваја предлог који је влада поднела и одбор по пристанку владе изменио и допунио, сви посланици сем Петра Катића су позитивно одговорили.³⁸⁾

³⁸⁾ Исто, 736.

Посланици из скупштинске опозиције су често и у дебати о појединостима понављали своје примедбе на начин пореске реформе — без пописа, катастрирања и класификације земљишта. Сада су њихове примедбе добијале на снази, јер се без претходних припремних радњи одређивање конкретних пореских стопа код појединих пореских основица вршило по слободној процени, од ока, уз погађање, однос снага у скупштини, одбору, влади. Онда није ни чудо што су многе законске одредбе остале растегљиве и што је и у одбору и у скупштини прихваћено да ће министар финансија, „имајући све у рукама”, касније својим расписом комисијама које ће вршити попис имања и људства, давати детаљнија упутства. На тај начин много тога у примени остављено је комисијама, које су у конкретизацији приликом потписа и процене одређивале оквире и думет појединих одредби. С обзиром на ту чињеницу, биле су наглашене наде да у комисијама „имамо три одборника из наше општине, из наше тако рећи мале државе”,³⁹⁾ који неће на штету својих људи класифицирати земљишта лошијег квалитета у вишу категорију. Али, и ова нада је у конкретним околностима, прво, код усвајања закона о попису људства и имовине када је одређиван дефинитиван састав комисије (чл. 7)⁴⁰⁾ и друго, у току пописа које су комисије на терену вршиле, добила другу димензију. Према чл. 7 закона о попису људства и имовине комисије су састављене од 7 чланова, од којих 4 бира министар финансија а 3 општина. Чланови комисија које су у истој години отпочеле огроман посао пописа и процене, нису били имуни, између осталог, ни од партијске пристрасности, тако да су и из тога разлога следеће скупштине биле претрпане жалбама општина, села и појединаца на погрешну процену и неправедни разрез порезе и захтевима за формирањем нових комисија.

Несумњиво да овим радом, због намене која је у уводним напоменама наглашена, није обухваћена разноврсност проблематике пореске реформе којој се 1884. године коначно приступило. То и није био циљ ових разматрања, нити је то могуће, без анализе скупштинских дебата у појединостима о закону о порезу, закону о попису људства и имовине, закону о пореским одборима и надзорницима, а нарочито без анализе њихове примене и резултата примене. Али, пре него што се у другој којој прилици саопште резултати и тих истраживања, за оцену времена, политичких услова и могућности, као и за потврду полазног става, наводи се следећи податак: почетком 1885. године, тачније 31. јануара, изашла је наредба да се у свим општинама у којима је попис људства и имовине извршен по закону од 14. јуна 1884. године приступи распореду и наплаћивању порезе,⁴¹⁾ иако парцијална примена овог закона није била предвиђена.

³⁹⁾ Исто, 757.

⁴⁰⁾ Исто, 907—919.

⁴¹⁾ Зборник, књ. XLI, стр. 6.

L'ADOPTION DE LA LOI RELATIVE AUX IMPÔTS DIRECTS DE 1884 EN SERBIE

— Résumé —

Le système des impôts directs en Serbie selon la loi d'impôts de 1864 a été dépassé au moment même de son adoption. Au cours de vingt ans de l'application de cette loi, une demande pour la réforme fiscale était souvent mise en évidence dans le but de conformer les impôts directs aux changements déjà accomplis dans la structure sociale de la Serbie en vue d'une répartition uniforme et avec justice (d'après l'état des biens des citoyens) des charges fiscales augmentées.

La réforme fiscale a été effectuée seulement en 1884 par l'adoption de la loi relative aux impôts directs. Par cette loi on a abrogé le système des chagres fiscaux uniformes des citoyens sans tenir compte de l'état des biens, et le système nouveau d'imposition en proportion des revenus des fonds de terre, de la propriété bâtie, des capitaux et du travail est introduit.

Dans le travail on analyse la procédure parlementaire de l'adoption de la loi d'impôts directs du point de vue de conditions de son élaboration. Le gouvernement progressiste de Milutin Garašanin, quoiqu'il ait annoncé à plusieurs reprises la réforme fiscale avant la révolte de Timok et même entrepris quelques mesures dans ce sens, a effectué la réforme fiscale après la révolte de Timok.

L'auteur a abordé les recherches sur la réforme fiscale de 1884 du point de vue de conditions sociales et politiques après la révolte de Timok qui avait rendu possible la réalisation de celle-ci. On a fait ressortir le fait que le gouvernement, suivant sa propre pratique, avait décidé d'adopter la loi d'impôts d'une voie irrégulière et insolite: sans recensement de la population et contrôle de l'état de fortune, en tant qu'actes préparatoire et obligatoire. En même temps que la loi relative aux impôts directs, on a adopté la loi relative au recensement de la population et des biens. Une telle procédure qui a été critiquée au cours du débat parlementaire et de la vote, le gouvernement a justifiée par les événements (de Grljan, Poreč et de Gamzigrad) qui avaient marqué les mesures du gouvernement en voie de l'élaboration de la réforme fiscale, au temps avant la révolte de Timok.

D'ailleurs, ces recherches-ci sont liées d'une manière plus large au thème concernant les conséquences politiques et juridico-étatiques de la révolte de Timok.



ПОСТУПАК ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ НЕОСНОВАНОМ ПРЕТХОДНОМ ИЛИ ПРИВРЕМЕНОМ МЕРОМ

1. Поступак обезбеђења, као део извршног поступка, представља посебан поступак привремене, провизорне правне заштите. Састоји се у обезбеђењу будућег остварења одређених потраживања повериоца, иако још увек нису испуњени услови за принудно извршење тог потраживања, кад прети опасност да ће његово будуће остварење бити осујећено или знатно отежано. Предузимањем законом одређених мера принуде у овом поступку правне заштите обезбеђује се касније успешно спровођење поступка извршења, као дефинитивног и завршног поступка у пружању правне заштите. Зато се и поступак обезбеђења јавља и као нужна допуна система правне заштите.¹⁾

Правна заштита у поступку обезбеђења пружа се од тренутка у коме је дошло до спора између две стране у једном грађанско-правном односу па све до тренутка када буду испуњени услови да се спровођењем поступка принудног извршења коначно успостави поремећена равнотежа у том правном односу, која је била повод за тражење и пружање правне заштите, и тако дефинитивно саобрази факта праву. На тај начин, поступак обезбеђења омогућава пружање привремене и ефикасне заштите повериоцу од тренутка кад је због повреде његовог права дошло до спора па све до дефинитивног намиривања повериоца и коначног остваривања његовог права.

Према Закону о извршеном поступку,²⁾ средства обезбеђења, која стоје на располагању повериоцу ради обезбеђења будућег остваривања његовог потраживања и која се користе у поступку обезбеђења, су: заложно право на непокретности, претходне мере и привремене мере.³⁾

¹⁾ Видети: Благојевић, Б. — Систем извршног поступка, Београд, 1938, стр. 597.

²⁾ Сл. лист СФРЈ бр. 20/78 од 21. 4. 1978. г., у даљем тексту ЗИП.

³⁾ Чл. 245. ЗИП редигован је тако да се може закључити да су законом предвиђена само наведена три средства обезбеђења. Зато и проф. Марковић сматра да су средства обезбеђена таксативно одређена законом (Марковић, М. — Извршни поступак, Ниш, 1978, стр. 99). ЗИП у низу својих одредаба предвиђа још нека средства обезбеђења која не набраја у чл. 245 осталим средствима обезбеђења детаљно: Трива, С. — Судско извршно право, Загреб, 1980, стр. 320.

2. Поступак обезбеђења пројектован је као поступак којим треба да се отклони могућност да за повериоца настане штета до које би евентуално могло да дође зато што ће до коначног остваривања његовог материјалноправног захтева доћи у једном каснијем тренутку. Средствима обезбеђења спречава се дужник да располагањем својом имовином осујети или онемогући касније дефинитивно намирање повериоца у поступку принудног извршења. Могућно је, међутим, да се одреди и спроведе неоснована мера обезбеђења тако да она самим тим доведе у опасност дужникова права и правне интересе. Дозвољена и спроведена претходна или привремена мера лишшава дужника државне, употребе и коришћења ствари. Под одређеним условима могућно је да његове ствари буду и продате у поступку обезбеђења. Неосновано одређено и спроведено средство обезбеђења може да изазове и проузрокује и мању или већу штету извршном дужнику. Чак и кад суд, по службеној дужности или на предлог извршног дужника, донесе одлуку о укидању неосновано одобреног средства обезбеђења, правне последице овог решења, због његове правопрображајне, конститутивне природе настају тек моментом правоснажности овог решења. Тако ће интереси извршног повериоца бити заштићени и у току поступка по правном леку вођеном поводом овог решења, док ће у том читавом периоду извршни дужник сносити последице ове неосновано одређене и спроведене мере обезбеђења.

Разлози правичности налажу да се предвиди и омогући заштита извршног дужника од задирања у његову правну сферу и опасности у коју га доводи обезбеђење повериоцевог захтева. Због тога правила извршног процесног права посебно предвиђају, за случај да је неосновано одређено средство обезбеђења, право да дужник тражи, поред укидања спроведених радњи обезбеђења и обустављања поступка обезбеђења, накнаду трошкова поступка и накнаду штете коју је евентуално претрпео неоснованим спровођењем поступка обезбеђења. Осим тога, предвиђено је и право да извршни дужник тражи, као услов за одређивање привремене мере, полагање „јемства“ (кауције)⁴⁾ у циљу обезбеђења репарације штете која би му могла бити нанета неосновано одређеном и спроведеном мером.⁵⁾

Средства обезбеђења се дозвољавају на тражење и ризик претлагача — извршног повериоца. У случају да се испостави да ова средства ипак нису била оправдана, тако да је дошло и до неоправданог задирања у правну сферу дужника чиме му је била проузрокована штета, повериоца погађа дужност накнаде причињене штете. На тај начин правила судског извршног права предвиђају и омогућавају ефикасну репарацију неоправдано причињене штете која је била проузрокована спровођењем поступка обезбеђења.

⁴⁾ О неадекватној употреби термина „јемство“ детаљно: Трива, С. — *op. cit.* стр. 240.

⁵⁾ Правна правила предратног извршног права предвиђала су право извршног дужника да тражи да се према странци по чијем је предлогу привремена наредба била дозвољена изрекне и новчана казна због злоупотребе процесних овлашћења ако је било очигледно да је привремена наредба била издејствована из обести.

3. Према одредбама ЗИП, извршни дужник има право на накнаду штете коју је претрпео због неосновано одређене претходне или привремене мере (чл. 260. и 274. ЗИП). Ово право на накнаду штете припада извршном дужнику под условима предвиђеним ЗИП. Истовремено, прописима ЗИП предвиђен је поступак за остваривање овог субјективног права. Тако је прописима истог закона, прописима судског извршног права, предвиђено не само материјалноправно овлашћење, већ и поступак за његово судско остваривање. Законодавац је настојао да омогући ефикасну и једноставну репарацију штете проузроковане неоснованим одређивањем претходне или привремене мере, да омогући комплексну правну заштиту. То је и разлог што се овај поступак знатно разликује од поступка по коме се уобичајено поступа кад је у питању накнада штете. И поред тога, овом поступку у нашој литератури није посвећена одговарајућа пажња,⁶⁾ тако да нема радова у којима је овај поступак анализиран.

4. Према одредбама ЗИП, извршни дужник има право на накнаду штете уколико су средства обезбеђења била неосновано одређена. Привремена мера и претходна мера су неосноване:

— кад се утврди да нису постојале законске претпоставке за њихово одређивање,

— кад се накнадно утврди да није постојало потраживање које је требало обезбедити, и

— кад није постојала опасност (субјективна или објективна) ако је она била услов за одређивање одобрене мере обезбеђења.

Дужник има право и на накнаду штете проузроковане одобреном привременом мером коју извршни поверилац није оправдао (чл. 274. ст. 1. ЗИП). Одобрена привремена мера није оправдана кад извршни поверилац, у чију је корист она одређена, није покренуо парнични поступак или није покренуо други поступак у року који му је суд одредио (чл. 272. ст. 1. ЗИП).

5. Извршни дужник стиче право на накнаду штете уколико је одобрена претходна онд. привремена мера укинута као неоснована. Претходна мера се укида по службеној дужности⁷⁾ или на предлог извршног дужника,⁸⁾ док се привремена мера укида само на предлог извршног дужника.⁹⁾

⁶⁾ Видети нпр.: Лазаревић, А. — Основи извршног поступка, Скопје, 1956, стр. 234, Воргић, Н. — Извршни поступак, Нови Сад, 1969, стр. 171, Камхи, С. — Извршни поступак, Сарајево, 1966, стр. 134, Марковић, М. — *op. cit.* стр. 107.

⁷⁾ Суд *ex effo* укида одобрену претходну меру уколико у року од 15 дана од дана протеча времена за које је одређена не буду испуњени услови за принудно извршење (чл. 260. ст. 2. ЗИП).

⁸⁾ Суд укида одобрену претходну меру на предлог извршног дужника: 1) ако извршни дужник положи суду износ потраживања које се обезбеђује са каматом и трошковима, 2) ако извршни дужник учини вероватним да је потраживање у време доношења решења о одређивању претходне мере већ било наплаћено или довољно обезбеђено, 3) ако је правоснажно утврђено да потраживање није настало или да је престало, и 4) ако извршни поверилац не поднесе предлог за извршење у року од 15 дана од дана кад су наступили услови за принудно извршење уколико су они настали пре протеча времена за који је претходна мера била одређена.

⁹⁾ Привремена мера се укида на предлог извршног дужника: 1) ако поверилац у одређеном року није покренуо парнични или други поступак, 2) ако

Обавеза на накнаду штете настаје од оног тренутка када је на ступио који од услова за укидање дозвољене претходне одн. привремене мере из чл. 260. и 274. ЗИП. Извршни поверилац није одговоран за штету која је настала након момента од којег је извршни дужник могао да предложи укидање претходне одн. привремене мере иако су за то били испуњени услови.

Између проузроковане штете и неосноване претходне одн. привремене мере треба да постоји однос узрочности. На томе посебно инсистира и сам законодавац у чл. 274. ст. 1. ЗИП: настала штета треба да буде резултат околности да је извршени поверилац пропустио рок одређен за покретање парничног поступка или другог поступка и тако није оправдао одређену привремену меру која се тиме показала као неоснована.

6. Обавеза на накнаду штете извршног повериоца извршном дужнику заснива се на принципу објективне одговорности. Обавеза за репарацију штете у овом случају произлази из саме чињенице да је извршни поверилац тражио да се одреди средство обезбеђења, да је оно било одређено и спроведено на његов предлог и у његову корист а на његов ризик. С обзиром на околност да је извршни поверилац претрпео неуспех у поступку, јер је укинута одређена мера обезбеђења, пошто се испоставило да је била неосновано одређена, странка која је претрпела неуспех у поступку, дужна је да сноси и штетне последице које су настале, без обзира што она за насталу штету није крива.

На одговорност извршног повериоца за накнаду шете, по схватању проф. Триве,¹⁰⁾ нема утицаја околност да ли је он у неком новом поступку, који је касније вођен, после обустављања поступка обезбеђења, успео да оствари своје потраживање.

7. Извршни поверилац, као предлагач неоснованог средства обезбеђења, дужан је да накнади извршном дужнику сву причињену материјалну штету. Накнада треба да буде потпуна и да обухвати и стварну штету и измаклу добит.¹¹⁾

8. Своје право на накнаду причињене штете извршни дужник може да оствари само у поступку пред судом обезбеђења без обзира

је истакло време за које је одређена привремена мера, 3) ако су се околности, због којих је привремена мера била одређена, промениле доцније тако да мера више није неопходна, 4) ако дужник положи суду износ потраживања које се обезбеђује са каматом и трошковима, 5) ако извршни дужник учини вероватним да је потраживање у време доношења решења о одређивању привремене мере већ било наплаћено, 6) ако је правноснажном одлуком утврђено да потраживање није настало или да је престало, и 7) ако дужник положи „јемство” одно. одређени износ на име обезбеђења.

¹⁰⁾ Трива, С. — *op. cit.* стр. 341.

¹¹⁾ У литератури се среће мишљење да је у предатном праву обим накнаде штете зависио од врсте обезбеђења. Кад је била у питању штета изазвана неоснованим предлогом за претходно извршење и извршење ради обезбеђења, извршни поверилац (тражилац извршења) је дуговао извршном дужнику (извршенику) само обичну (стварну) штету и не и измаклу добит. Накнада штете изазвана неоснованом привременом наредбом обухватала је и стварну штету и измаклу добит. Видети: Цуља, С. — Грађанско процесно право, Ванпарнични поступци, Београд, 1938, стр. 185.

што се ради о материјалноправном овлашћењу које се редовно штити и остварује, у случају спора, по правилима парничне процедуре. Одлуку о накнади ове штете не доноси парнични суд већ суд обезбеђења тако да није потребно нити је могуће да се о овом материјалноправном захтеву одлучује у самосталној парници. Одредбама чл. 260. ст. 4. и чл. 274. ст. 1. ЗИП искључена је примена правила парничног поступка који је за заштиту грађанскоправних овлашћења ове врсте редовни правни пут правне заштите.¹²⁾ Тако је за решавање спора о накнади штете настале у поступку обезбеђења, редовни правни пут један од извршних поступака — поступак обезбеђења.

9. Вршење и заштита права на накнаду штете зависи од диспозиције титулара овог права. Право на накнаду штете извршни дужник, као поверилац, може да оствари само ако покрене поступак за накнаду штете пред судом обезбеђења. Поступак за накнаду ове штете покрене се предлогом.

10. Право извршног дужника на истицање захтева за накнаду штете пред судом обезбеђења није временски ограничено.¹³⁾ ЗИП не предвиђа рокове у којима може да се тражи накнада штете у поступку обезбеђења. Из тога би се могло закључити да извршни дужник може да тражи накнаду у оним роковима који су предвиђени 300 и у којима се и иначе може тражити накнада штете у редовном парничном поступку.¹⁴⁾

Постоји схватање да би рок за тражење накнаде штете требало одредити применом аналогije као и рок за тражење противизвршења (чл. 59. ст. 2. ЗИП).¹⁵⁾

Право на накнаду ове штете по правилима предратног судског извршног права могло је да се остварује најдаље у року од три године од дана сазнања за штету. Међутим, извршни дужник који је имао намеру да се користи својим правом првенствене наплате на кауцији коју је положио предлагач ради покрића трошкова и евентуалне штете, био је дужан да у строгом року од 15 дана од правноснажности одлуке којом је укинута мера обезбеђења затражи накнаду причињене му штете. Суд је био дужан да кауцију задржи све дотле док не постане правноснажна одлука о накнади штете. Изузетно, од оваквог решења је могло да се одступи уколико би извршеник пристао да се кауција врати.

11. О захтеву за накнаду штете проузроковане неосновано одређеном претходном одн. привременом мером стварно је надлежан да одлучује суд који је одлучио да се дозволи и спроведе обезбеђење. Суд обезбеђења одлучује о захтеву за накнаду штете пошто је поступак обезбеђења као неоснован обустављен. Сама околност да је код тог суда вођен поступак обезбеђења, који је у одређеној вези са овом специфичном парницом о накнади штете која се покрене предлогом за накнаду штете пред судом обезбеђења, представља за законодав-

¹²⁾ Видети: Трива, С. — *op. cit.* стр. 340

¹³⁾ Трива, С. — *idem*, стр. 341.

¹⁴⁾ Тако и Трива, С. — *ibidem*.

¹⁵⁾ Дика, М. — Закон о извршном поступку, Загреб, 1978, стр. 225.

ца довољан разлог за прописивање правила о атракцији надлежности. Осим тога, атракција надлежности се оправдава и разлозима процене економије: решавањем насталог спора проузрокованог поступком обезбеђења одмах се ликвидира настали спор и тако отклањају и непосредне последице неосновано покренутог и вођеног поступка обезбеђења.

Суд обезбеђења може да одлучи о накнади штете тек кад решење о укидању мере обезбеђења постане правноснажно јер је тек његовом правноснажношћу постало евидентно да је одобрена мера обезбеђења била неоснована као и да извршни поверилац дугује накнаду штете. И поред тога што између ових поступака (поступка обезбеђења и поступка за накнаду штете) нема директне каузалне и временске повезаности, извесна веза између ових поступака постоји. Та веза се испољава не само у идентитету странака које су у поступку за накнаду штете промениле своје процесне улоге, већ и у томе да је поступак за накнаду штете последица претходно вођеног поступка која се на овој начин отклања.

Надлежност извршног суда за спровођење решења суда обезбеђења којим је одлучио о захтеву за накнаду штете проузроковане неоснованим одређивањем претходне одн. привремене мере одређује се према општим правилима о одређивању надлежног суда у извршном поступку.¹⁶⁾

12. Предлог којим се покреће поступак за накнаду штете пред судом обезбеђења треба да садржи наведене чињенице на којима извршни дужник заснива свој захтев за накнаду причињене штете, обрачун настале штете и означена доказна средства помоћу којих суд треба да се увери у постојање штете и њену висину.

Суд је везан диспозицијом извршног дужника, па може одлучивати само у границама истакнутог захтева.

13. У извршном поступку суд заказује рочиште само кад је то законом одређено или кад сматра да је одржавање рочишта целесходно (чл. 26. ст. 2. ЗИП). О предлогу за накнаду штете суд обезбеђења одлучује по правилу без претходне усмене расправе јер њено обавезно одржавање није предвиђено законом у овом поступку.

У току поступка суд предузима потребне радње да би утврдио постојање штете, узрочног односа и саму висину штете. Могућно је да суд и информативно саслуша странке, ван усмене расправе.

14. По правилима предратног извршног процесног права суд обезбеђења је утврђивао висину штете по слободном уверењу.¹⁷⁾ У ЗИП којим је предвиђена сходна примена одредаба Закона о парничном поступку, ако законом није друкчије одређено, може се закључити да у овом поступку има места примени чл. 223. ЗПП. То значи да суд у овом поступку утврђује висину штете по слободној оцени на основу података из предлога и предложених доказа. Начело еко-

¹⁶⁾ Месна надлежност је регулисана одредбама чл. 252. и 262. ЗИП

¹⁷⁾ О недостацима термина „слободно судијско уверење“ детаљно: Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. I, св. 1, Београд, 1957, стр. 112. и 113.

номичности и ефикасности, на којима се овај сумарни поступак заснива, не дозвољавају да се поступак одуговлачи. Чим суд утврди да извршеном дужнику припада право на накнаду штете, он ће, пре свега, на основу индиција и на основу предложених доказа, одредити висину штете. У циљу утврђивања висине штете, у поступку неформалног доказивања, суд може на брз и погодан начин да утврди висину штете. У том циљу суд може да одлучи да саслуша и странке.¹⁸⁾ Он ће моћи да саслуша странку и ван рочишта уколико набе да је то потребно ради разјашњења појединих питања или изјашњења о предлогу извршног дужника (чл. 26. ст. 4. ЗИП).

Слободна оцена суда у погледу висине причињене штете не значи ни арбитрарну ни дискрециону оцену. Суд обезбеђења ће бити дужан да своју одлуку образложи и да изнесе мотиве којима се руководио приликом одлучивања.

15. О постојању права на накнаду штете, постојању штете и њеној висини, одлучује суд обезбеђења не само на основу правила срдског извршног права, која право на накнаду ове штете предвиђају и регулишу, већ и на основу правила облигационог права о накнади штете.¹⁹⁾ Правила облигационог права о накнади примењују се као допунска или као самостална правила.

16. О захтеву за накнаду штете суд обезбеђења одлучује решењем (чл. 260. ст. 5. ЗИП).

Решењем којим усваја захтев за накнаду штете суд налаже извршном повериоцу да у одређеном року накнади причињену штету извршном дужнику. Решење има кондемпнаторни карактер јер суд њиме одлучује о захтеву за осуду на чинидбу. По свом карактеру ово решење одговора осуђавној пресуди парничног суда.

Законом о извршном поступку није одређен парцијални рок, тако да у смислу чл. 14. ЗИП важе решења из чл. 328. ЗПП.

17. Против решења суда обезбеђења о накнади штете причињене неоснованом претходном одн. привременом мером може се изјавити жалба. Жалба се може изјавити и против одлуке суда којом се предлог одбија или одбацује.

Решење којим се усваја захтев за накнаду штете има кондемпнаторни карактер — суд налаже извршном повериоцу једну конкретну заповест за испуњење обавезе на накнаду штете у одређеном износу и у одређеном року. Због тога се ово решење побија жалбом која има деволутивни и суспензивни карактер. Против овог решења суда обезбеђења странка не може да изјави приговор.

Жалба против решења о накнади штете има суспензивно дејство (чл. 260. ст. 6. и 272. ЗИП). Овакво законодавно решење представља изузетак од правила извршног процесног права о несуспензивности жалбе. (чл. 8. ЗИП)

У парничном поступку, жалба против решења увек има суспензивно дејство а само изузетно несуспензивно дејство и то само

¹⁸⁾ По правилима предатног права суд је могао да саслуша странке под заклетвом да би утврдио висину штете. Видети пар. 431. Закона о извршењу и обезбеђењу.

¹⁹⁾ Видети: Благојевић, Б. — *op. cit.* стр. 639.

кад је то законом предвиђено. Пошто се ради о адхезионом поступку, о поступку у коме се решава парнична ствар по правилима извршног процесног права, сасвим је разумљиво што је законодавац одступио од правила о несуспензивности жалбе. С друге стране, одлука о накнади штете представља извршну исправу која ће бити једна од претпоставки за дозволу извршења, те се, на овај начин, предупребује евентуално противизвршење.

Жалба је и једностранни правни лек. Противнику жалиоца не пружа се могућност да одговори на жалбу и да се тако о њој изјасни.

18. Против правноснажног решења о накнади штете причине-не спровођењем неосноване претходне одн. привремене мере није допштена ревизија нити понављање поступка (чл. 9. ЗИП).

19. Чим решење о накнади штете које је донео суд обезбеђења постане правноснажно и извршно, на основу њега као извршне исправе, може се тражити извршење. Извршење се спроводи на имовини извршног повериоца у чију је корист привремена мера била одређена и који је као штетник и облигациони поверилац у овом поступку добио улогу извршног дужника.²⁰⁾

20. Поступак за накнаду штете проузроковане неоснованим одређивањем претходне или привремене мере представља посебан и самосталан поступак у поступку обезбеђења. У овом поступку суд обезбеђења врши функцију суђења — решава један грађанскоправни спор тако што одлучује о једном грађанскоправном захтеву — о захтеву за накнаду штете. По својој суштини, овај поступак представља специфичну парницу која се води у оквиру извршног поступка. Поступак пред судом обезбеђења представља један од начина за решавање једног грађанскоправног спора при чему суд не примењује правила парничног поступка.

Овакво законодавно решење, инспирисано разлозима правичности, економичности и ефикасности, настало је по узору и некритичком угледању на одговарајући поступак регулисан правилима предатног извршног процесног права.²¹⁾ То је и разлог што овакво законодавно решење показује одређене недостатке. Пре свега, законодавац није дао могућност да се о штети одлучује и у парничном поступку. Разлози економичности и ефикасности имали су превагу над принципом контрадикторности. Законодавац је предвидео да је једини и искључиви правни пут за решавање спора за накнаду штете изазване неоснованом претходном или привременом мером поступак обезбеђења. Тако је парнични поступак који је за одлучивање о захтевима овакве природе редовни правни пут у овој правној ствари искључен. Тиме је странка лишена могућности да у поступку који јој пружа више процесних гаранција и који је прилагођен природи саме правне ствари штити и остварује своје право. Странци је ускраћена и евентуална могућност избора поступка пружања правне заштите (парнични или извршни поступак) иако такве могућности код против-

²⁰⁾ Лазаревић, А. — *op. cit.* стр. 243.

²¹⁾ Тако и Трива, С. — *op. cit.* стр. 341.

извршења сам ЗИП предвиђа. Коначно, странкама није загарантовано да ће одлука бити и правилна и законита.

За одлучивање о захтеву за накнаду штете надлежан је судија појединач, без обзира на висину штете.

Иако се ради о контрадикторним захтевима странака, јер се у поступку решава спор о накнади штете, странке су у овом поступку лишене права да расправљају пред судом јер у овом поступку усмена расправа није обавезна.

Странацка процесна овлашћења су знатно ревидирана и редуцирана. Странке су лишене права да расправљају пред судом, лишена су права на двострану жалбу против пресуде, ограничено је право на изјављивање ванредних правних лекова, искључени су ревидија и понављање поступка, краћи су рокови за изјављивање редовних правних лекова.

Суд обезбеђења одлучује о материјалноправном овлашћењу — о праву на накнаду штете које се редовно штити по правилима парничног поступка, у време кад је поступак обезбеђења већ обустављен. Законодавац, међутим, није предвидео могућност да се захтев за накнаду штете може остваривати и у редовном парничном поступку, нити је, евентуално омогућио да се у овом адхезионом поступку примењују правила парничне процедуре у већој мери но што то допушта чл. 14. ЗИП.

21. Поступак за накнаду штете проузроковане неоснованом претходном одн. привременом мером је самостални когниционални поступак у коме суд одлучује о једном субјективном праву извршног дужника. Овај поступак се спроводи, као адхезиони поступак, по правилима извршног процесног права, које га регулише. Инспирацију за овакво законодавно решење треба тражити у начелу економичности и ефикасности, која су однела превагу над правилношћу. Законодавац је настојао да уобличи брз и економичан поступак, једноставан и некомплицован поступак који би омогућио да и суд и странке уштеде у раду, времену и средствима. Овако конципиран поступак не пружа странкама процесне гаранције које пружа парнични поступак те је ваљало предвидети и могућност да се ова врста спорова може решити и у парници.

LA PROCÉDURE DES DOMMAGES-INTERETS CAUSES PER UNE
MESURE PRELIMINAIRE OU PROVISIONNELLE NON-FONDÉE

— Résumé —

Selon les dispositions de la Loi relative à la procédure d'exécution de 1978, il est prévu et réglementé le droit du débiteur dans la procédure d'exécution pour la compensation du dommage lequel il a supporté parce que la mesure préliminaire ou provisionnelle est définie sans fondement dans la procédure de garantie. Selon les prescriptions du domaine du droit de la procédure judiciaire d'exécution est prévu non seulement une autorisation juridique et matérielle mais la procédure mais aussi la procédure pour sa réalisation et sa protection judiciaire. Cette procédure menée en tant que procédure adhésive dans le cadre de la procédure de garantie au cours de laquelle est délibéré le litige des dommages-intérêts, est bien différente de la procédure civile régulière en ce qui concerne la compensation du dommage.

Dans ce travail l'auteur fait l'analyse de la procédure des dommages-intérêts causés par une mesure préliminaire ou provisionnelle qui a été mal définie et réalisée, la procédure à laquelle, dans la littérature juridique yougoslave, une attention adéquate n'a pas été prêtée.

Après avoir analysé les suppositoires des dommages-intérêts prévues par la Loi de la procédure d'exécution, l'auteur représente minutieusement la procédure seule, détermine sa nature juridique et analyse les dispositions la Loi de la procédure d'exécution relatives à cette procédure de la protection juridique.

ИМА ЛИ МЕСТА УЗАЈАМНОСТИ У ДОМЕНУ СУКОБА ЗАКОНА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ?

1. Присуство реципроцитета у области сукоба закона представља изузетну појаву у законодавству и пракси међународног приватног права. О томе говори чињеница да га као елеменат примене страних прописа предвиђају колизионе норме веома малог броја земаља (СР Немачка, Италија).

Овај проблем био је расматран у редовима једног броја правних писаца, од којих се већина изјаснила против овакве идеје. Са друге стране, малобројне присталице условљавања примене страног права узајамношћу сматрају да је она општи услов и претпоставка примене страних закона на домаћој територији (Niboyet).¹⁾ Luis-Lucas у тзв. општим колизионим нормама (*locus regit actum*, аутономија воље странака, *lex domicilia* код наслеђивања покретне заоставштине) види остваривање идеје узајамности у области сукоба закона.²⁾

Истицањем става да ће колизиона норма *lex fori*, која у датој ситуацији предвиђа надлежност страног закона, бити примењена само ако и страна колизиона норма под истим условима одређује надлежност домаћег права када су у питању односи међународног приватног права у којима се као једна од страна појављује лице домаћег држављанства, настојало се да се постигне компромис између два опречна захтева. Једног, који се огледа у тежњи сваке државе да на правне односе лица која се налазе на њеној територији примени сопствено право (идеја територијализма) и другог, који се очитује у виду настојања да се примена домаћих прописа прошири и на правне односе домаћих држављана који су засновани у иностранству (идеја универзализма).

2. Овакав концепт наишао је на неслагање код великог броја аутора из различитих земаља, међу којима је било и оних из земаља чије су колизионе норме снабдевене условом узајамности (н. пример, Nussbaum, Raape).³⁾ Основни приговор који му се упућује као услову за примену колизионе норме јесте да би се он на тај начин скоро у

¹⁾ В. Goldman: *Réflexions sur la réciprocité en droit international*, Traavaux du Comité français de droit int. privé, 1962—64, s. 65.

²⁾ Р. Luis — Lucas: *L'idée de la réciprocité dans le règlement des conflits de lois*, Rev. crit. de droit int. privé, 1947, str. 27.

³⁾ Цит. Л. А. Лунин: Курс Междунородного частного права (општа част), Москва, 1973, стр. 355.

потпуности изједначио са уставом јавног поретка у међународном приватном праву.⁴⁾ Међутим, истиче се да за разлику од клаузуле о *ordre public*, која ограничава дејство колизионе норме *lex fori*, у моменту њене примене, клаузула о реципроцитету која је у њој садржана производи своје ефекте још од момента објављивања колизионе норме домаћег права и има тенденцију да ограничи њену примену пре него што је уопште дошло до тога. Другим речима, потребно је најпре установити да ли постоји реципроцитет односно једнакост тачака везивања у колизионој норми домаће и стране државе, па тек онда применити ону прву.

Усвајајући ту аргументацију италијански писац *E. Vitta* изражава своје неслагање са ставом да колизионе норме снабдеване условом узајамности суспендују своју примену у очекивању да настане „услов” у виду истога сеће колизионе норме страног права. Страно право одн. колизиона норма не може представљати будућу неизвесну околност, пошто је она, по правилу, позната већ у тренутку када се примењује домаћа колизиона норма. Због тога би се пре за *ordre public* могло казати да представља једну условну норму, јер има на уму проверу будућег и неизвесног догађаја, пошто од тога какве ће бити практичне последице примене страног редовно надлежног права зависи да ли ће се домаћа колизиона норма уопште применити или неће.⁵⁾

3. Још на почетку истакли смо да је међу малобројним државама у свету СР Немачка једна од оних која усваја концепт о узајамности у примени својих колизионих норми и то у домену наслеђених односа са елементом иностраности. Он се манифестује у томе што до расправљања заоставштине једног страног држављанина у овој земљи долази применом његовог националног закона само ако и домовинско право тог лица на наслеђивање *de iure* немачког држављанства примењује исту колизиону норму одн. немачко материјално право.

Међутим, да би дошло до одступања од примене страног редовно надлежног закона у овом случају, није довољно да се утврди да постоји неподударност немачке и стране колизионе норме о наслеђивању. Према ставу немачких судова потребно је кумулирање следећих услова: 1.) да је страни оставилац у моменту смрти имао пребивалиште у СР Немачкој, 2.) да страни закон признаје немачким држављанима мања наследна права од оних која им припадају у смислу немачких прописа и 3.) да страна колизиона норма искључује примену немачких прописа о наслеђивању оставиоца немачког држављанства са пребивалиштем у тој страниј земљи.⁶⁾

⁴⁾ По *G. Morelli* — и реципроцитет представља посебно, а *ordre public* опште ограничење у примени колизионе норме, јер се односи на читаву материју међународног приватног права. (Cit. *E. Vitta: Le clausole di reciprocità nelle norme di conflitto*, Barlin, 1973, s. 857).

⁵⁾ *E. Vitta*, исто, стр. 860.

⁶⁾ У вези са овим последњим захтевом треба приметити да је судска пракса СР Немачке усвојила чисто објективно мерило (неподударност колизионих норми о наслеђивању) код оцене постојања узајамности. Нема података

4. Посматрана на први поглед ова одредба немачког закона (чл. 25 ст. 2 EGBGB) показује да има извесних сличности са реторзијом, али и са установом прелевмана у међународном приватном праву.

Сличност са реторзијом треба видети у томе што поменута одредба представља један вид репресије према страним наследницима већ самим тим што води примени другог, а не домовинског закона *de cuiusa* као редовно надлежног. Но да би примена немачких прописа о наслеђивању имала карактер реторзне мере у ужем смислу потребно је, по нашем мишљењу, да странци на тај начин буду хендикепирани добијањем мањег наследног дела од оног који би им припао према страном редовно надлежном наследном статуту. А то, као што ћемо одмах показати, не мора бити увек случај.

Уколико је, н. пример, један Немац умро домицилиран у Енглеској, где је уједно оставио претежни део имовине, то би његова заоставштина у овој земљи била расправљена у складу са енглеским прописима о наслеђивању који су, по правилу, неповољнији за наследнике у СР Немачкој од одговарајућих одредаба немачког закона. Због тога, ако би се пред судом у СР Немачкој поставило питање расправљања заоставштине једног држављанина Енглеске чији је последњи домицил био у СР Немачкој, немачки судија би, сходно одредби чл. 25. ст. 2, морао да примени немачко право као *lex fori*, а не енглеско као право на чију примену упућује чл. 25 ст. 1 EGBGB.

Будући да сада немачки закон постаје *lex successionis* у односу на заоставштину Енглеза у СР Немачкој, то би, између осталог, у складу са његовим одредбама био одређен и круг нужних наследника и величина њиховог законског дела. То би, пак, довело до тога да поједини наследници из Енглеске добију нужни део по немачким прописима, иако им он не би припао да се ово питање расправљало према енглеским прописима.

Овакво решење нам изгледа једино логички исправно, без обзира што је вероватна интенција чл. 25 ст. 2 била да применом немачких прописа о наслеђивању побољша наследноправни положај домаћих наследника који би могао бити угрожен ако би се применио страни закон на основу чл. 25 ст. 1 EGBGB. Уколико се, међутим, желело погодновање само наследника из СР Немачке, то се могло постићи применом реторзије, тј. давањем страним наследницима оних и оноликих права на заоставштину која су призната немачким наследницима у страниој земљи. Међутим, норма чл. 25. ст. 2 изгледа не пружа такву могућност.

Одређене додирне тачке између ове мере и права прелевмана, схваћеног на начин на који се он правно дефинише у неким европским капиталистичким земљама (Француска, Холандија, Белгија), треба видети у чињеници да примена одредбе чл. 25. ст. 2 долази у обзир ако страном редовно надлежно право, одређено у смислу чл. 25 ст. 1, признаје немачким наследницима у односу на заоставштину немачког *de cuiusa* у страниој земљи, мања наследна права од оних

о томе да су немачки судови водили рачуна о томе да би до примене немачког закона могло доћи на основу упућивања.

која би им била призната прописима о наслеђивању СР Немачке. Међутим, разлика између њих постоји и огледа се у следећем.

Док се прелевман, начелно, може вршити у корист домаћих санаследника (или оних са домицилом на домаћој територији), без обзира ко је био оставилац и где је умро, чл. 25 ст. 2 примениће се само када је у питању интерес домаћих наследника који су у тренутку смрти оставиоца имали немачко држављанство. У погледу оставиоца неопходно је да има пребивалиште у СР Немачкој у часу смрти,⁷⁾ као и да има држављанство земље која у својој колизиционој норми прописује другачију тачку везивања, а не држављанство оставиоца као немачко право.

5. На питање који су мотиви који наводе законодавца да у колизиону норму унесе одредбе о узајамности, теоретичари међународног приватног права одговорали су двојачко. Једни сматрају да оваква норма у себи садржи извесну дозу притиска на друге државе да признају једнак обим одговарајућих грађанских права домаћим држављанима. По другима, прописивање оваквих колизионих норми представља својеврсну манифестацију правног национализма, при чему једна земља због престижа одбија да примени право оних држава које не усвајају истоветна решења сукоба закона као и она.⁸⁾

Не упуштајући се у детаљнију анализу и оцену аргумената којима се објашњава присуство узајамности у колизионим нормама ваља рећи да се прво гледиште тешко може прихватити. Наиме, мало је вероватно да би друге државе одступиле од својих колизионих норми само зато што постоји могућност да дође до одбијања примене њихових прописа због непостојања узајамности одн. истих тачака везивања које су прихваћене за одређено питање у домаћем и у страном закону. Уколико би до тог одступања дошло, то би једино могло бити учињено путем усвајања јединствене колизионе норме из међународног уговора, што би у односима држава уговорница практично елиминисало проблем „реципроцитета” у материји сукоба закона.⁹⁾

Ни став о томе да је основни разлог прописивања колизионих норми са условом реципроцитета питање престижа између држава, не би се, по нашем мишљењу, могло безрезервно прихватити. Ово постаје јасније ако се пође од тога да колизионе норме и поред тога што упућује на правни поредак по чијим ће се прописима расправљати један однос међународног приватног права, превасходно служе за регулисање сукоба приватних интереса субјеката у њима.¹⁰⁾ Имајући на уму пример чл. 25 ст. 2 немачког закона и његову интерпретацију

⁷⁾ Постојање обичног боравишта на територији СР Немачке није довољно. То је потврдио ВГН одлуком од 15. IV 1959. године.

⁸⁾ E. Vitta, оп. цит., стр. 860 и 862.

⁹⁾ У том смислу и Ph. Fragistas: L'execution en Grèce des sentences arbitrales et étrangères, Rev. de l'arbitrage, 1955—60, стр. 37.

¹⁰⁾ Ово мишљење може се наћи код L. Pigeonnière-а и L. Lucasa. Основна правна последица непостојања „узајамности” у овом случају била би да држава која прописује такву колизиону норму одбија да узме у обзир право замље која не признаје једнак третман њеним законима одн. која их не примењује на случајеве у којима би то прва нормално чинила са њеним законима.

у пракси судови ове земље, мислимо да се мотив престижа не би могао прихватити као одговарајући разлог одступање од примене редовно надлежног закона. Околност да немачки суд води рачуна о томе да ли би применом неког другог, а не немачког права, немачки држављани добили мање од него што им у истој ситуацији припада према немачким прописима, иде у прилог констатацији да је основни мотив уношења „реципроцитета” у колизионе норме тежња да се заштите домаћи правни субјекти и њихова права у иностранству. О томе да ли је таква правна техника увек у стању да доведе до жељеног резултата већ је било речи у нашим претходним разматрањима.

6. Друго питање које треба размотрити тиче се оцене оправданости оваквог ограничавања примене страних закона.

Своје неслагање са применом концепта узајамности у домену одређивања надлежног права правна наука заснива на разним основама. Неки аутори сматрају да законодавац једне земље не би смео да одступа од једном усвојених колизионих норми, јер се то противи појму формалне равноправности правних поредака. Услов узајамности у колизионој норми једне земље управо садржи елемент неједнакости у третману страних закона, с обзиром да долази до њихове непримене сваки пут онда када страна колизиона норма предвиђа другачију тачку везивања од колизионе норми *lex fori*. Као последицу тога треба очекивати примену реторзних мера од стране ових држава чији се закони на овај начин отклањају од примене.¹¹⁾

В. Goldman подвлачи да се оваква употреба идеје узајамности показује нарочито неоправданом у ситуацији у којој страна држава признаје сасвим задовољавајућу правну заштиту грађанских права држављана земље која прописује колизиону норму са условом реципроцитета.¹²⁾

За Лунса то би значило захтевати од других држава привилегије које оне нормално не дају држављанима других држава.¹³⁾

По нашем мишљењу основни разлог који говори против проширивања примене начела узајамности на област сукоба закона, налази се у чињеници да би на тај начин дошло до директног и недопустивог задирања у законодавну политику других земаља. Тиме би био нарушен један од фундаменталних принципа односа у међународној заједници — принцип суверене једнакости држава. Сем тога, овакво регулисање примене страних закона довело би до прекомерне употребе реторзије, што би сигурно имало штетних последица по међународно приватноправни саобраћај у областима које чине предмет регулисања међународног приватног права.

¹¹⁾ Цит. Е. Vitta, исто, стр. 863.

¹²⁾ В. Goldman, *op. cit.* стр. 66. На овај начин Goldman посредно потврђује став да је од идентитета колизионих норми две државе много важније каква и колика се приватна права признају домаћим држављанима у иностранству, те да, према томе, њихова неподударност не би требало аутоматски да доведе до одступања од колизионих норми *lex fori*.

¹³⁾ Л. А. Лунц, исто, стр. 357.

YA—T—IL UNE PLACE POUR LA RECIPROCITE DANS LE DOMAINE
DU CONFLIT DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ?

— Résumé —

L'objet de l'intérêt de l'auteur représente la question de l'application du concept de réciprocité dans le domaine des normes de collision, c'est à dire en matière du conflit de lois en droit international privé. L'auteur constate que cette idée est peu utilisée en science juridique bien qu'elle soit présente dans les lois de certains pays du monde, généralement par rapport à l'application du droit étranger aux rapports de succession avec l'élément étranger.

Après avoir exposé les positions en doctrine juridique recommandant l'idée de réciprocité appliquée dans le domaine du conflit de lois, l'auteur met en évidence les contre-arguments à cette thèse, en soulignant qu'un tel élargissement de l'institut de réciprocité, en dehors de ces domaines où la présence est la plus fréquente (droits civils des étrangers et le conflit de juridictions, c'est à dire la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères), signifierait une usurpation directe et inadmissible sur l'autonomie des états lors de la naissance des normes de collisions. Ceci aboutirait, à son avis, aux tendances négatives et aux phénomènes dans les relations parmi les états sur la plan de la réglementation de la problématique de laquelle s'occupe le droit international privé. C'est pourquoi dans l'application de ses propres normes de collisions, il faudrait aller jusqu'à la fin et indépendamment du fait si dans le cas opposé étant délibéré par un tribunal étranger le droit interne serait proclamé compétent.

РАБАЊЕ МАРКСОВОГ ХУМАНИЗМА

Марксов хуманизам се истиче повесним светским значајем у хуманистичким мишљењима и покретима. По снази, дубини и распрострањености утицаја, Марксова хуманистичка мисао и дело превазилазе његову епоху и отварају видике будућности. Нада свих хуманистичких мислилаца и посленика добиле су с Марксом теоријску дању потврду и изглед могуће праксе. Друштво слободних људи, тај недосањани сан човечанства, у обзорју хуманистичке филозофије поприма ликове јаве — теоријски утемељено на закону развика људске историје, кога је открио Маркс, а практично засновано покретом револуционарног пролетаријата, кога је организовао Маркс.

Повезаност теоријске и практичне стране је особеност Марксовог хуманизма. Прво, како је Марксу филозофија хуманизма великих претходника теоријски извор, а револуционарна испуњања пролетаријата практична основа. Друго, што су Марксова мисао и дело извор новом теоријском и практичном хуманизму. У оба случаја Марксов хуманизам је производ развика ових повезаних страна хуманизма. Излагање развика Марксовог хуманизма осветљава пут његовог мисаоног развоја у целини — филозофског, идеолошког, научног и теоријског уопште. А мисао и дело Карла Маркса су нераскидиво повезани.

У једном раду који истиче „неке битне тачке о којима треба повести рачуна при проучавању историје настанка марксизма кад се ради о филозофским питањима”, Берџ Лукач изванредно приказује „Марксов развојни пут” и оцртава „духовну физиономију младог Маркса”. Лукач слика Марксово бурно сазревање и тежњу за свестраношћу: „Видимо да су се код Маркса већ у његовој раној младости изразито истицале касније одлучујуће интелектуалне карактеристичне црте. Од самог почетка је у њему силна жеља за универзалним усвајањем и прерадом највећег блага знања епоха, а неупоредива је критичност са којом он сваки пут прилази затеченом идејном материјалу. При том се одликује таквом одлучношћу и стриктношћу у схватању проблема од централног значаја каква је крајње ретка у историји људског мишљења, и то проблема који је извучао из сложеног, замршеног комплекса питања које су претходници оставили нерешене. Истовремено му је својствена и страсна тежња за свестраношћу, фаустовска незаситост у откривању свих страна феномена, као и неуморност у истраживању која се не може задовољити све док се не схвати, тачно постави и реши цео проблем.

Уз то, код младог Маркса је брзо, одлучно испољавање свих ових црта интелектуалног карактера нешто више него просто превремено сазревање великог генија. Мало је личности у светској историји код којих се као код њега могла запазити таква тесна повезаност индивидуалног и општег друштвеног развојка”.¹⁾

Повезаност индивидуалног и општег друштвеног развојка у почетку је дата породичним приликама и друштвеним околностима у Рајнској области (у којој је Маркс рођен). Рационалистичке и либералистичке идеје Маркс је усвојио од свог оца у време кад је од мајке већ осетио моћ топлине и благодати племенитог људског бића. У Рајнској области тог времена још је било одсјаја француске револуције и у феудалној Немачкој се осећао Наполеонов утицај. Истина, немачка буржоазија још није била толико развијена да би освојила власт, нити је пролетаријат постигао степен развоја који би омогућио револуционарни покрет. Притешњена аристократијом и феудалном реакцијом, буржоазија је улазила у нагодбе које је не би бациле у револуционарни преврат све бројнијег и јачег пролетаријата. Револуционарни преврат у Немачкој тада могао је бити само „у области чисте мисли”.²⁾ Али тај пут развојка „у немачким облицима” морао се прећи да би био превладан, да би се дошло до стварног револуционарног покрета. И Маркс у филозофском погледу прошао идеализам, пре него што га је критички превладао. Тај пут нам показује већ његов матурски рад, писмо оцу из преломне године студија и особито докторска дисертација.

„Размишљања младића приликом избора позива”, Марксов матурски рад,³⁾ показује озбиљно и одлучно хуманистичко опредељење. Оно би у оним условима било незамисливо без религиозне љуштуре: „И човеку је божанство дало један општи циљ, да оплемени човечанство и себе, али је оно њему самом препустило да пронађе средства помоћу којих он то може постићи; оно је њему препустило да изабере место у друштву које му најбоље одговара, са којег најбоље може уздићи себе и друштво”. Та љуштуре је отпала после неколико година, а трајно је остало високо хуманистичко становиште.

Разматрајући околности избора, Маркс матурант је написао: „и ако нам животне прилике допуштају да изаберемо било које занимање, онда треба да изаберемо оно које нам јамчи највеће достојанство, које је засновано на идејама у чију смо истинитост потпуно убеђени, које нам даје најшире поље да делујемо за човечанство и да се сами приближимо оном општем циљу за које је свако занимање само средство — да се приближимо савршенству”.⁴⁾ Занимање

¹⁾ Б. Лукач, *Млади Маркс*, Београдски графичко-издавачки завод, Београд, 1976, стр. 8.

²⁾ К. Маркс, Ф. Енгелс, *Немачка идеологија*, I књига. К. Маркс — Ф. Енгелс, *ДЕЛА*, Том 6. „Просвета”, Београд, 1974, стр. 15. Даље: МЕД.

³⁾ *Размишљања младића приликом избора позива*, Марксов матурски рад, Тријер, август 1835, МЕД, Том 1, стр. 3.

⁴⁾ Нав. дело, стр. 5.

обезбеђује достојанство, оно што човека највише уздиже, али „само оно занимање у којем се ми не појављујемо као понизно оруђе, него у којем ми у нашем кругу самостално стварамо”, „које не изискује никаква недостојна, чак ни на изглед недостојна дела”.⁵⁾ Природа човека је таква да свој расцвет може достићи само ако ради за добро човечанства. „Ако ствара само за себе, он може, истина, бити чувен научник, велики мудрац, одличан песник, али никад потпуни, стварно велики човек”.⁶⁾

Из Марксовог писма оцу⁷⁾ дознајемо о културном, уметничком, правном и филозофском развитку у току студија у Берлину. Тада, у својој деветнаестој години, Маркс се после Кантове и Фитгове филозофије упознаје с Хегеловом. Уз Хегелов филозофски систем написао је рад „због којег сам се донекле упознао са природном науком, са Schellingom, са историјом, рад који му је задао бескрајну главобољу и који је тако /конфузно/ писан (пошто је управо требало да предствала нову логику) да се сад и сам једва могао разабрати у њему”. Затим „упознао сам се са Хегелом од почетка до краја, заједно са већином његових ученика” и после неколико састанака са пријатељима доспео у један докторски клуб, међу чијим члановима је било неколико приватних доцента. „Ту се у препирци испољавало много супротних гледишта, а ја сам све чвршће се везивао за садашњу филозофију света, од које сам намеравао да умакнем; али све звучно богатство у мени беше занемело, спопало ме је право беснило ироније, што се, без сумње, и могло лако десити после толико негирања”.⁸⁾

Маркс није могао да умакне од утицаја Хегела а да га критички не надвлада. Први плодови тешке идејне борбе обликовани су литерарно у Марксовој докторској дисертацији, започетој 1839. године. Од избора теме, примене методе у разматрању филозофских, друштвених узрока, односа и последица, до резултата који природно следе из извесне, виспрене али изненађујуће тачне и дубоке обраде — све је у тој дисертацији указивало на могућност, у оно време неслућену, критичког развијања Хегелове и томе уопште филозофије.

У докторској дисертацији „Разлика између Демокритове и Епикурове филозофије природе”, Маркс се критички односи према Хегеловој филозофији у мери одређеној предметом расправе, односно разматрањем њихових схватања а не непосредно критиком Хегелових схватања.⁹⁾ Високо признање епикурејској и стоичкој филозофији одао је Маркс насупрот Хегеловој ниској оцени ових филозофских система.¹⁰⁾ Он признаје Хегелу да је у „Историји филозофије”, „од које се тек историја филозофије уопште и може датирати”, у основици тачно одредио оно опште у овим филозофским циклусима, али

⁵⁾ Исто, стр 5—7.

⁶⁾ Исто, стр. 7.

⁷⁾ Писмо оцу, К. Маркса, Берлин, 10. новембра 1837. МЕД, Том 1, стр. 9—17.

⁸⁾ Исто, стр. 14—15.

⁹⁾ Маркс, *Разлика између Демокритове и Епикурове филозофије природе*. МЕД, Том 1.

¹⁰⁾ Исто, стр. 76, 82, 93, 97.

да циновски мислилац није увидео „велики значај који они имају за историју грчке филозофије и за грчки дух уопште”.¹¹⁾

Критички однос према Хегеловој филозофији је критички однос према филозофији уопште. То је схватање да „у историји филозофије има чворних тачака” које значе преокрет дат њеним развојем. Историјска је нужност да филозофија, као што је случај с Хегеловом; „кад обухвати цео свет, устаје против појавног света”. Пошто „свет који стоји наспрам филозофије целовите у себи — јест разложен свет” и у филозофији се противречност и „љена објективна општост се преобраћа у субјективне облике појединачне свести”. Као што у људској историји после великих катастрофа долази гвоздено доба, срећно ако га обележавају борбе титана, јер на другом елементу заснивају свет, тако су „ешикурејска и стоичка филозофија представљале срећу свога времена”. Наиме, „титанска су времена она која долазе за неком целовитом филозофијом и њеним субјективним развојним формацијама, јер циновски је расцеп који чини њихово јединство”.¹²⁾

У разматрању субјективне поенте филозофије Маркс теоријски надвисује Хегелове следбенике закључујући да „у његових ученика долази до изражаја пуко незнање ако ову или ону одредбу његова система објашњавају акомодацијом и сличним стварима, једном речи с *моралне* тачке гледишта. Они заборављају да су још сасвим недавно били одушевљене присталице свих његових једностраности, што им се евидентно може доказати из њихових сопствених списа”. За Хегела, мисли, наука није нешто што се готово прима, већ нешто што је у настајању и према своме систему он се налазио у непосредном супстанцијалном односу, а они у рефлектованом. Ако су ту науку примили у већ готовом облику с наивним, некритичким поверењем, нимало није савесно да замерају свом учитељу скривену намеру иза његовог сазнања.¹³⁾

Овде је Маркс неупоредиво поштенији према Хегелу, већ и тиме што критикује њихово сумњичаво нефилозофско становиште и развија филозофско: „Може се замислити да неки филозоф због ове или оне акомодације учини ову или ону недоследност; он сам може бити свестан тога. Једино чега он није свестан јесте да могућност ове привредне акомодације има најскривеније корене у каквој недовољности или недовољној формулацији самог његова принципа. Ако се, дакле, неки филозоф збиља акомодирао онда његови ученици треба из његове личне суштинске свести да објасне оно што је за њега *самог* имало облик *езотичне* свести. На тај начин, оно што изгледа као напредак свести представља у исти мах и напредак знања. Не сумњичи се партикуларна савест филозофа, него се контролише његова суштинска форма свести, диже се из одређеног облика и значаја и на тај начин се истовремено и превазилази.

¹¹⁾ Исто, стр. 93.

¹²⁾ Исто, стр. 74—76.

¹³⁾ Исто, стр. 144.

Ја уосталом овај нефилозофски заокрет великог дела Хегелове школе посматрам као појаву која ће увек пратити прелаз из дисциплине у слободу".¹⁴⁾

Доследност, с којом Маркс иступа према Хегелу, односно филозофима и филозофији, јесте лик савести као и знање. Одступајући од Хегела, он одмах и на сопственом примеру показује да је напредак савести заиста и напредак знања. Читава његова дисертација је обарање одомаћене предрасуде, старе колико и историја филозофије, да су Демокритова и Епикурова физика идентичне тако да се у Епикуровим изменама виде само мисли које су му произвољно падале на памет. Зато што су разлике скривене, Маркс је принуђен да залази у привидне микрологије и доказује да је „суштинска разлика између Демокритове и Епикурове физике, разлика која се протеже и на најситније детаље”.¹⁵⁾

Иако два филозофа проповедају исту науку, на исти начин, стоје дијаметрално супротно у свему што се тиче истине, извесности, примене ове науке, односа мисли и стварности уопште.¹⁶⁾ Принципи Демокритове и Епикурове физике неоспорно су исти — атоми и празан простор. Епикур се слаже с Демокритом у две претпоставке кретања атома у празном простору: 1^о пад по правој линији и 2^о због одбијања многих атома. Од Демокрита се Епикур разликује у *деклинацији атома* с праве линије.¹⁷⁾ Деклинација атома је закон који прожима целу Епикурову физику, а одређеност његове појаве зависна је од сфере у којој се он примењује.¹⁸⁾ „Стога налазимо да Епикур примењује и конкретније облике одбијања; у политичкој области то је *уговор*, у социјалној *пријатељство*, које се велича као оно што је најзвишеније”.¹⁹⁾

Демокрит за својство атома узима насилно кретање, као дело следећности; као супстанцију нужности наводи ковитлац, који настаје из одбијања и сударања атома. Док је Демокрит знао само за материјалну страну одбијања, а не идеалну — као самоодређење, Епикур овом деклинацијом атома истакнуто је одређење облика и остварена противречност која се налази у појму атома.²⁰⁾ Демокрит као принцип примењује *нужност* (детерминизам), а Епикур *случај*. За Демокрита „људи су уобразили привиђење случаја, — што је манифестација њихове сопствене немоћи”. За Епикура „*Нужност*, коју су неки увели као свевладарку, *не постоји*, него је нешто *случајно*, а нешто зависи од наше воље”. Њему „свуда стоје отворени путеви ка слободи”.²¹⁾

Два филозофа разликују се и у начину примене научних знања. Демокриту „не да мира *жеђ* за знањем; али у исти мах све даље га гони *незадовољност истинитим*, то јест филозофским зна-

¹⁴⁾ Исто, стр. 144—145.

¹⁵⁾ Исто, стр. 99.

¹⁶⁾ Исто, стр. 100—101.

¹⁷⁾ Исто, стр. 107.

¹⁸⁾ Исто, стр. 110—111.

¹⁹⁾ Исто, стр. 113.

²⁰⁾ Исто, стр. 112—113.

²¹⁾ Исто, стр. 104.

њем".²²⁾ Њему, који пролази „пола света“ у учењу, „*атом је само општи објективан израз емпиричког истраживања природе уопште*“.²³⁾ Супротан је лик Епикура, задовољног и блаженог у филозофији, којом стиче истиниту слободу.²⁴⁾ Као принцип Епикурове филозофије природе Маркс наводи слободу у сазнању. „Када природу сазнајемо као умну, наша зависност од ње престаје. Она за нашу свест није више граница, и управо Епикур од облика свести у његовој непосредности, од бића за себе ствара облик природе. Само ако се природа сасвим ослободи од свесног ума, ако се посматра као ум у њој самој, она постаје власништво ума“.²⁵⁾ Зато закључује да је Епикурова „*атомистика са свим њеним противречностима спроведена и довршена као природна наука самосвести*“.²⁶⁾

Из разматрања разлике Демокритове и Епикурове филозофије природе, за Маркса произилазе консеквенције превладавања метафизичког материјализма и заснивање дијалектике на материјализму, али их за себе још не усваја и не развија. Док за Демокрита време нема значаја, за Епикура је оно апсолутна форма појаве. Време се одређује као акцидентција акцидентције, а акцидентција је мењање супстанције уопште. Време, „промена коначнога, на тај начин што се узима као промена, исто толико је стварна форма која раздваја појаву од суштине, узима је као појаву, колико и форма која је враћа у суштину“.²⁷⁾ Променљивост чулног света има своју одвојену егзистенцију у свесној чулности, те Маркс закључује за Епикура: „*Чулност човека је, дакле, отеловљено време, егзистирајућа рефлексија света чула у себи*“.²⁸⁾

У дисертацији Маркс још плива у водама филозофије самосвести, али је очигледно његово окретање политици, доцнијем жаришту сваке критике филозофије. Овде је атом природна форма апстрактне, појединачне самосвести, чулна природа је само опредмећена емпиричка, појединачна самосвест, а та самосвест је чулна.²⁹⁾ Али је сада то тек један правац у филозофији самосвести — *либерална партија* насупрот *позитивној филозофији*. Чин либералне партије је критика, окретање филозофије свету. Уза све противречности, либерална партија је свесна принципа и своје сврхе и само она долази до реалног напретка.³⁰⁾ Овим је Маркс искорачио из света теорије одвојене од света и почео повезивање теорије, односно филозофије, са стварним светом и повезивање теоријске борбе са стварним борбама, а тиме је бачена нова светлост на теорију и праксу хуманизма.

Политичку страну хуманизма Маркс ће даље развијати одмах после завршетка дисертације у публицистици. Либералну партију, достојну савеза с филозофијом, повезаће с либералном позицијом,

22) Исто, стр. 102.

23) Исто, стр. 129.

24) Исто, стр. 103.

25) Исто, стр. 86.

26) Исто, стр. 129.

27) Исто, стр. 121.

28) Исто, стр. 122.

29) Исто, стр. 123.

30) Исто, стр. 146.

а ову с либералном опозицијом. Одавде је само корак до усвајања комунистичких идеја, које су до Маркса дошле делом из немачких, а већим делом из француских извора, Усвајање комунистичких (социјалистичких) идеја временски се поклапа с усвајањем Фојербахова учења, и то опет уз дубоку и свестрану критику и превазилажењем њихових ограничености, односно повезивањем материјализма и дијалектике с хуманизмом. Тло је било припремљено критиком положаја штампе — цензуре и слободе штампе — и Марксовим радом као сарадника и уредника „Рајнских новина”.

У критици цензуре морало се поступати крајње опрезно, као и у својој критици постојећих феудалних односа у реакционарној Пруској, због помног мотрења стварне цензуре. Ипак је Маркс писао да је под цензуром сиво у сивом једина и једино дозвољена боја слободе, да „духовно сунце, ма у колико индивидуа и предмета да се прелама, сме да рађа само једну, само званичну боју”. Цензура дозвољава само *скромно* испитивање истине, насупрот томе што истина има субјективан (индивидуално поимање) и објективан (одређен природом предмета) карактер. „У истину спада не само резултат него и пут до њега. Испитивање истине мора и само бити истинито, истинито испитивање јесте широм распрострајена истина, чији се расути делови сабирају у резултату... Ви истину схватате апстрактно и дух претварате у *истражног судију* који је сувопарно уноси у *записник*... као да је истина оно што нареди влада...”³¹⁾ Пошто је та установа лоша, а установе су моћније од људи, право радикално излечење цензуре, сматра Маркс, било би њено укидање.³²⁾

За карактер цензурисане штампе Маркс налази да је то бескарактерна наказност слободе, цивилизовано чудовиште, напарфимисано грдило. Суштина слободне штампе је разумна и морална суштина слободе.³³⁾ За разлику од цензуре, која је као критика монопол владе, истинска цензура је *критика* коју слобода штампе рађа из себе саме, заснована у самом бићу слободне штампе.³⁴⁾

Већ је у дисертацији Маркс показао колико је проницљив аналитички и колико оштроуман синтетички дух. Ове особине у дебатама о слободи штампе он сјајно доказује. Слободу штампе не сматра одвојеном од других облика слободе; с губитком слободе штампе и све друге слободе постају илузорне. „Сваки облик слободе условљава друге облике, као што један део тела условљава остале. Кад год се нека одређена слобода доводи у питање, доводи се у питање цела слобода. Кад год се одбацује неки облик слободе, одбацује се цела слобода, која после тога може водити само привидан живот, јер ће до чисте случајности зависити у којој ће се области неслобода јавити као владајућа сила. У случају произвољности неслобода је правило, а слобода изузетак. Стога, кад је реч о неком *посебном* постојању слободе, ништа није погрешније него мислити да је то неко *посебно*

³¹⁾ К. Маркс, *Примедбе поводом пруске интервенције о цензури*. МЕД, том 1, стр. 180. 181.

³²⁾ Исто, стр. 195.

³³⁾ К. Маркс, *Дебате о слободи штампе*. МЕД, том 1, стр. 220.

³⁴⁾ Исто, стр. 221.

питање. То је опште питање у оквиру једне посебне сфере. Слобода остаје слобода, било да се испољава у штампарској боји, или у власништву земље, или у неком политичком скупу...³⁵⁾ Слобода је целовита и обухвата *садржај* и исто толико *начин* живота, не само да се чини оно што је слободно, него и да се то чини слободно.³⁶⁾ Слобода је остварење човека, неслобода је истинска смртна опасност.³⁷⁾ Слободна штампа је вид народног духа „вазда будно и свевидеће око народног духа, оличење поверења народа према самом себи, ... отеловљена култура...“³⁸⁾ Насупрот њој стоји цензура, која чак не постиже ни своју сврху, јер од забрањене књиге ствара догађај, изванредну књигу, драгоцену изузетак од неслободе.³⁹⁾

Све радикалнији хуманистички и политички ставови младог уредника „Рајнских новина“ („Rheinische Zeitung“) имали су за непосредне последице Марксово иступање из редакције у марту 1843. године и ускоро гашење листа. Маркс убрзо почиње преговоре с Ругеом о покретању једног часописа, који би окупио прогресивне Немце и Французе („Deutsch-Frenzösische Jahrbücher“, 1844, у Паризу).

У писмима Ругеу, објављеним у овом часопису, Маркс даље развија критику постојећег друштва, које назива старим светом. Стари свет припада филистру, а филистарски свет је *политички свет животиња*, конзистентан систем чији је принцип *обешчовечени свет*.⁴⁰⁾ Немачка је најсавршенији филистарски свет, те би немачки Аристотел своју „Политику“ почео према тим приликама: „Човек је друштвена, али сасвим неполитичка животиња“.⁴¹⁾

Нови правац критике није у томе да се свет антиципира догматски, него да се нови свет жели наћи тек помоћу критике старог. Филозофија не може посезати у своје тезге за решење свих загонетки, јер је увучена у вртлог борби. Тиме је постала световном. „Ако конструирање будућности и давање коначних рјешења за сва времена није наша ствар, онда је утолико сигурније шта треба да извршимо у садашњости, мислим на *безобзирну критику свега постојећег*. — безобзирну у том смислу да се критика не боји нити својих резултата, нити сукоба с постојећим силама“.⁴²⁾

Стога Маркс није за то да се пободе догматска застава, него да се објасне њихови ставови. „Тако је особито *комунизам* догматска апстракција, при чему немам у виду неки замишљени и могући комунизам, него стварно постојећи комунизам како га проповиједају Cabet, Dézamy Weitling итд. Овај комунизам је само посебна појава хуманистичког принципа која је инфицирана својом супротношћу, приватним власништвом. Укидање приватног власништва и комунизам нису; стога ни у ком случају идентични, а с комунизмом нису случајно, него нужно настала друга социјалистичка учења, као Fou-

³⁵⁾ Исто, стр. 239.

³⁶⁾ Исто, стр. 227.

³⁷⁾ Исто, стр. 228.

³⁸⁾ Исто, стр. 225.

³⁹⁾ Исто, стр. 225.

⁴⁰⁾ Марксово писмо Ругеу, Келн, маја 1843. МЕД, том 3, стр. 116.

⁴¹⁾ Исто, стр. 117.

⁴²⁾ Марксово писмо Ругеу, Кројснах, септембра 1843. МЕД, том 3 стр. 120.

rier-ovo, Phrudonovo итд., јед је сам комунизам само посебно, једно-страно остваривање социјалистичког принципа.

А и сам социјалистички принцип у цјелини само је једна страна, која погађа *реалност* праве човјекове суштине. Ми се исто тако морамо бринути и за другу страну, за теоријску егзистенцију човјека „дакле, да религију, науку итд. учинимо предметом наше критике“.⁴³⁾

Ако су овде питања комунизма тек начета, материјалистичко схватање је већ утемељено. Маркс указује да политичка држава упада у противречност између свог идеалног одређења и својих реалних претпоставки, али да се из сукоба политичке државе са самом собом да развити социјална истина. „Као што је *религија* садржај теоријских борби човјечанства, тако је и *политичка држава* садржај његових практичких борби“.⁴⁴⁾ Политичка држава под посебним видом изражава све друштвене борбе, потребе, и истине. Најспецијалније политичко питање, разлика између сталешког и представничког система, мора бити предмет критике, пошто „ово питање изражава на *политички* начин разлику између владавине човјека и владавине приватног власништва“.⁴⁵⁾

Овде се види да су сви основни елементи Марксовог развијеног хуманизма већ у процесу синтезе с елементима материјализма и дијалектике. Одлучујући корак учињен је дубљом критиком Хегелове филозофије и критиком Хегелових критичара — Фојербаха и Бауера.

Критика Хегелове филозофије у лето 1843. године почиње од „Основа филозофије права“ као критика Хегелове филозофије државног права. У рационалном виду Хегелова поставка је да су фамилија и грађанско друштво делови државе. Док фамилија и грађанско друштво збиља сами себе претварају у државу (они су покретачка снага), према Хегелу, напротив, њих је створила збиљска идеја. Маркс ову преметачину објашњава уз параграф 262: „Чињеница од које се полази не узима се као таква него се схваћа као мистични резултат. Оно што је збиљско постаје феномен, али идеја нема никаквог другог садржаја осим тог феномена. Исто тако, идеја нема никакав други смисао осим логичког: „да буде за себе бесконачни збиљски дух“. У овом параграфу је дан сав мистериј филозофије и Хегелове филозофије уопће“.⁴⁶⁾

За разлику од Хегелове апстракције, Маркс људе објашњава друштвено, односно историјски. Уз параграф 277. он примећује: „Ова бесмислица испољила се код Хегела због тога што он државне послове и дјелатност схваћа апстракно за себе, а посебну индивидуалност као њихову супротност; али он заборавља да је посебна индивидуалност људска индивидуалност и да су државни послови и дјелатности људске функције; он заборавља да суштину „посебне личности“ није њена брада, њена крв, њен апстрактни физис, већ њен

⁴³⁾ Исто, стр. 121.

⁴⁴⁾ Исто.

⁴⁵⁾ Исто.

⁴⁶⁾ Маркс, *Критика Хегелове филозофије државног права*. МЕД, том 3, стр. 9.

социјални квалитет и да су државни послови етц. само начини опстојања и дјеловања социјалних квалитета људи. Разумије се, дакле, да индивидууме, уколико су носиоци државних послова и власти, треба посматрати према њиховом социјалном, а не према њиховом приватном квалитету".⁴⁷⁾

Насупрот Хегелову схватању да народ без монарха јест безоблична маса, која није држава и нема никаквих одредби, наимае да Хегел полази од државе и претвара човека у субјективизовану државу, демократија полази од човека и претвара државу у објективизованог човека. У демократији је устав народа, а у монархији је народ устава. Демократија је решена загонетка свих устава. У демократији политичка држава ишчезава. Демократија је суштина сваког државног устава, социјализирани човек. „Човјек није ту ради закона, већ је закон ради човјека; оvdје је *људско опстојање*, док је у другим формама *законско опстојање*. Ово је основна диференција демократије".⁴⁸⁾

Демократија има хуманистички принцип, а бирократија језуитски, теолошки. Бирократија је „државни формализам”, односно „држава као формализам”. Бирократија, која важи себи као највиши циљ државе, државне циљеве претвара у своје, а своје циљеве претвара у државне. Поједини бирократа државни циљ претвара у свој приватни, у трку за вишим положајима, у прављењу каријере. Општи дух бирократије је *тајна*, мистерија која се одржава у њој самој путем хијерархије. Укидање бирократије могуће је само тако да општи интерес постане стварни.⁴⁹⁾

У „Прилогу јеврејском питању” Маркс развија хуманизам у критици религијске и политичке еманципације према људској еманципацији. Бауерову грешку Маркс налази у томе што он критикује само „хришћанску државу”, а не „државу уопште”, што не истражује однос политичке еманципације према људској еманципацији, што не развија противречност између државе и религије уопште у противречност између државе и њених претпоставки уопште. „*Политичка еманципација од религије није проведена, непротиврјечна, еманципација од религије, јер политичка еманципација није проведена, непротиврјечни начин људске еманципације*”.⁵⁰⁾ Човек се посредством државе ослобађа једне ограничености на ограничен, апстрактан, делимичан начин, заобилазним путем: „Држава је посредник између човјека и човјекове слободе”.⁵¹⁾

За Маркса је свака еманципација *свођење* човекова света, човјекових односа на *самог човека*. У сфери политике еманципација је *свођење* човека на члана грађанског друштва, на егоистичног независног индивидуума, с једне и с друге стране на грађанина, на моралну особу. „Тек кад збиљски индивидуалан човјек постане *родно биће* у свом емпиријском животу, у свом индивидуалном раду, у

47) Исто, стр. 19.

48) Исто, стр. 27.

49) Исто, стр. 40—42.

50) Маркс, *Прилог јеврејском питању*. МБД, том 3, стр. 128—130.

51) Исто, стр. 130.

својим индивидуалним односима, тек кад човек спозна и организира своје „forces progres” као друштвене снаге и стога више не буде од себе дијелио друштвену снагу у облику политичке снаге, тек тада ће човекова еманципација бити довршена”.⁵²⁾

На класно становиште дошао је Маркс у Уводу Прилога критички Хегелове филозофије права. Ту хуманизам повезује с пролетаријатом и његовим револуционисањем. Пролетаријат у филозофији налази своје духовно оружје, а филозофија у пролетаријату своје материјално оружје.⁵³⁾

Особеност овог дела је питање може ли Немачка доћи до револуције. Ослобођење Немачке практички је могуће једино на становишту оне теорије која човека проглашава за највишу суштину човека. Револуција је могућа кад се револуционира основа. Отуда еманципација Немца јест еманципација човека. „Глава те еманципације је филозофија, а њено срце пролетаријат. Филозофија се не може остварити без укидања пролетаријата, пролетаријат се не може укинути без остварења филозофије”.⁵⁴⁾

Најзначајније целовито дело о хуманизму, међутим, из овог периода, јесу Марксови „Економско-филозофски рукописи” из 1844. године. У каснијим делима Маркс се више бавио посебним проблемима хуманизма, а у овом делу средишње место заузима теорија отуђења.

⁵²⁾ Исто, стр. 143—144.

⁵³⁾ Маркс, *Прилог критички Хегелове филозофије права*. Увод. МЕД, том 3, стр. 160.

⁵⁴⁾ Исто.

NAISSANCE DE L'HUMANISME DE MARX

— Résumé —

L'auteur décrit le côté humanitaire du développement de l'esprit de Karl Marx (1818—1883) à partir de son âge scolaire et ses premières oeuvres publiées jusqu'aux célèbres „Manuscrits économiques et philosophiques”.

Le jeune Marx avait vite passé le chemin depuis l'exaltation romantique, le libéralisme ardent et l'idéalisme philosophique jusqu'au matérialisme dialectique. Durant ce temps-là son humanisme changeait d'habit philosophique et idéologique et s'est affirmé comme un point de vue complet sur le monde dans l'unité inséparable du matérialisme et de la dialectique. L'exposé de l'évolution de l'humanisme de Marx met en lumière la voie du développement de ses idées philosophiques, scientifiques et théoriques dans son intégrité. Autant que théoriquement, l'humanisme de Marx se développait dans la pratique. La cohérence du côté théorique et du côté pratique est la particularité de l'humanisme de Marx qui met en évidence son importance historique et mondiale dans les mouvements humanitaires et dans les opinions. Même dans l'époque considérée, Marx a déjà épanoui l'étude révolutionnaire et attiré l'attention sur le prolétariat révolutionnaire. C'est de cette manière qu'il a décelé la lutte historique concrète et les forces sociales qui introduisent l'humanité dans une société des hommes libres.

КАКО ПРЕВЛАДАТИ ПРАВНИ ПОЗИТИВИЗАМ У ГРАБАНСКОМ ПРАВУ

Колико пре 100. година, неки наши правни писци сматрали су да „никоме није нужно нарочито доказивати велику потребу и корисност доброга грабанског законодавства... него да су грабански закони, уопште узев, једна неопходна и велика потреба данашњег правно-друштвеног живота и саобраћаја, која би се морала, свакако подмирити ма какав друштвени склоп био”.¹⁾ Међутим, промене до којих је дошло са настанком социјалистичких друштвених система, довеле су ову тврдњу на сасвим супротну позицију. Наиме, на почетку развоја социјализма негиране су потребе и могућности грабанског права.

Савремено грабанско право, неспорно, вуче корене из римског *ius civile*, које, касније, постаје основа капиталистичких правних система. Оно носи са собом, поред савршених правила за регулисање робних односа, и дебеле наслагe идеологија насталих на приватној својини и експлоатацији туђег рада.

„Природну” основу грабанског права у римској држави чинили су односи између римских грабана који су, у почетку, спорадични и примитивни, а касније, у периоду Републике, доминантни и засновани на робној организацији привреде.

У капиталистичким друштвеним формацијама робни систем привређивања је основни облик капиталистичке производње. Приватна својина је његова функција. Произвођачи роба морају бити самостални и независни да би могли разменити своје робе. Зато су робна производња и приватна својина, две категорије које су толико међусобно срасле да их је веома тешко, или немогуће одвојено посматрати. Грабанско право је надградња над овим односима и представља сликовито речено „у великој мери анатомију и физиологију друштва робних произвођача”.²⁾ Зато робни односи, начелно посматрано, чине основни предмет регулисања грабанског права. Неки правни мислиоци, као нпр. Пашуканис, долазе до закључка да целокупно право произилази из робне производње.³⁾

¹⁾ Гершић, Глигорије: Природа државине и основа њене заштите, Београд, 1855. стр. 1.

²⁾ Гамс, др. Андрија: Значај Марксових дела за грабанско право, Анали Правног факултета, Београд, 1964. бр. 1. стр. 1.

³⁾ Ј. В. Пашуканис: Општа теорија права и марксизам, Сарајево, 1958.

Негирајући робне односе у социјализму, правни теоретичари су одрицали и постојање грађанског права. Наиме, познато је колико су дуго трајале расправе о ставовима класика марксизма о месту и улози робних односа у социјалистичком друштву. Може се рећи да ово питање и данас не губи ништа од своје актуелности, и да је извор многобројних заблуда. Међутим, то није предмет наших разматрања. Ми полазимо од чињенице да су робноновчани односи друштвена пракса социјалистичких друштвених система. Оно што нас интересује, то је питање смисла и значаја грађанског права које регулише те односе, или, тачније речено „филозофија” грађанског права.

Прво, и свакако, капитално питање сваког система права јесте његов општи концепт или филозофија права. Она је темељ правног система, јер одговора на питања развоја друштва и принципе тога развоја, развоја права и циља коме право тежи, карактера правде, критеријума слободе и тд. Филозофија права је део опште филозофије.

Сви досадашњи правни системи настали су на основама одређене филозофије права; било да је реч о идеалистичкој филозофији / филозофија природног права, / позитивистичкој / теорији чистог права, научни позитивизам, / или материјалистичкој / историјски материјализам /. Одређени правни системи остваривали су оне вредности које им је наметала одређена филозофија. „Све крупне политичке промене припремала је или пратила правна филозофија. На почетку је била правна филозофија, а на крају револуција”.⁴⁾

Основне правце развоја филозофије права проучава општа теорија права. Они се, глобално, могу означити као учење о природном праву, учење историјске школе, Хегелова филозофија права и материјалистичко дијалектичко учење.

Наш правни систем изграђен је на филозофији марксизма коју су засновали Карл Маркс и Фридрих Енгелс. Марксистичка филозофија на основно онтолошко питање о односу бића и свести одговара материјалистичком претпоставком; нешто мора постојати у стварима, друштвеним односима, пре него што постоји у главама, у идејама.

У том одговору дата је суштина марксистичке филозофије права. Изучавајући Хегелову филозофију права и спремајући се за њену критику, Маркс долази до сазнања које је концизно написао у Прилогу критици политичке економије: „Моје је истраживање довело до резултата да се ни правни односи, ни облици државе, не могу разумети ни из себе самих, ни из тзв. општег развитка људског духа, него им је корен, напротив, у материјалним, животним односима, чију целокупност Хегел, по примеру Енглеза и Француза 18. века, обухватио именованом „грађанско друштво”, а да се анатомија грађанског друштва мора тражити у политичкој економији”.⁵⁾ У томе је специфичност марксистичке филозофије права; „право као форма постоји само у главама и теоријама учених јуриста. Оно има паралеле

⁴⁾ Редбрџ, Г: Филозофија права, Београд, 1980. стр. 20.

⁵⁾ Карл, Маркс: Прилог критици политичке економије, Култура, 1958. стр. 25.

лно реалну историју која се одвија не као систем мисли, него као посебан систем односа”.⁶⁾

На другој страни, класици марксизма се нису много бавили проблемима права, и отуда и прве потешкоће правне филозофије социјалистичких правних система. Правни аутори који се баве овим питањима морали би да изврше „научну реконструкцију мисаоне еволуције Маркса и Енгелса” од њихових првих радова, до Капитала, како би се уочила посебност марксистичке филозофије права. Први такав рад, вредан пажње, свакако је рад Јевгенија Брониславовича Пашуканиса, који смо већ више пута помињали.

У нашем праву, однос права и марксизма се дуго изучавао на најапстрактнијем нивоу. Таква изучавања су се најчешће завршавала указивањем на општа места из марксистичке филозофије. Разлог, свакако, лежи у чињеници што „марксизам не садржи никакве прецизне методе разрешавања питања која Маркс сам себи није постављао, односно која у његово време нису постојала”.⁷⁾ Исто тако, Маркс и Енгелс нису, како су сами наводили, имали намеру да од својих погледа праве један завршен систем који би одговарао, попут Хегеловог, свим временима и приликама, а чиме је, имплиците, одређен и његов однос према праву. Међутим, то не значи да је немогуће изградити „систем” филозофије права у социјализму. То је, штавише, неминовно. Без њега социјалистичко право мора да прихвати једино могућу филозофију, а то је позитивизам. То значи да социјалистички правни систем почива једино на уторитету правних норми, ту извире и ту се завршава, док програм марксистичке филозофије о рушењу свих односа „у којима је човек понижено, презрено, поробљено и напуштено биће” остаје неостварен. Наиме, позитивно право има за марксизам само историјски интерес и „*rebus sic flentibus*”, прелазни интерес.⁸⁾ Позитивно право у социјализму може и мора да одбрани „измучене и потлачене”; филозофија права мора социјалистичком праву наметнути „људско достојанство као једину и највећу вредност у праву, као његов генусни појам”.⁹⁾

Општа правна теорија се у нас, донекле, бави овим питањима. Међутим, то је задатак и свих посебних правних дисциплина, а нарочито грађанског права.¹⁰⁾ Сви правни институти или појмови морају се изучавати с аспекта остваривања одређених вредности предвиђених „програмом” марксистичке филозофије. Сваки правни институт или правни појам чини „налог за заједнички живот људи” који мора бити у складу са општом филозофијом права. Ако се има у виду чињеница да се грађанскоправним институтима регулишу односи међу људима из саме основе људског друштва, онда је јасно колики је значај таквог изучавања од стране грађанскоправне нау-

⁶⁾ Пашуканис, Ј. Б.: цит. дело, стр. 16.

⁷⁾ Колаковски, Лешек: Главни токови марксизма, I, Београд, 1980. стр. 10.

⁸⁾ Блох, Ернст: Природно право и људско достојанство, Београд, 1977. стр. 175

⁹⁾ Тадић, Љубомир: Филозофија права, Загреб, 1983. стр. 23.

¹⁰⁾ Наши удбеници грађанског права најчешће не садрже ни основне ставове филозофије чије вредности остварују. Више је присутна критика ранијих теорија које су биле у основи капиталистичког грађанског права.

ке. Најме, из опште идеје права у социјализму морају се утврдити функције сваког грађанскоправног појма и упоредити са правном нормом. То значи друштвени живот усмеравати на унапред осмишљени начин.

II

Грађанско право је грана права која је настала на ренесанси класичног античког природног права и то у знаку индивидуализма и теорије субјективних права. Они дају филозофску основу грађанском праву капитализма.

Основни постулат грађанског права „*pacta sunt servanda*” налаже поштовање уговора и грађанских обавеза. Он се остварује од стране државе која своје право изводи из друштвеног уговора. Пуфендорф ће тврдити да је природно право несавршени закон и да се мора спровести уз власт. Тако позитивно право ступа *via facti* на место природног права.¹¹⁾

У Локовој филозофији, својина као основни грађанскоправни институт добија своје филозофско значење које ће јој омогућити утемељивање у позитивно право. Својина се, најме, означава као резултат власти тог рада појединца, који је „радни власник” и друштво га мора штитити. Везана за идеологију рада и права на самоодржање, није могла бити лако заобиђена у позитивном праву као основно природно човеково право. Одатле је веома брзо ушла у Декларацију о правима човека, заједно са осталим мислима о људској слободи. По Фихтеу, својина је право које је изворно људско право, а уговор, слободан и узајаман договор између две стране о заједничком интересу.¹²⁾

Међутим, идеја о својини као природном праву није се могла одржати. Приватна својина је резултат друштвене поделе рада и присвајања вишка производа. Она је природно право оних који поседују средства за производњу. Али позитивно право је то морало да прикрије одређеним правним нормама; онима које су инаугурисале слобону располагања на тржишту, путем уговора, али и за случај смрти. Зато својина, уговор и тестамент чине основе грађанског права.¹³⁾ Њима се остварују основне вредности филозофије капитализма која, најчешће њихову подлогу узима из самог позитивног права.

Зато Маркс одбацује такво изучавање права; разматрања којима се прећуткује или замагљује суштина друштвених односа, односно, њихов класни карактер. Правни позитивизам је антифилозофско изучавање права али то је истовремено, својеврсна филозофија. Прав-

¹¹⁾ Тадић. Љ: цит. дело, стр. 85.

¹²⁾ Исто, стр. 127.

¹³⁾ Ту долази и „настанак и учвршћивање приватне својине, њена универзализација, како према субјектима тако и према објектима, ослобођење земље из односа господарства и потчињености, претварање сваке својине у мобилну својину, развитак и господство облигационих односа”. По Пашуканису, стр. 57.

ни појмови и категорије права у социјализму морају се изучавати с аспекта вредности које марксистичка филозофија намеће.

Први постулат у изучавању грађанског права мора бити позајмљен из саме основе филозофије марксизма; „да економска структура друштва датога тренутка сачињава реалну основу из које се, у крајњој линији, може објаснити целокупна надградња правних и политичких установа, као и религиозних, филозофских и осталих облика свести сваког историјског раздобља”. Међутим, одмах се намеће и једно питање; значи ли то аутоматски и правни позитивизам? У варијанти вулгарно материјалистичког схватања права то јесте позитивизам, у Марковом схватању света сви друштвени облици свести, па и право, имају релативну самосталност. То значи да представљају једну нову стварност „међутворевину између идеје и других стварности”, која има свој смисао и треба да служи највишем циљу „измирењу човека са светом, са самим собом, и са другима”.¹⁴⁾

Међутим, овај постулат не допушта да се остваривање свих ових циљева тражи у идеолошкој спекулацији, стварањем нових идеја, већ у промени самих односа који чине структуру друштва.

Пошто основу друштвеног бића социјализма чине робни односи настали на колективној својини, то последњу хелију грађанског права чине грађанскоправни односи и правне норме које их регулишу. Грађанскоправни однос је осамостаљена правна стварност у чијој основи је чист економски однос, који је најчешће, робноовчани однос. Он се састоји из субјеката, објеката и овлашћења и обавеза који настају поводом објеката. То су његова правна обележја. Ако се грађанско правни однос посматра само тако, онда је његова слика иста и у капитализму и у социјализму. Правни позитивизам брише чак и те разлике.

Међутим, у капитализму он остварује следеће функције: он је илузија за остваривање права свих појединаца на принципу формалне једнакости и равноправности, испољавање слободе личности кроз слободу уговарања, за коју Блох каже да „тако митски пријети олујом”. Он је подједнако приступачан, како онима који имају средства за производњу и робе, тако и онима који их немају и који раде за другога. Међутим, преко грађанскоправног односа они се изједначају и сви заједно чине „друштвену заједницу”. Праведност грађанскоправног односа чини основицу позитивног права у капитализму. Зашто се онда не крити иза ауторитета правних норми? Пошто су оне исходиште сваке филозофије, онда је позитивизам најпримернији да објасни све; питање правног субјективитета, објеката са којима сви располажу у грађанскоправном односу. Али ту и настаје „олуја”, јер се објекти располагања, својина на роби не могу објаснити као „резултат мисаоног рада субјеката који просуђује”,¹⁵⁾ већ као резултат економских односа. А њихова анализа показује друкчију сли-

¹⁴⁾ Радбрух, Г: цит. дело, стр. 49.

¹⁵⁾ Пашуканис: цит. дело, стр. 83.

ку; у грађанскоправном односу се налазе власници роба, а они су и посредници средстава за производњу. Сада је јасно да његови учесници нису одређени односом природне и вечите воље већ снагом материјалних односа.

III

У социјалистичким правним системима грађанскоправни однос је основа грађанског права. На то указује грађанскоправна наука. У нас се он најчешће изучава с аспекта правне норме.¹⁶⁾ Додуше, успоставља се однос норме и стварности, али се не одговара на питање који циљ остварује или треба да оствари грађанскоправни однос. Наиме, не утврђује се постојање или непостојање сагласности између циљева које ови односи остварују и основних циљева марксистичке филозофије. Под претпоставком да се ти односи не остварују, онда треба мењати односе и правне норме сагласно утврђеним циљевима. Такав метод установљавају класици марксизма и он мора бити основа нашег изучавања права. Даље разрађена, ова мисао значи да треба дати одговоре на следећа питања: да ли је грађанскоправни однос резултат друштвене поделе рада и носи са собом отуђење рада, или робни односи у социјализму афирмишу човека „у свијету који је он сам остварио“; укидају поделу човека на јавно и приватно биће, омогућавају усклађивање појединачних и општих интереса, враћају под контролу целину сопствених интереса? Како грађанскоправни однос, у крајњој линији, утиче и на све друге правне односе, то се преко њега, пре свега, мора установљавати систем вредности које се остварује у социјалистичким земљама.

Пошто се грађанскоправни однос у социјализму остварује на основи колективне својине, то се његови елементи морају резликovati од истих у грађанскоправном односу капиталистичких права (субјекти, садржина и објекти).

Правни субјект је највиши правни појам и њиме се бави општа теорија права. На питање субјекта у праву увек се одговарало сагласно основним схватањима филозофије. Идеалистичка филозофија до појма субјекта долази спекулативним путем, и изводи га из појма слободе. Пухта сматра да једино човек има слободу избора у понашању, тј. моћ вољеног опредељења и зато је он субјект у праву. Отуда и општа заповест „буди личност и поштуј друге као личност“, и даље, „оно што се непосредно разликује од слободног духа јесте за себе и по себи спољашње уопште, ствар, неслободно, безлично и бесправно“.¹⁷⁾

Позитивизам, појам правног субјекта објашњава правном нормом. То је правна конструкција, потребна праву и постоји у свим ситуацијама предвиђеним правним нормама. Тиме се остварује основно

¹⁶⁾ У нашој послератној литератури, проф. Гамс се залаже за марксистички приступ у изучавању грађанског права. Види његове радове о својини, имовини, друштвеној својини и тд.

¹⁷⁾ Хегел, Ф: Филозофија права; параг. 42, сит. по Пашуканису, стр. 121.

опредељење идеалистичке филозофије. Пошто сваки човек има могућност самоопредељења то су сви људи једнаки субјекти у праву. Зато се то и регулише општим правним нормама. Тако су изједначени и они који имају средства за производњу и они који их немају, јер је критеријум у њима самима, и он их претвара из људских у правна бића.¹⁸⁾

Правна лица су много муче задала овим теоријама. Наиме, правна теорија је, у почетку, покушала да правна лица објасни у складу са принципима који важе за физичка лица.¹⁹⁾ Појам правних лица је истовремено и атак на теорију воље правних субјеката, али је и указао на „ванправни“ садржај правног лица, и довео у недоумицу правни позитивизам.

Марксистичка теорија захтева да се одговор на ово питање тражи у реалним људским односима. Класици марксизма су показали да су субјекти у праву, у грађанском праву, власници роба: „Робе не могу ићи саме на тржиште нити се саме размењивати. Зато морамо потражити њихове чуваре, тј. њихове *власнике*. Робе су ствари па стога без отпора према човеку. Када неће милом, човек може употребити силу, другим речима узеће их. Да би ове ствари доводили у узајаман однос као робе, морају се њихови чувари држати један према другоме као лица чија воља обитава у тим стварима, тако да неко отуђујући своју властиту робу може да присвоји туђу само вољом другог, дакле и овај и онај могу то учинити само помоћу заједничког акта воље. Тога ради морају један другог признати као приватне власнике...”²⁰⁾ Значи „када рад добија својство робе, човек добија својство правног субјекта и постаје носилац права”. Човеково својство субјекта у грађанскоправном односу одредила је приватна својина. Она је одредила садржину његове слободе, „примерно Уставу Француске из 1793. године, чл. 16: „Право власништва је оно право сваког грађанина да по својој вољи (*à son gré*) ужива свој иметак, свој приход, своје плодове рада и своје марљивости и да располаже њима”²¹⁾

Од настављача Маркове мисли о праву, Пашуканис је „најдубље схватио одлучујући значај коју размена и тржиште имају за капиталистичко друштво и његову форму права. „По њему, ствари-робе, економски владају људима; правно човек влада стварима јер је у својству власника пресонификован апстрактни правни субјект, „персонификација ствари”, односно, „постваривање лица”. „Само се у условима робне привреде рађа апстрактна правна форма, тј. способност да се има право уопште, одваја се од конкретних правних захтева. На тржишту се онај који ставља обавезе и сам обавезује. Из положаја странке која захтева он наједном прелази у положај

¹⁸⁾ Редбрух: цит. дело, стр. 166.

¹⁹⁾ Види схватање Паул Дурант, по Jean-Pierre Gastaud: *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, 1977. стр. 6.

²⁰⁾ Карл, Маркс: *Капитал*, I, Култура, стр. 47—48.

²¹⁾ Блох, Ернст: цит. дело, стр. 166.

странке која је обавезна. Тако се ствара могућност апстраховања од конкретних разлика између субјеката права и њиховог подвођења под један појам врсте”²²⁾

Међутим, појам субјекта у социјализму се не може градити на кратици овог појма у капитализму. Социјалистичка правна теорија мора израдити овај појам у складу са основним схватањима марксистичке филозофије.

Социјалистички друштвени системи су укинули приватну својину. То значи да је нестао монопол над средствима за производњу. Социјалистичка својина претпоставља припадност средстава за производњу свим члановима друштва. То, свакако, елиминира потребу и могућност размене роба за коју се каже да је „историјски посматрано, дала идеју субјекта, као апстрактног носиоца свих могућих правних овлашћења”. Пре тога, правни субјект нема карактер општег појма јер се то својство остварује с обзиром на град, сталеж, цех, професију, имовински цензус. На то указује још Гирке. У преткапиталистичким друштвеним формацијама, правни субјективитет показује неиздиференцираност између субјекта и објекта права, јер објективне правне норме делују на тако узан круг субјеката да су у основи „не норме већ привилегије”²³⁾ Тек ће потпуни развитак буржоаских односа омогућити да сваки субјект постане и правни субјект снагом општих правних норми (објективног права) и државе која делује са „идеалном једнакошћу и непрекидношћу у простору и времену”.

Социјалистички друштвено економски односи нису по Марксу „целовита друштвена формација” већ само прелазна фаза. Зато се они делом, и за извесно време развијају и као робноновчани односи. Међутим, робни односи у социјализму заснивају се на колективно организованој својини над средствима за производњу и то у облику државне социјалистичке својине, или друштвене својине. То намеће два основна питања; прво, какав је значај правног субјекта у грађанском праву, и друго, у којој мери субјект превазилази своју правну садржину и остварује генусно значење појма субјекта? Ово друго питање захтева ширење појма субјекта и то не само као апстрактног рационалног принципа у праву, већ и као повртакао на основни циљ марксистичке филозофије — *humanum*.²⁴⁾ Такође, треба истаћи да одговарајући на ово питање, својина, уговор и тестамент не могу бити заобиђени.

Робни односи у социјализму представљају и прву противуречност у настанку комунистичког друштва. Она се појављује као таква, с аспекта реално постојећих односа и чини карактеристику социјализма као прелазног периода. Наиме, робна производња, начелно посматрано, захтева приватну својину над робом, „атомизовано друштво”, на већи број самосталних, међу собом независних произвођача који су формално равноправни и који се повезују преко тржишта.²⁵⁾

²²⁾ Пашуканис: цит. дело, стр. 128.

²³⁾ Пашуканис: цит. дело, стр. 130.

²⁴⁾ Блох, Ернст: цит. дело, стр. 47.

²⁵⁾ Гамс, др. Андрија: Основи стварног права, Београд, 1980. стр. 47.

У социјализму се производња одвија у условима колективне својине која претпоставља производњу за непосредно подмирење потреба свих чланова друштва. Међутим, због ниског степена развоја производних снага, производња у социјализму се организује као робна производња, а што даље захтева основне правне институте, као што су: субјекти, уговор, аутономија воље и тд. На другој страни, колективна својина искључује монопол присвајања, а тиме и постојање власника робе. Противречност између колективне својине и робне производње не може се савладати правним позитивизмом. Међутим, она се може превладати историјско-дијалектичком методом посматрања права.

Основна тенденција робе да се стално размењује на тржишту захтева постојање субјекта. Отуда и потреба за општом правном нормом која регулише правни субјективитет. У грађанском праву субјекти су физичка и правна лица. Суштина субјеката по марксистичкој филозофији изводи се из реалних, друштвено економских односа. Зато се као субјекти могу третирати лица и организације људи (правна лица) који производе у удруженом раду или са сопственим средствима за производњу. Пошто се ради о својини која припада целом друштву и служи за подмирење потреба свих чланова друштва, то се питање субјективитета не може регулисати на општи начин. У зависности од значаја објеката за друштвену заједницу и циља који се њима остварује, правни субјекти у социјализму се морају различито регулисати. То долази отуда што се субјекти у социјализму стварни субјекти, корисници или власници роба коју су произвели својим сопственим радом, и коју морају разменити за новац како би подмирили своје потребе.

У почетку развоја социјализма та размена је унапред одређена и врши се у складу са актима које доноси држава. Унапред одређена размена је објективно условљена ниским степеном развоја производних снага. Касније, она се остварује све слободније јер привредни субјекти добијају већу самосталност. У тој фази, однос човека и ствари још увек се остварује не као „природни, органски однос, већ као правни, и то под утицајем потребе изазване циркулацијом добара тј. првенствено куповине и продаје.²⁶⁾ Само сада субјекти нису апстрактни субјекти „уздигнути у небеса“, већ појединци и њихове организације који ограничено располажу друштвеним средствима — стварима, и у томе своје односе обликују кроз уговор, самоуправни споразум или договор. То истовремено значи, да правна теорија, уговор мора третирати као инструмент размене робе произведене својим радом. Позитивно право мора тако да уреди технику уговарања и споразумевања да она гарантује принцип расподеле према раду, повећање продуктивности рада, мотивацију за рад и повећање укупног друштвеног производа. У одсуству било ког монопола над економским добрима (а што се веома тешко остварује) уговор не може представљати неправичан инструмент и позитивно право социјализма мора искористити то средство правне технике. Штавише,

²⁶⁾ Пашуканис: цит. дело, стр. 132.

правним нормама се мора онемогућити заштита оним субјектима који уговором остварују интересе супротне основним принципима марксистичке филозофије.

Због недовољности материјалних добара и потребе њиховог рационалног коришћења, као нарочити субјект у грађанском праву јавља се и држава, односно друштвено политичке заједнице. Она је и „нарочити” субјект својине у социјализму као прелазном периоду. Држава није једнаки и равноправни субјект у грађанскоправном односу, већ наступа са империјумом власти. То се огледа у праву нормативног одређивања положаја осталих субјеката у грађанском праву, али и у изузимању себе као субјекта који поседује посебна овлашћења. То, такође, не онемогућава апстрактан појам субјекта у грађанском праву. Међутим, треба истаћи, да такав положај државе у социјализму произилази из потребе за централним управљањем средствима за производњу након њихове експропријације од приватних власника у социјалистичкој револуцији. У тој фази социјалистичког развоја друштва постоји извесна нејасност у погледу права на приватно и јавно. То се одражава на све елементе права. Међутим, она то јесте само у односу на дотадашњу традиционалну поделу на јавно и приватно право. Социјалистичко право посматрано као самостојна појава карактерише се присуством и јавноправних и приватноправних елемената у истом односу, и то није нешто што упућује на паралеле са феудалним друштвеним системом. Зато позитивно право мора то да прихвати као реалност.

Друго је питање, што такав положај државе ограничава реалну основу положаја осталих правних субјеката и може да доведе до негације основних принципа марксистичке филозофије која је окренута ка човеку и његовом положају. Наиме, човек као основни правни субјект и субјект друштва, уопште, може себе као субјекта и као генеричко биће остварити уз слабљење значаја државе и као органа власти и као субјекта са посебним овлашћењима. Зато правни систем у социјализму мора јачати стварни положај човека као правног субјекта и као субјекта уопште. То се несумњиво мора почети од његовог правног положаја у грађанскоправном односу. То је однос међу људима поводом материјалних добара и он омогућава реални положај субјекта у праву. Утолико је Пашуканис у праву. Само једнак и равноправни положај људи у грађанскоправном односу, поводом материјалних добара (која омогућавају људску егзистенцију) може остварити стварно својство субјекта у праву, али и његово претварање у „ванправни” појам субјекта у „органском” односу према природи.

Чини се, да правна теорија социјалистичких земаља није довољно пажње обратила на то питање. Боље рећи, она се најчешће задржала на општим питањима субјективитета у грађанском праву, прихватајући имплиците наслеђене ставове у вези са субјективитетом.

На другој страни, грађанскоправна теорија, нарочито, у вези са социјалистичком — колективном својином, негира постојање субјекта јер он није више власник средстава за производњу. Одбацивањем приватне својине, одбачено је и питање субјектата на социјалис-

тичкој својини. У нашој правној теорији настао је под утицајем оваквог гледања велики број теорија које негирају субјекта социјалистичке својине. О томе колико су таква схватања немарксистичка, јер не полазе од реалних односа у друштву, ми нећемо да говоримо у овом раду. Међутим, то само показује да је наша правна теорија изучавала правни систем, пре свега полазећи од позитивног права, не доводећи га у везу са основним вредностима постављеним у марксистичкој филозофији која је филозофија и грађанског права у социјализму. Теорија грађанског права мора суштину свих правних института и појмова тражити у реалним односима у друштву. Исто тако она мора изградити систем вредности који се остварује у грађанском праву, а који је сагласан са принципима марксистичке филозофије. Изучавање позитивног права с аспекта правне норме у социјализму је немарксистички приступ праву и не може остварити циљеве који се пред њом постављају. Само систем права који омогућује одређен систем вредности може се развијати, а социјалистичка права морају створити услове да „стваран, индивидуални човек поврати у себе апстрактног грађанина... да као индивидуални човек постане генеричко биће у свом емпиријском животу, у свом индивидуалном раду, у својим индивидуалним односима”, а „тек када човек упозна и организује своје forces progres (личне снаге) као друштвене снаге, и стога не буде више од себе делио друштвену снагу у облику политичке снаге, тек тада ће човекова еманципација бити довршена”.²⁷⁾

²⁷⁾ Карл, Маркс: Ка Јеврејском питању, Култура, 1958. стр. 424.

COMMENT PREDOMINER LE POSITIVISME JURIDIQUE EN DROIT CIVIL?

— Résumé —

Le droit civil représente une branche importante du droit également dans le système du droit socialiste. Elle naît sur les fondements de la philosophie marxiste du droit.

Cependant, la théorie juridico-civile aborde l'étude du droit civil de l'aspect de normes juridiques ce qu'on peut désigner comme orientation positiviste en matière de l'étude du droit. La prémisse fondamentale du positivisme — la loi, c'est la loi, qui a été à plusieurs reprises introduites dans les théories juridiques des systèmes juridiques capitalistes, examine tous les phénomènes juridiques et les instituts dans les normes juridiques. La philosophie marxiste du droit est profondément antipositiviste parce qu'elle trouve les racines des phénomènes et d'autres formes de la conscience sociale dans les rapports réels économiques de la société donnée.

L'élément fondamental en droit civil, rapport juridico-social, n'est rien d'autre que le rapport entre les hommes à propos des biens matériels. C'est pourquoi leur nature et leur importance doivent être examinés dans ces rapports-ci et selon l'aspect des valeurs lesquelles réalisent dans le socialisme. Les sujets de droit, les objets et tout le contenu du rapport juridico-civil reflétant aussi certains rapports, et les normes juridiques doivent les conformer en accord avec „le programme” des valeurs selon la philosophie marxiste. C'est à dire, le droit positif dans le socialisme doit réaliser la dignité de l'homme et tant que valeur suprême et la plus grande en droit, comme „notion de genus de tout droit de raison”.

La théorie juridique socialiste doit accomplir la reconstruction abstraite des idées de Marx et en conformité avec ses valeurs fondamentales établir l'ordre positif du droit civil. Quoiqu'il soit de caractère transitoire c'est par lui-même que l'on peut réaliser beaucoup de valeurs de la base même de la vie de l'homme, celles qui sont liées à la conservation même de l'homme, mais aussi à toutes les autres liées à lui-même jusqu'aux dernières libertés des hommes. Marx a très tôt conclu que „sans indicateur philosophique il n'est pas possible de se débrouiller dans le 'labyrinthe' de la science juridique”.

ВУК КАРАЦИЋ КАО ИЗВОР ЗА ДРЖАВНОПРАВНУ ИСТОРИЈУ

II део (период фактичке самоуправе Србије)*

Слом Србије у јесен 1813. године значио је крај свих државноправних достигнућа остварених у Устанку. Буна Хаџи-Продана Глигоријевића (септембра 1814) показале да је Милош „добио чест и поверење како код Сулејман-паше и као остали Турака, тако и код народа Српскога код Сулејман-паше што и он не приста с бунтовницима него му оста веран и умири народ, а код народа Српскога што не даде Турцима арати ни робити, него онако лепим начином умири”). Када су Срби следеће године поново почели да се дижу на оружје (најпре у ваљевској нахији), Милош је изабран за вођу новог устанка. Сам по себи, Друти српски устанак није довео до неких значајнијих резултата на плану државноправне изградње, али је допринео да турска власт у Пашалуку постане попустљивија према Србији и спремна на компромисе. Отпочеће период истовременог постојања турских и српских органа власти, уз приметно јачање и осамостаљивање ових других. Кнез Милош постаје стожер фактичке самоуправе и доследан борац за њено формално признавање (које ће уследити тек 1830. године).

Вук је са великим интересовањем пратио људе и догађаје, одnose и установе овога периода и бележио нека од својих запажања. У његовим списима (чији је највећи део битан за нас настао 1828, 1831. и 1832. године) налазимо разнородне податке о процесу фактичког државноправног конституисања Србије²). Највише су они садржани у монографији о Милошу Обреновићу, у Особитој грађи за Српску историју нашега времена (тј. тајним списима о кнезу Милошу), у Вуковом писму кнезу из 1832. и у коментару тога писма³). Прво

*) Први део овога рада (предустанички и устанички период) објављен је под истим насловом у Зборнику радова Правног факултета у Нишу, књ. XXIII, 1983, стр. 331—346. На страни 338. том приликом се поткрала и једна грешка — напомена под 20) треба да гласи: Писмо кнезу Милошу, Вук Стеф. Караџић, Историјски списи, Београд 1969, стр. 225.

¹) Милош Обреновић, кнез Србији, или Грађа за Српску историју нашега времена, (у Будиму 1828), стр. 67. (даље: М. Обреновић)

²) У овом периоду Вук је у Србији боравио у више наврата; 1816, 1820—21, 1822, 1827, 1828. и од јуна 1829. до септембра 1831. године (овог пута је Вук радио у законодавној комисији и као председник београдског суда)

³) Чак се може рећи да је за државноправну историју коментар писма значајнији као извор, јер у писму Вук износи своју концепцију будућег уређења Србије, а у коментару даје оно што је стварно било.

што се уочи у овим радовима је да су кнез и његова околина скоро непрестано у средишту свих Вукових интересовања и казивања. Готово је сигурно да многе значајне моменте из овога периода он не би забележио да нису били у ближој или даљој вези са кнезом. Изгледа да је Вук, мада свесно то није желео, подлегао тадашњој друштвеној атмосфери у Србији у којој се осећала свеprisутност „отца и избавитеља” кнеза Милоша. Кнежев ауторитет и страховлада нису, међутим, засенили Вука; он му не пориче стварне заслуге за постепено извлачење Србије испод турске власти, али се, са друге стране, не двоуми да га окарактерише као „дравог тиранина и највећег безаконика”.

Неупоредиво мање пажње Вук је посветио осталим државно-правним установама које се јављају у овом периоду. Истина, за њих је и у стварности било мало места уз једног владара који је „неограничени господар од живота, од имања, од живљења и од чести свију људи који у Србији под његовом владом живе” и који „може свакога човека, без и какве кривице јавно сам погубити или заповедити великоме суду да га осуди на смрт”⁴). Из таквог релативно уског правнополитичког оквира Вук је оставио записе о скупштинама које је Милош држао, о локалној управи и чиновништву, о судовима, суђењу и казнама. Све што је о томе забележио, уз незнатно веће напоре Вук је могао и боље и више — утолико пре што је често био и физички присутан у средиштима државноправног живота Србије овога периода⁵). Његово казивање о државноправном поретку Србије (сем, изузетно, о организацији судства) по правилу никада није исцрпно приказивање појединих важних категорија у установа, већ је најчешће њихова критика — а постојеће стање као да се подразумева. Тако ће Вук, на пример, до детаља описивати како су скупштинске потврђивале наследно кнежевско достојанство, али скоро ништа неће казати о другим питањима која су се износила на скупштинама; са згражавањем ће говорити о појединим очигледно нерегуларним судским пресудама (донетим под кнежевим притиском), али неће оставити никакве записе о томе како су судови радили и пресуђивали у нормалним околностима; задовољиће се општом констатацијом да у Србији „закона написани нема још никакви”, али ништа неће рећи о другим формалним изворима права. Може се наћи још много таквих примера који показују да је њега у државноправном животу Србије више интересовало нешто што је изузетак или крајност, него оно што је било редовно, уобичајено.

ГРАБА ЗА СРБИЈУ КНЕЗА МИЛОША

Захваљујући донекле и променама у односима великих сила после Наполеоновог пораза, Турска је прихватила да се Други уста-

⁴) Особита граба за Српску историју нашега времена (Тајни списи о кнезу Милошу Обреновићу), Вук Стеф. Караџић, Историјски списи, Београд 1969, стр. 148. (даље: Особита граба, Историјски списи).

⁵) О Вуковом раду у Милошевој законодавној комисији видети: Д. Николић, Правни покушај изrade грађанског законика у Србији, 1829—1835. године, Зборник радова Правног факултета у Нишу, књ. XXI, 1981, стр. 397—412.

нок оконча компромисом. Нови београдски везир Марашли-Али паша се крајем 1815. године споразумео са Милошем о будућој *мешовитој српско-турској управи* у београдском пашалuku. „Истина да Срби и Турци тада никаки уговор о миру нису писали — бележи Вук — али Милош после с пашом уговори ово (за које се говори да је после и ферманима потврђено): 1. да се Турци не мешају у купљење дације, него кнезови сами да је купе; 2. код свакога муселима да седи по један српски кнез и без овога кнеза да муселим не суди Србима ништа; 3. у Београду да седи дванаест кнезова (од сваке нације по један) у канцеларији, да суде Србима за веће кривице, па кога нађу да је за смрт, да га предаду паши да се погуби; и дацију од кнезова да примају и паши предају. Тако Срби поделе владу и господство с Турцима. Паша остане господар у градовима над Турцима и над муслиманима, а Милош у земљи над народом и над кнезовима”.⁶⁾ Овај усмени споразум и фермани издати у корист Срба почетком 1816, биће (уз VIII тачку Букурешког мира) полазна основа за изграђивање фактичке самоуправности Србије после 1815. године.

Упоредо са сталним захтевањима код Порте да формално призна самоуправу Србије, Милош је радио и на учвршћивању сопственог положаја. Почевши још од Таковске скупштине (која га је 1815. изабрала за старешину Устанка) он је своје замисли најрађе остваривао преко *скупштине*, дајући тако својим потезима формално демократски карактер. „У Београду на скупштини 6. Нојемврија 1817. године потврде га писмено оба митрополита (...) и три архимандрита (...) и кнезови од свију нација за наслѣдственога књаза (...) и закуну се да ће га слушати. Тако и 1826. године у месецу Маргу учине кнезови и кметови из доњи нација у Асан-пашиној паланци, а из горњи у Ваљеву”⁷⁾.

Вук уочава да су скупштине биле у ствари Милошево оруђе које је он успешно користио и у наступима према Порти и у спровођењу унутрашње политике. „Пред сваку је скупштину — каже Вук — Милош најпре припремио све оно шта оће да му се на скупштини избере и потврди, па кад се скупштина састане он само пошале међу тобожње народне депутирце кога од своји саветника и писара, те кажу шта господар оће и одма напишу и, пошто он одобри, потпишу (...) Читајући Милош из новина да у Француској и у Англији депутирци долазе на скупштину с пуномоћјама, пред Крагујевачку скупштину у почетку 1830. године у својој канцеларији напише пуномоћија и разашље кнезовима, те раздаду онима који полазе на скупштину (...)”⁸⁾ Осим констатације да „све најзнатније скупштине у Србији за Милошева владања су састајане само за то да се он у чину и господству своме потврди и утврди”, Вук није оставио скоро никакве друге записе о делокругу рада скупштине. Тек индиректно сазнајемо да је кнез на скупштинама повремено правдао своју уну-

⁶⁾ М. Обреновић, стр. 132.

⁷⁾ Исто, стр. 139.

⁸⁾ Коментар к писму моме, писаном Милошу Обреновићу 12. Априлија 1832. год. Вук Стеф. Караџић, Историјски списи, Београд 1969, стр. 236. (даље: Коментар писма, Историјски списи).

трашњу политику указивањем да „блиско време” када ће се у Србији завести слобода трговине и донети закони⁹⁾.

Када је однео победу у борби за врховну власт (нарочито ликвидирањем Народне канцеларије), Милош је настојао да и *локалну управу* што више потчини себи, у чему је углавном и успео: „Милош је неограничени господар у Србији — пише Вук 1828. године. После њега су први чиновници кнезови који се у три реда могу разделити: 1. главни или најјски кнезови који имају читаве најје под собом, као што је Милошев брат Јован над најјом Рудничком, Милошев брат Јефрем над најјом Шабачком, Ваљевском и Београдском, Василије Поповић над најјом Пожешком, Милосав Здравковић над најјом Бупријском, Милован Кукић над најјом Пожаревачком, Атанаско Марић над најјом Ужичком. 2. Кнезови над кнежинама као што су (...) Од пре су се и сеоске старешинџе звале кнезови сеоски, но сад се они зову главни кметови. Милош сазива кнезове на обичне скупштине о Бурђеву дне и о Митрову дне, кад се свршују рачуни и разрезају порезе, али он и у друго време може ји сазвати кадгод нађе да је потребно”¹⁰⁾. Обележја локалне самоуправе су потпуно ишчезла; нахијске и кнежинске кнезове поставља непосредно кнез, а кметове у селима и варошима такође „већа власт”¹¹⁾.

Постепено преузимање државних послова од турских органа и централизације власти тесно су повезани са *израстањем чиновничтва*. О овом, све бројнијем друштвеном слоју у Србији, Вук се веома неповољно изражава, окривљујући Милоша да и сам доприноси рђавости чиновника. „Као год што Милош може од сваког простака, од најлуђе будале и од највећега допова и обещењака начинити првог чиновника, тако може и свакога чиновника без и кака узрока избацити из службе са свим, или га преместити на већу или мању службу, као што и ради готово сваки дан (...) Тако има људи који су по неколико пута све чинове и службе у Србији прошли и натраг и напред, па ни данас не знаду шта су (...) Сва ова избацавања и премештања бивају обично без и кака узрока, по јединој вољи и заповести Милошевој; ако ли је он рад још већма да осрамоти онога кога избацује или премешта, он или подговара кога те га тужи, или сам каже какав год узрок, а нико не сме испитивати је ли узрок ис-

⁹⁾ М. Обреновић, стр. 160.

¹⁰⁾ Исто, стр. 188.

¹¹⁾ Вук је забележио који су разлози натерали Милоша да 1830. године укине звања кнежинских и нахијских кнезова: „... Он је истина 1816. г. био задовољан именом кнез, но будући да су се сви народни чиновници осим писара и буљубаша звали кнезови, зато се он у своме печату и потписима назове књаз. Но по времену чујући да је књаз и кнез једна реч и да Руси свакога српског кнеза зову књазом, он заповеди те се на актима начињеним на скупштини у почетку 1827. године нико не потпише кнез, него се сви кнезови назову исправницима; но по том чујући да су исправници у Каравлашкој велика господа, он после другога саветовања са својом свитом како би се чиновници назвали да много не значе, заповеди на скупштини у почетку 1830. године да се кнежински и средњи кнезови у напредак зову капетани (а кнежине и срезови капетаније), а најјски исправници или сердари (...) Око истога времена заповеди Милош да се осим њега (и, за невољу, његови синова и браће) нико не зове господаром него господином”. — Особита грађа, Историјски списи, стр. 181.

тинит или није. (. . .) Од пре, док су били кнезови, мислило се да су пи чину најстарији членови, или по обичном говору, кнезови великога суда, па најјски кнезови, па кнезови судова најјски, па кнежински и срески кнезови; но сад (ово је писано крајем 1831. и почетком 1832. године — Д. Н.) које због овога премештања, или управо рећи протеривања чиновника, које због наметнути им нови имена, не зна се ни ко је од кога старији, ни како ћеш где кога зовнути¹²⁾.

Према свим чиновницима се Милош односио као према својим слугама, али је звање локалног старешине било бар економски привлачније него звање *судије*. „Но како год што је за свакога кнежинскога и срескога (а камо ли најјскога) кнеза била казана да га преместе и у велики (а камо ли у најјски суд), тако је исто и сад за капетане, једно за то што они по најјама код своји кућа живе мирније и повољније коликогод налик на људе, а друго што им народ ради све пољске и домаће послове, а многи и сами тргују; у Крагујевцу пак, морају да живе као робови, послови им кућевни пропадају, а онде добитка никакога, већ ако им се која цркавица у готову новцу да¹³⁾. У ово време је чиновнички позив био привлачнији за „туђоземце“ него за Србе из Кнежевине. Вук објашњава и зашто: „... што се сваки кога он (Милош) избере мора службе примити и што је онај који служи, ни за какав узрок не може по својој вољи оставити! (. . .) Има људи по најјским судовима који би драговољно платили на годину дана онолико колико они плате имају, па кад би се могло да живи мирно и слободно код своје куће и да гледају своје послове“¹⁴⁾.

Уз такво чиновништво Милош је и формално био највиша власт у земљи. „Данас у Србији правитељства у правоме смислу ове речи нема никаквога, него сте цело правитељство Ви сами“ — опомиње га Вук у свом писму 1832. године. При томе је он био незадовољан што се кнез окружио таквим људима који по својим моралним особинама, а још мање стручним квалитетима никако не би смели да имају тако велики утицај на њега какав су имали. „Између осам његови бивши и садашњи секретара — каже Вук у коментару писма — само би се Лаза Тодоровић који се родио у Србији и Алекса Поповски који је као бачић из Мацарске пребегао у Србију могли извадити, а од остали шест, тројица су (Аврам Петронијевић, Димитрије Давидовић и Цветко Рајовић) праве пропалице (и уз то Цветко скитница светска), а тројица (Павле Теодоровић, Сима Урошевић и Стефан Радичевић) злочинци (Verbrecher) који су за злочинаштва своја у тавни-

¹²⁾ Исто, стр. 191, 192.

¹³⁾ Исто, стр. 193. Овде је Вук забележио да је сваком капетану било одређено од пореске главе по два посленика на годину, али се кулучило и много више. Чланови великог суда су имали највише 400 талира на годину, стан и храну, а чланови најјских судова (уз стан и храну) по 100 талира годишње. Капетани имају 100 до 300 талира, али када се томе дода бесплатна радна снага „излази им по 5 пута толико“ каже Вук.

¹⁴⁾ Исто.

цама и на робији бивали! А и осим секретара нису много бољег карактера ни они туђоземци који су из Турске Милошу у службу дошли (...)"¹⁵⁾

Непостојање *писаног права* је главна карактеристика правног поретка Милошеве Србије, нарочито у периоду до 1830. „Закона написани нема још никаки, него се суди по разуму и по обичају” — бележи Вук 1828. године. За такво стање он је склон да окриви кнеза који је „толико пута на скупштинама јавно обрицао да ће се издати закони и друго којешта да ће се поправити и уредити, па ништа! (...) Истина да је он често говорио да су закони нужни у земљи, али му је опет кашто излетала реч да је боље владати и управљати без закона, јер вели, онако се човек веже за артију па не може да чини ни зла ни добра (...)”¹⁶⁾ Лична и имовинска несигурност је ишла у прилог кнезу и његовој ужој околини.¹⁷⁾ Они су у овом периоду приграбили за себе велика богатства, што преко монополисане трговине и других полулегалних извора, што путем отворене отимачине. „Милош својевољно располаже и имањем свију људи у Србији, тако да нико ни одшта није прави господар. Он своје ползе ради расељава села (...) Он креће људе од њиови кућа и премешта у друге наије (...) Он узима људима за своју потребу, или квари, куће, воденице (...) Милошу сва земма (се) мора радити коликогод он оће и где оће и шта оће. Код дворова његови у Крагујевцу, у Пожаревцу, у Баточини, у Београду, у Раковици и Топчидеру околна села секу и вуку дрва, вуку сено из поља, заграбују, ору, сеју, копају, жању итд. Чак из Ужичке и Сокоске наије долазе људи те косе у Крагујевцу и Топчидеру, а кад се сено купи, онда се истерају не само мајстори и трговци и њиове калфе и шегрти, него и жене и девојке (...) Заграбују се у јесен читаве планине да само његове и његови ортака свиње жир једу, заграбују се читава брда и долине ради зверињака (...)”¹⁸⁾ Када је кнез дочуо да код удовице Николе Николајевића (кога је он погубио 1821) има новаца „дотера жену у Крагујевац, а

¹⁵⁾ Коментар писма, Историјски списи, стр. 238. Да би поткрепио своје тврђење Вук наводи да је Милош 1829. за првог члана београдског суда (магистрата) и трговачког судију поставио Панту-Аци-Стоила, „скитницу и пропалицу из Македоније, човека више луда него сулудаста”.

¹⁶⁾ Исто, стр. 235, 236. Кнез је био толико непостојан и вероломан, каже Вук, да се нико није могао ослонити на његову реч, обећање или заклетву. „Кад какву нову уредбу постави, његови дворани обично говоре између себе да ће трајати до прве мене”.

¹⁷⁾ Упознат са оваквим стањем Вук у свом знаменитом писму из 1832. предлаже кнезу шта би требало најпре урадити у Србији: „... Ваљало би дати народу правичу, или, као што се данас у Европи обично говори, конституцију (...) да се сваком човеку осигура живот, имање и чест; да свако свој посао, који ником није на штету, може радити по својој вољи, и по својој вољи живети; да сваки човек зна шта му ваља чинити, да се не боји нити Вас, нити икога другог; да нико никога не може на силу натерати да га служи (...) По ову правичу и законе не треба народу само обрећи, него ваља на великој скупштини објавити и заклету се, да ће се тако држати, и утврдити да је онај сваки, био ко му драго који би то погазио и преступио, непријатељ народа и отачанства и да ће му се као таквом судити (...)” — Историјски списи, стр. 217, 218.

¹⁸⁾ Особита грађа, Историјски списи, стр. 194, 196. и 197.

код куће јој праметну и дрво и камен, док негде не нађу у једној ћупи 700 дуката, које све он узме (...)''¹⁹⁾ Вук је навео још доста сличних примера богађења кнеза или његове околине без икаквог правног и моралног основа.

Задруга је још увек давала чврст оквир имовинским, али и брачним и породичним односима.²⁰⁾ Међутим, чак и у тим односима завладала је извесна несигурност (нарочито око закључења и развода брака) произашла из кнежеве склоности да са људима збија неумесне шале. „Милош обично распушта оне мужеве и жене који се после без икакве сметње могу наново женити и удавати (...) И људи и жене овакве распусне књиге (бракоразводне пресуде — Д. Н.) не знајући шта у њима пише, чувају и где им затребају показују, као и праве да су; и многи попови, не знајући спрдњу Крагујевачку и видећи код потписа Амиџина²¹⁾ какав печат, као н.п. што је Раванички на мом пасошу, примају и оваке књиге за истините.²²⁾ Чуо сам из Милошеви уста да је Амиџа један пут у Пожаревцу до подне овако распустио 14 жена с мужевима. А да би се и с венчањем могла збијати спрдња, Милош је у Крагујевцу уредио једно особито ново венчање (...) И људи који се тако венчавају мисле да су венчани као што иде по закону (...) Мени је Милош ово венчање фалио много пута, докле се један пут 1829. године није догодила прилика те сам га очима видео, кад се венчавала једна млада жена из Шапца, која је у Каравлашкој имала жива мужа (...)''²³⁾

О *организацији судства* Вук је забележио више него што је о суђењу и казнама. „И првије година само су по варошима муселими с кнезовима судили Србима, а по селима су Срби, не само за мале кривице, него и за главу судили; а од 1820, од како се Милош завадио с Али-пашом, Срби судове са свим присвоје себи, а мусели-

¹⁹⁾ Исто, стр. 195.

²⁰⁾ „Срби живе понајвише у задрузи: у Ђекојим кућама има по 4, по 5 ожењени људи, а једноглаваца је мало. Коликогођ има у кући ожењени људи, толико око куће има вајата, па у кући само једу заједно и спавају у њој бабе и старци; а остали свако са својом женом и с дјецом спава у своје вајету без ватре и љети и зими. Око Ђекојим газдински кућа стоје вајати и остале зграде (н.п. амбари, чардаци, качаре) као мало сеоце. У свакој кући има старјешина који влада и управља кућом и свим имањем: он наређује ђетиће и момчац куда ће који ићи и шта ће радити; он држи кесу од новца и брине се како ће платити арач, порезу и остале дације (...) Старјешина није свагда годинама најстарији у кући: кад отац остари, он предаје старјешинство најпаметнијему сину (или брату или синовцу) ако ће бити и најмлађи; ако ли се догоди да који старјешина не управља добро кућом, онда кућани изаберу другога (...)” — Географическо-статистическо описаније Србије, Даница за 1827, стр. 100. и 101.

²¹⁾ Сима Милосављевић Паштрмац (назван Амиџа) је био економски надзорник на кнежевом двору, али га је Милош сматрао за свог саветника и у свим другим пословима (а како се види из Вукових списа, и за саучесника у понижавању или исмејавању људи).

²²⁾ На пасошу увредљивог садржаја који је издат Вуку 1829. године био је ударен печат манастира Раванице (са годином 1374). „По свој прилици је Милош овај печат за то узео из манастира, што му се учинило да овако лепу и наочиту ствар, која показује као неко господство и власт, нико осим њега не треба да има, па сад стоји у његовој канцеларији”, објашњава Вук у Особитој грађи, Историјски списи, стр. 170.

²³⁾ Исто, стр. 176, 177.

мимо остане само да суде Турцима. Од тога времена поставе се по свим најјама магистрати, а године 1825. намести се у Крагујевцу велики народни суд (...). И од пре је од они кнезова који би ваљало да седе у Београдској канцеларији понајвише ишло уз Милоша, а у Београду су само по неколика седели, које ради договарања с Турцима, које ради суђења Београђанима (нашег закона) и најви Београдској. Но будући да је људма из целе Београдске најје доста далеко ићи у Београд на суд, зато се магистрат ове најје лане намести у селу Рогачи, а у Београдској се канцеларији држе само два — три човека ради договарања с Турцима и уз то суде Београђанима (...). Сад је дакле први суд у селу код главног кмета (који, с договором остали кметови може, особито немирним људма и скитачима, који иду од казана до казана, ударити до 25 батина), а од сеоског се суда иде најјском магистрату, од магистрата великом суду, од великог суда Милошу, а како он нађе за право, онако мора бити (...). Сваки се човек може тужити на кнежинскога и на срескога кнеза магистрату, а на магистрат и на главнога кнеза (нахијског — Д. Н.) великом суду".²⁴⁾

Казне су судови одређивали по сопственом осећању правде и правичности. „За мање су кривице обично казне бој и затвор, а за крађу и глоба (у народну касу), колико украдена ствар вреди (тако крадљивац мора двапут украдену ствар платити, или је вратити и једанпут платити)".²⁵⁾ Телесних казни су, према Вуку, изгледа били ослобођени, изузети од телесног кажњавања, само чиновници, али „писари и секретари не броје се међу чиновнике као ни учитељи, за то се и бију (...). Првога секретара великог суда народног Боку Протића (садашњег президента истог суда) — бележи Милош 1831-32. године — повали Милош јавно на маџка, па му удари 60 батина што се свadio са својом женом и тастом".²⁶⁾ Телесне казне над свештеницима су се такође јавно извршавале. „Године 1826. окриви Милош Карановачкога проту да је подговорио Карановчане да се туже на њиова кнеза Петра Лазаревића и зато му удари 50 батина; а сутра дан прота остане обешен и изађе глас да се од срамоте обе-сио".²⁷⁾

Чак и из ових малобројних Вукових записа се види оно што је познато и из других извора, да је кнез Милош важио за врховног судију у земљи, али да је такође често био и тужилац и извршилац казне. Поготову су тешке казне биле смишљане за организаторе и учеснике у бунама (које су за Милошеве прве владавине биле скоро редовна појава). Тако Вук пише о двојници београдских

²⁴⁾ М. Обреновић, стр. 191, 192. и 193. Судије су лаици. Гражећи крајем 1831. године пензију од српског правитељства и уверавајући кнеза да једино жели да се бави књижевним пословима, Вук је своје одбијање да се врати на место председника београдског суда оправдавао и тиме да „за президента магистрата најје и вароши Београда може се наћи готово у сваком месту човек, који ће, у данашње време, све оне послове свршавати као и ја (...)" — Вукова преписка, Београд 1907—1924, књ. II, стр. 95—98.

²⁵⁾ М. Обреновић, стр. 192.

²⁶⁾ Особита грађа, Историјски списи, стр. 191.

²⁷⁾ Исто, стр. 190.

учитеља који су ухваћени као учесници Чарашећеве буне 1826. године: „... одсеку Мијаилу (Белисављевићу — Д. Н.) обе руке више шаке и мало језика, а Петру (Радосавкићу — Д. Н.) и његову ортаку само по десну руку и по мало језика ...”²⁸⁾

Када се у Баковој буну 1825. године показало да народна војска није поуздана за гушење народног незадовољства (јер се солидарисе са побуњеницима), Милош је приступио организацији *стајаће војске*. О овом моменту значајном за процес државноправног оформљења Србије, Вук је забележио: „Још 1826. године почео је он неколико људи егзерцирати, као Европејске солдате (прем да нису имали једнаки ни аљина ни пушака); а 1829. године слушајући из новина за Руску гарду како се бије с Турцима, у почетку 1830. године изда писмену заповест, те и он из чиновнички и кметовски синова састави себи гарду. Чини ми се да је у почетку било одређено да буде око триста гардиста и обећано је да ће живети господски и да ће од њи у напредак бивати сви чиновници, но не знам је ли кад и пуно двеста састављено и живе као и други солдати (...)”²⁹⁾

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Још неколико речи о Вуковом историографском раду и његовом значају за државноправну историју

Вук је најпре реформатор језика и сакупљач народних умотворина, па тек онда и етнограф и хроничар своје епохе. Занимање за савремену историју он није никада сматрао својом најважнијом преокупацијом. Ипак, његов историографски рад је био веома запажен у Србији XIX века и оставио је значајан траг у нашој историографији уопште. Сврставајући Вука у „писце српске историје” Радован Самарцић је свестрано анализирао његове побуде да се лати тога посла, изворе његових сазнања и веродостојност његових казивања, као и могући утицај европске историографије тога времена на његов метод рада. Уверени смо да ће после Самарцићевог дела проћи још много година до појаве једног новог (макар подједнако доброг) рада о Вуку Караџићу као историчару.

У свом историографском раду Вук је до краја остао доследан начелу које је још на почетку усвојио: „Да кажем како је било, па читатељи сами нека суде”. Свестан свих тешкоћа хроничара тек минулих или текућих догађаја у сложеним друштвеним односима Србије прве половине XIX века, он пише Копитару фебруара 1828; „Гледаћу да не лажем, а истину ће се не буде могла казати, да лијепо прећутим”. Овакав његов однос према писању историје (како су утврдили каснији истраживачи Вуковог рада) произашао је углавном из одушевљења делом Н. Карамзина „Историја руске државе” које је Вук прочитао још почетком 1819. године. Руски историчар Карамзин (са којим се Вук касније и лично упознао), иначе омиљен

²⁸⁾ М. Обреновић, стр. 188.

²⁹⁾ Коментар писма, Историјски списи, стр. 236.

у редовима најистакнутијег слоја руске интелигенције, истакао је у први план да историја треба да служи само истини; задатак је историчара да износи само веродостојне чињенице и препусти их доживљају самих читалаца. И Вук је кренуо тим путем.

Вукови историјски списи настали су углавном на основу три врсте извора: личних успомена (непосредно забележених или касније оживљених), сећања других учесника у догађајима, па тек онда на основу писаних аката. Вук није био вешт у писању историје на основу аката — каже Р. Самарцић — њих је више уносио да би своје излагање илустровао. Чак ни касније (када је штампао 1860. године Правитељствујушчи совјет) он није користио ону грађу о Устанку која је у то време све више објављивана. Многи моменти у Вуковом историографском раду указују да је он другим изворима придавао већи значај него писаној грађи. Разумљиво је онда што се није ни трудио да је прикупља, иако му се она такорећи нудила на сваком кораку. Чак и она малобројнија писана грађа коју је навео у радовима, као да му је доспела у руке више случајно него хотимице.

Посланици на пољу државноправне историје имају доста разлога да жале због оваквог односа Вука према писаној грађи; уз изворе које користе историја уопште, реконструкција државноправног поретка је скоро незамислива без увида у све врсте правних аката и праксу државних органа. У условима потпуног непостојања писаног права у Србији тога периода, када су се правни односи регулисали нормама обичајног права (по којима су и судови пресуђивали), од непроцењивог значаја би било да је Вук сакупио и преписивао макар ону грађу која му је лежала на столу док је 1813. био судија у Брзој Паланци или док је 1829—31. године био члан законодавне комисије и председник београдског суда (магистрата). Међутим, и тада је он био преокупиран језичким истраживањима, јер је, по сопственим речима, на суђењима пажљиво слушао сељаке кад се суде и сваку непознату реч одмах бележио на хартији. Тиме је свакако увећавао фонд Рјечника, али зато није оставио никакве забелешке о тим споровима у чијем је решавању учествовао.

Са друге стране, наука државноправне историје има доста разлога да буде захвална Вуку; без његових списа, слика државноправног живота устаничке и Милошеве Србије би била сиромашнија за једно особено виђење наличја државног и правног поретка. Вук, формално неукључен у механизам израстања државног апарата, посматра и доживљава из непосредне близине све те односе скоро онако како их види и осећа један просечан српски сељак. Било да говори о отимању великаша око власти, или о скупштинама и локалној управи, или о чиновништву, он у своје казивање уноси једну дозу природне оштроумности и проицљивости, често упоређујући како је нешто требало да буде (или се говорило да јесте), и како је „у стварности било”. Таква његова запажања су од огромног значаја и незаменљива су допуна „званичног” лика једног државноправног поретка. Ово се нарочито односи на Особиту грађу и Коментар писма кнезу Милошу. Особита грађа је и настала као резултат Вукове дилеме да можда није, као „љубимац главног јунака” књиге Милош

Обреновић кнез Србији, потомству оставио сувише улепшану „историју нашег времена”. Пишући кнезу писмо, он се трудио да га не ражести и још на почетку истакао своју добронамерност (мада је и такво на Милоша деловало као удар грома); међутим, у Коментару писма Вук није поштедео ни кнеза, ни секретаре, ни локалне управнике, ни судије. Коментар је препун чињеница које до очигледности илуструју силне злоупотребе власти, од највиших до најнижих њених представника.

Вукови списи значајни за државноправну историју Србије незаобилазан су извор за свакога ко се том материјом бави било професионално, било из љубави према нашој прошлости. Као такви, они су нашли одговарајуће место и у свим уџбеницима историје државе и права југословенских народа. Доајен наше правноисторијске науке Драгослав Јанковић их сврстава међу најважније изворе за овај период унутар категорије историјских и мемоарских дела савременика.

Mr Dragan K. Nikolić, assistant

L'OEUVRE DE VUK KARADŽIĆ — SOURCE POUR L'HISTOIRE DE L'ÉTAT ET DE DROIT (II PARTIE)

— Résumé —

Dans la deuxième partie du travail l'auteur continue la présentation des sources importantes pour l'ordre d'état et le système juridique de la Serbie de l'année 1815 à 1830. A cette époque-là, la Serbie n'est formellement qu'une partie de l'Etat turc, mais *de facto* elle est une principauté autonome et pour cette raison cette période est marquée en tant que période de l'autonomie réelle. C'est de cette période que Vuk a laissé les remarques sur les assemblées populaires, le pouvoir du Prince, l'administration locale, les tribunaux, le jugement et les peines, ainsi que sur la bureaucratie qui commence à se développer. En même temps il a inscrit (dans les manuscrits secrets qui sont devenus accessibles au public seulement en l'année 1901) aussi les revers du pouvoir public, de nombreux abus commis par le Prince, des tribunaux et des fonctionnaires.

A la fin du travail l'auteur donne un aperçu sur l'oeuvre historiographique complète de Vuk et sur son importance particulière pour l'histoire de l'état et du droit. Il constate qu'il est une grande perte pour la science que Vuk n'ait pas enregistré plus de documents écrits dans ces travaux et qu'il ait eu davantage recours à ses observations immédiates et à ses souvenirs. C'est parce que tout d'abord il était préoccupé lui-même des travaux linguistique et ethnographique et ensuite par l'acte d'écrire la chronique de son époque. Pourtant ce dont il avait pris des notes a trouvé sa place dans notre science juridico-historique.



НОВИ ДРУШТВЕНИ ПОКРЕТИ — ФЕМИНИСТИЧКИ ПОКРЕТ (НЕОФЕМИНИЗАМ)*

Жена се не рађа као жена, већ то постаје. Никаква билошка, психичка и економска предрепеност не дефинише лик који женка човека добија у друштву; читава цивилизација ствара тај прелазни производ између мужјака и кастрата назван женски род. Искључиво посредовање других може од јединке створити Другог.

Simone de Beauvoir
(Други пол, II том)

Модерно доба, пред чијим противречностима не можемо остати равнодушни, изискује потребу стварања алтернативних друштвених покрета. Ти покрети са собом доносе сумњу у могућност опстанка, *his et nunc*, овако организованог друштва и онога што то друштво рефлектује на сфере економског, политичког, културног бића човековог. За протеклих десет до двадесет година у развијеним земљама Запада на друштвену сцену догађања ступа оно што се данас може јасно издвојити као *нови друштвени покрети*. Нови друштвени покрети су израсли из различитих облика друштвеног протеста; међутим, друштвеним покретом се могу сматрати само они процеси чија се сврховитост огледа у стварању друштва на вишем нивоу развоја. Из онога што јесу и за чим теже у својим теоријама и организацијом своје праксе, види се да су „на све стране бацили рукавицу изазова: модерној држави и етаблираним политичким снагама система; корпорацијској економији и потрошачкој логици савременог капитализма; радничком покрету и класичним снагама оспоравања капиталистичке репродукције; устајалим концепцијама и стереотипним одговорима политичке и друштвене теорије”.¹⁾ Можемо се запитати шта је то ново и друго у овим друштвеним покретима што их одваја од претходних покрета? Јесу ли они заиста алтернатива постојећем друштву и покушај радикалног раскида. Да ли они у себи имају снагу виртуалитета, могућност новог у људском опстанку, или су само облик још једног у низу текућих протеста? Ти

*) Прво поглавље обимнијег истраживања под насловом *Прилог истраживању феномена савременог феминизма*.

¹⁾ Вукашин Павловић, *Алтернативни карактер и еманципаторски потенцијал друштвеног покрета*. „Марксизам у свету”, бр. 3/1983, стр. 5.

нови сукоби, како каже Ј. Хабермас, не настају више у области материјалне репродукције, нису усмерени партијом ни организацијом и не могу се неутралисати компензацијама у оквиру система. Њихово поље деловања је област „културне репродукције, друштвене интеграције и социјализације”,²⁾ и они више нису „подстакнути проблемима расподеле већ се тичу елементарних облика живота”.³⁾

Ако пођемо од тврдње да су нови друштвени покрети и трагања за новим идентитетом, баш у оквиру једне такве констатације можемо пронаћи оно што је *conditio sine qua non* савременог феминистичког покрета. У данашњем развијеном грађанском друштву положај жене одређен је сазнањем и увидом у стварност која је окружује и изнова репродукује, и увидом у могућности раскида са таквом стварношћу, која јој се још увек не допушта. Управо та дискрепанција између стварности и могућности једног дела људског рода условила је настанак и феминистичког покрета у оквиру нових друштвених покрета, који обележавају епоху развијеног грађанског друштва. Савремени феминистички покрет поприма данас карактер масовног покрета. Језгро неофеминизма, његове мисли и праксе још увек своје најпотпуније остварење налазе у развијеним индустријским друштвима Запада.⁴⁾ Јављајући се као алтернатива грађанском друштву, феминистички покрет искорачује из њега, представљајући његову теоријско-практичну критику која сеже у све облике традиционализма и конзервативизма, и свега онога што чини елементе, сегменте капиталистичког, патријархално структурисаног друштва и места жене у таквом друштву. Конфликтност ситуације мушкарац — жена, одвојеност приватне и јавне сфере, однос жена према капиталу (у већини случајева тај однос је посредован мушкарцем) — све то чини да жене почињу да артикулишу себе, данас више него икада.

Сведоци смо све присутнијег интердисциплинарног приступа положају жене у друштву, како кроз теорију (социологија, антропологија, криминологија, право, психологија...) тако и кроз праксу. Таква интердисциплинарност карактерише истраживања положаја жене у производњи, репродукцији, социјализацији и другим областима друштвеног живота.

У литератури која се јавља под именом *Women Studies* (женске студије и / или студије о женама), или пак у литератури која се бави проблемима феминизма и феминистичког покрета, можемо срести дефиниције феминизма, које се разликују онолико колико се разликују феминистички покрети из чијих усмерења оне проишходе. Наша полазна претпоставка за објашњењем појма феминизма је да он данас опстаје и као теоријски и као практични проблем; наиме, налази, своје утемељење на теоријском нивоу, објективирајући се

2) Ј. Хабермас, *Нови друштвени покрети*. „Марксизам у свету”, бр. 3/1983, стр. 39.

3) Исто, стр. 39.

4) Мада се сада може слободно тврдити да се Југославија, са својим теоријским прилозима феминистичкој литератури и расправама о феминизму, укључила у ширење феминистичког „фронта”.

истовремено и на практичном, кроз покрет.⁵⁾ У литератури иначе има много дефиниција феминизма; разлике међу њима говоре о томе да феминизам као појам није једноставно дефинисати управо стога што је као социјално-политички феномен и ангажман диферентан.

Феминизам се заснива на дихотомији мешкарац — жена, на односу супротстављености у коме је „свест жене — свет мушкарца“; то је њихов основни модус. Из субмисивног положаја жене у друштву, конфликтности ситуације односа међу половима, изводиле су се различите дефиниције феминизма. Оне су своје крајње одређење налазиле у зависности од референтног оквира покрета којем су припадале. Слободанка Недовић у свом тексту *Феминистички и раднички покрет* наводи неке од дефиниција феминизма у литератури. Тако, на пример, G. C. Odorisio, у *Историји феминистичке идеје у Италији* (Торино 1980), одређује феминизам као „женску критику положаја жене у друштву и различите покушаје да се он измени“. G. Arrigi у *Историји феминизма* (Фиренца 1911) одређује феминизам као „дискусију о вредности полова као и настојање да се побољша положај жене“ (ову дефиницију, типичну за 19. век, савремени феминизам — са својим захтевима превазилази). J. Mitchell, у *Положају жене* (Лондон 1977), одређује феминизам као „веровање да је утњетавање жена прво и најважније и одвојено од сваког другог контекста“ (то је иначе идеја која је јавила у тзв. радикалном крилу покрета о коме ће доцније више бити речи). Свим овим дефиницијама основна замерка би могла бити једностраност и непотпуност.

Феминизам јесте и скуп идеја али је и акција, ангажман. Он одређује односе међу половима као антагонистичке и конфликтне, *мисли проблем* утњетавања жена, тежи да продре у суштину и узроке тог конфликта и да га конкретном акцијом кроз покрет, ангажман, реши. Оваквом одређењу феминизма додали бисмо и процес „стицања свести“ или, како каже Нада Лер-Софронић, да је ту реч о „тенденцији стварања, артикулације женске свијести ка отпору против подређеног друштвеног положаја, класичне ‘женске улоге’“.

Шездесетих година друштвене прилике у САД (вијетнамски рат, борба црнаца за своја права, студентски покрет), условиле су, баш због увелико замрлог радничког покрета и синдикализма, да се јаве „маргинални политички субјекти с великом ударном моћи, али често са ограниченим домаћајем“.⁶⁾ Из тих превирања, која су захватили многа поља друштвеног живота, уздрмала и поставила знак питања пред друштвену стварност „друштва изобиља“, феминистички покрет — као покрет са посебним интересима — издвојио се и остао, и себи изборио место у друштву, и у себи и у друштву препознао свој аутентични простор за борбу.

⁵⁾ У овом раду мислимо на фазу феминистичког покрета, која се под именом неофеминистички покрет јавља крајем шездесетих година овог века, и тиме потврђује иманентну припадност свему оном што карактерише нове друштвене покрете.

⁶⁾ Рада Ивековић, *Студије о жени и женски покрет*. „Марксизам у свету“, бр. 8—9/1981, стр. 44.

У савременом феминистичком покрету (који се геополитички простире од северноамеричког до западноевропског феминизма), чија је идејна артикулација још увек у току, можемо уочити основна усмерења, од којих су последња два најактуелнија и најангажованија. 1) Реформистичка оријентација пледира за побољшање положаја жене у друштву, интеграцијом у постојећи друштвени систем, али без радикалних резова и сукоба, етаблираним системом; ова оријентација је најстарија, још увек је активна, али нема жар борбе и тражења другачијег и бољег, које носе тзв. 2) радикално крило (радикалне феминисткиње) и 3) социјалистичко (марксистичко) крило (марксистичке феминисткиње). Ове две последње оријентације — можемо их назвати главним — разликују се по томе како виде и објашњавају противречност друштвеног процеса мушкарац — жена, и на који начин организују стратегију ослободилачке праксе жене.

Угњетавање жена, по радикалним феминисткињама, представља проблем од суштинског значаја у свим друштвима, без обзира на начин производње, и само револуција у тој сфери може донети све остале промене. Основни антагонистички однос је однос мушкарац — жена, што подразумева да је то и основни однос доминације и субординације, из кога произилази и женски шовинизам, супротстављен мушком шовинизму, чија је последња консеквенца ништа друго до елиминација једног пола. Ево шта пишу у свом манифесту, о свом покрету, радикалне феминисткиње: „Радикални феминизам сматра да је угњетавање жена у основи политичко угњетавање у коме су жене категорисане на основу свог пола као нижа класа. Циљ је радикалног феминизма да се политички организује ради уништавања класног система заснованог на половима. Као радикалне феминисткиње, ми признајемо да смо ангажоване у борби за моћ са мушкарцима, а да је представник нашег угњетавања мушкарац, уколико присваја и спроводи врхунске привилегије мушке улоге. (...) Радикални феминизам је политички оријентисан јер се заснива на схватању да је једна група појединаца (мушкараца) организовала институције широм друштва, у циљу одржавања своје власти”⁷⁾

За савремену марксистичку теорију и праксу социјалистички феминизам представља једно ново сагледавање односа марксизма и феминизма, у оквиру кога се ова два подручја сагледавања социјалног положаја жене не искључују, већ допуњују. Тако се женско питање, унутар ове оријентације, дефинише са становишта марксистичке и феминистичке критике грађанског друштва. Марксистичка критика социјалног положаја жене полази од критике тоталног капиталистичког начина производње и захтева за општечовечанском еманципацијом, док феминистичка критика своје утемељење налази у критици патријархалне цивилизације и њених модела полне дискриминације. „Грађанско друштво и капиталистички начин производње предузимају облике субординације жена из претходних раздобља субсумирајући их и прилагођавајући их својим потребама, те погор-

⁷⁾ *New York Radical Feminist Manifesto*. Цитирано према: Juliet Mitchell, *Покрет за ослобођење жена*, „Марксизам у свету”, бр. 8—9/1981.

шавајући положај жене”⁸⁾ По овој оријентацији, на чијој позицији и сами стојимо, конфликтност ситуације мушкарац — жена је релативно самостална.

Погледајмо шта о овом усмерењу мисли једна његова аутентична представница, Michèle Barrett, у својој књизи *Потчињена жена*: „Феминизам тражи не само да измени мушкарце или жене, или и једне и друге, какви они постоје данас, већ тежи промени односа између њих. (...) Јер, ако се угњетавање жена учврстило у структуру капитализма, онда борба за ослобођење жена и борба за социјализам не могу бити у потпуности разрешени везе. Исто као што не можемо да замислимо ослобођење жене у условима угњетавања у капитализму, не можемо замислити ни социјализам чији су принципи равноправност, слободе и достојанства укаљани познатим неправдама у односу на пол”. (стр. 243)

Да завршимо мишљење да се ова марксистичко-феминистичка оријентација показала теоријски одрживом и утемељенијом од претходне, што говори о њеној политичкој одмерености и перспективној стратегији.

Друштвени контекст који је провоцирао читав талас неофеминистичког покрета и овакав женски ангажман била је идилична слика Америке, са зашћереном улогом мајке и породице у „малограђанској безидејној идили” (Рада Ивековић), све зачињено потрошачким менталитетом, затим, расцеп јавног и приватног морала, „амерички начин живота” који бежи од одговорности, „друштво изобиља” са граничном ситуацијом богатства и сиромаштва, и оно што је понајвише иритирало — сексизам. Једна таква друштвена ситуација била је претходница онога што смо назвали, и данас називамо, неофеминистичким покретом.

У САД је почело тиме што је покрет жена⁹⁾ успео да оствари свој програм друштвеног преображаја мењајући друштвена, морална правила понаша, културне обрасце, уносећи и законске промене, речју, произведен је цео покрет великих размера у теоријско-практичном смислу, који представља и „одређени културни идентитет”. Иако се за неофеминизам у западној Европи говорило да је само увоз из САД, брзо се показала сва његова специфичност и самосталност, одређена, дакако, и богатим феминистичким наслеђем, али и друкчијим политичким условима утемељеним на резултатима класне и синдикалне борбе, кроз студентске немире и делатност ангажованих интелектуалаца, за време и после 1968, Друштвени услови настајања неофеминизма у земљама западне Европе (Италија, Француска, Енглеска, Немачка) одредили су и проблеме којима се он бави, питања која поставља. Једно од кључних је питање односа класног и

⁸⁾ Др Нада Лер — Софронић, *Марксизам и феминизам*, Предговор у: Мишел Барет, *Потчињена жена*. Проблеми марксистичке анализе феминизма. Радничка штампа, Београд 1983, стр. 7.

⁹⁾ Шта су то истраживале и чиме су се бавиле у својим радовима америчке феминисткиње (многе од тих књига се данас сматрају класиком неофеминизма): женски рад у кући, улога рада домаћице, јавни и приватни живот, полни односи, сексизам, двоструки морал; у истраживањима ових проблема су разоткриле и демистификовале многе америчке митове.

женског, тј. односа марксистичке и феминистичке теорије (који смо одредили у оквиру приказа социјалистичко-феминистичке оријентације у женском покрету). Питање стратегије женског покрета (које није само формални проблем), начина организовања и вођења борбе, ставља се у однос према политичким партијама, политичком систему, самој политичкој пракси, да би се и кроз тај однос поставио проблем феминизма.¹⁰⁾ „Најиме, жене осећају да сви класични облици политичке борбе њих по дефиницији и а priori искључују, и то им се потврђује сваки пут када кроз синдикат и политичке партије покушавају да поставе своје захтеве: они бивају манипулирани, минимизирани, подвргнути другим приоритетима, одбачени”.¹¹⁾ Организација женског покрета супротна је свакој организацији политичких партија (мисли се на партије на власти), и као таква супротна свакој дисциплинованој партији. Отуда је он антиауторитарно, антилидерски и антихијерархијски усмерен, што му уједно онемогућава партиципацију у постојећим облицима борбе.

Последња деценија протекла је кроз борбу за основна грађанска права,¹²⁾ која су и остварена (бар већина), што не значи да се и практично спроводе.¹³⁾ У Француској се могу сагледати две основне струје како у женском покрету тако и у женским студијама: неопсихоаналитичка оријентација и марксистичка оријентација. Високо су вредновани њихови резултати из области психоанализе, филозофије језика и преиспитивања марксизма итд. У СР Немачкој женски покрет бележи успехе на пољу књижевне критике, културологије. Будући да је произашао из леве политичке оријентације, односно социјалдемократије, која женско питање експлицитно не поставља, и ултралевице, где се женско питање губи, феминистички покрет је недовољно размачнут и ограничен. Италијански неофеминизам је у сталној комуникацији са својом политичком и друштвеном ситуацијом, бележи значајне победе (упркос католичкој цркви), његова се реч и чује и очекује. Данас су се у оквиру различитих политичких партија, укључујући и социјалистичке и комунистичке, жене организовале посебно око својих програма и пројеката. Жене западне Европе имају у есенцијалном смислу исти циљ; међутим, организација покрета, теорије којима се руководе, представљају тачке разликовања покрета, у зависности од порекла, културне, друштвене, ин-

¹⁰⁾ Западноевропски неофеминизам је радикално леве политичке провенијенције. Потиче из крила комунистичке или социјалистичке партије, или је још левије оријентације, која одбацује партијско припадништво.

¹¹⁾ Р. Ивковић, *Студије о жени и женски покрет*. „Марксизам у свету”, бр. 8—9/1981. стр. 45—46.

¹²⁾ Право на: абортус, развод брака, на породилско одсуство, запошљавање, законско изједначавање, имовинска права.

¹³⁾ „Управо у овоме је битна разлика између положаја жене у западној Европи и у земљама социјалистичког покрета. У овим последњим, а слично је и са нашом земљом, углавном изостаје мотив за законско изједначавање жена с мушкарцима. Борба би се имала водити само на (не малом) подручју „остваривања” тих права, а ово би захтевало и виши ниво свести и бољу координацију ове борбе са друштвеним или државним институцијама које су формални гарант легислативне равноправности жена”. Р. Ивковић, оп. цит., стр. 46/47.

телектуалне ситуације (што смо покушали објаснити указивањем на две, доиста идејно још увек неартикулисане оријентације у неофеминизму).

Не само да феминизам ствара „другу културу“ (мења постојећу), већ се и сам мења. У првим фазама развоја „било је потребно на сав глас доказивати како су и жене људи. Проблем је требало именовати, артикулирати и успоставити на политичкој разини“. (Славенка Дракулић-Илић) Прво се морало изборити за право на реч, а затим за право гласа. У односу на други пол (мушкарце) жене су постале демократичније. Чини се да више не важи она парола из екстремистичке фазе да „жена треба мушкарца као што риба треба бицикл“. Увидело се да однос међу половима треба уредити заједничким радом, мењати их заједно, али са променом и самог мушкарца, што је — подсећамо — и становиште марксистичког феминизма.

Да бисмо однос мушкарца и жене промислили на општем, универзално-људском плану, и специфично женском, морамо кренути од историјског, традиционалног положаја жене и женског света; на тај начин приближавамо се и сврси овог рада, који је инспирацију нашао у Marcuseovom захтеву за феминизацијом друштва = хуманизацијом, где је, по њему, „битно (...) преокретање израбљивачких и репресивних вредности патријархалне цивилизације, негације њене агресивне продуктивности, које ово друштво, у облику капитализма, репродукује у проширеном стању. Такво фундаментално преокретање свакако не може да буде и није пуки узгредни производ нових друштвених институција. Оно мора своје корене да има у мушкарцима и женама који заснивају нове институције“.¹⁴⁾

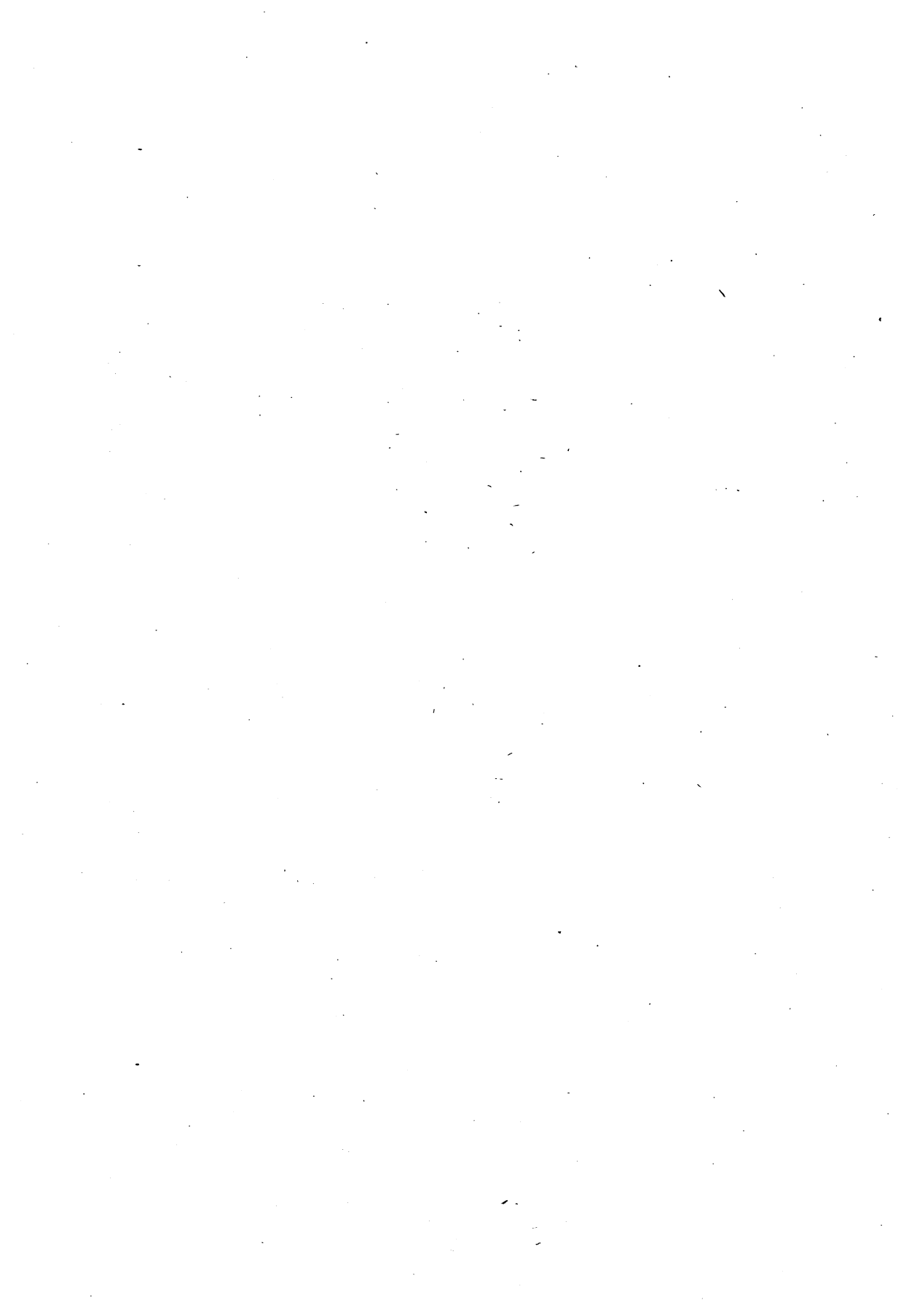
¹⁴⁾ Херберт Маркузе, *Мерила времена*, Графос, Београд 1978 стр. 14.

NOUVEAUX MOUVEMENTS SOCIAUX — MOUVEMENT
FÉMINISTE (NEOFÉMINISME)

— Résumé —

Cette contribution est une partie de recherches plus volumineuses consacrées à l'étude de la théorie et de la pratique du mouvement féministe contemporain. Nous sommes partis de l'hypothèse que l'époque moderne, pleine de contradictions, ouvre la possibilité aux formes alternatives de la vie sociale. C'est bien de la contradiction du réel et du possible, du réel et du progressif différent qu'apparaissent de nouveaux mouvements. De la multitude de nouveaux mouvements nous avons choisi en tant que sujet de notre étude le mouvement féministe contemporain qui pose les problèmes sur la conditionnalité sociale de la discrimination sexuelle. Après avoir traité le contexte social de la naissance du mouvement néoféministe et son orientation encore insuffisamment idéologiquement articulée et politiquement indifférenciée (provenant d'ailleurs de la largeur géopolitique du mouvement féministe), nous nous sommes arrêtés à deux orientations des plus actuelles, telles que: orientation radicale et socialiste (marxiste) dans le cadre du mouvement féministe contemporain.

Изводи из теза



ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПОВРАТА*

1. Уводне напомене

Поврат као друштвени феномен и као облик криминалног понашања стар је колико и криминалитет уопште. Понављање извршења кривичних дела и потреба да се са учесницима поновљених дела поступа другачије него са примарним делинквентима, историјски посматрано уочени су веома давно. У изналажању одговарајућих решења, законодавство и судска пракса изградиле су извесне ставове о строжем реаговању друштва према повратницима. Овакви ставови подржани су и у кривичноправној теорији, која је у свом развоју кроз кривичноправне школе уобличавала научну мисао о поврату, дајући му физиономију самосталног института кривичног права.

Међутим, у последњих сто година дошло је до промена у многим областима друштвеног живота, а нарочито до нових сазнања у наукама о човеку, да се чак ни веома разрађена кривичноправна и криминолошка схватања о поврату из првих деценија овог века, више не могу сматрати за дефинитивна. На несавршеност постојећих решења посебно указује велики удео поврата у целокупном криминалитету. То најбоље потврђују статистички подаци који бележе стални пораст рецидивизма, при чему у неким државама поприма запрепашћујуће размере и достиже половину, а негде и преко тога од укупног криминалитета. Из тих разлога поврат је добио високо место на лествици акутних проблема криминалитета. Стога је он постао стални изазов како науци тако и законодавству, чиме је увршћен у један од најзначајнијих и најактуелнијих проблема савременог кривичног права.¹⁾

2. ПОЈАМ ПОВРАТА

Појам поврата етимолошки потиче од латинске речи „*interum cadere*”, што у буквалном смислу значи поново пасти. Иначе, у нашој свакодневной комуникацији значење термина „поврат” преводи се као: враћање, понављање или поново падање у исту грешку. У науч-

*) Рад представља ауторизовано приступно предавање, које је одржано 8. октобра 1982. године на Правном факултету у Нишу.

¹⁾ Види, др Фрањо Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978., стр. 440.

ној и стручној литератури овај термин се одомаћио; тако да означава поново извршење кривичног дела. Међутим, будући да поврат представља један врло сложен друштвени феномен, за чије је проучавање, истраживање и утврђивање неопходан приступ више дисциплина, то је овако одређивање самог појма недовољно. Та недовољност проистиче, пре свега, отуда што поврат има једно значење за правника који се бави применом кривичноправних прописа, тј. за судију и тужиоца, друго за криминолога који испитује облике, кретање и факторе криминалитета не само као масовне, него и као појединачне појаве, а треће за пенолога који примењује прописе о извршењу кривичних санкција.

Управо, због оваквог различитог методолошког приступа овом проблему, науци није до данас пошло за руком да створи један општи и за све науке прихватљив појам поврата. Стога данас у савременој научној мисли можемо разликовати: кривичноправни, криминолошки и пенолошки појам поврата.

Према кривичноправном појму „под повратом се подразумева поновно извршење кривичног дела од стране лица које је већ било осуђивано за неко кривично дело”.²⁾ Дакле, да би постојао поврат у кривичноправном смислу речи потребно је да осуђено лице поново изврши ново кривично дело. Појам поврата у кривичноправној теорији у почетку се заснивао на објективним елементима, као што су: поновно извршење кривичног дела, одређени временски размак између извршених дела, врсти и броју ранијих казни, итд. То је чисто објективна концепција поврата у којој личност учиниоца кривичног дела није нашла места. Међутим, касније, а нарочито под утицајем позитивне школе, прелази се постепено са чисто објективног појма на објективно-субјективни појам поврата у коме се као конститутивни елементи поврата појављују и неки субјективни елементи, као што су: склоност учиниоца ка вршењу кривичних дела, асоцијални начин живота, професионално бављење криминалитетом и томе слично.³⁾

Данас је појам поврата у кривичном законодавству појединих земаља различито одређен. Поново извршење кривичног дела и ранија осуђиваност су, по правилу, основни, конститутивни елементи поврата. Међутим, готово да нема ниједног кривичног закона који би се у дефинисању поврата задржао само на постојању ових елемената. Поред ових општих елемената, за постојање поврата у кривичноправном смислу узимају се још неки, како објективни, тако и субјективни елементи, као што су: да ли је учиниоцу кривичног дела за раније дело изрицана кривична санкција, да ли је изречена санкција извршена, временски размак између извршених дела, истоврсност кривичних дела, идентичност побуда у извршењу кривичних санкција, да ли је код учиниоца изражена склоност ка вршењу кривичних дела, итд. Савремено кривично законодавство изграђује по-

²⁾ Види, др Љубиша Јовановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1980., стр. 333.

³⁾ Види, др Н. Срзентић, др Александар Стајић и др Љубиша Лазаревић, Кривично право, Општи део, Београд, 1978., стр. 390.

јам поврата узимањем једних и других елемената. Комбинација ових елемената омогућује велико шаренило у дефинисању кривичноправног појма поврата, при чему сваки законодавац настоји да му да одређени криминално политички значај. Другим речима, одредбама о поврату „законодавац изражава свој став о том феномену, даје оријентацију за практичну криминалну политику и показује у којој мери усваја нове криминолошке тековине. Осим тога, законским одредбама одређују се и начин и димензија друштвене реакције на поврат. Због свега тога, управо легално односно законско одређивање поврата заслужује посебну пажњу и интерес”.⁴⁾

За разлику од кривичноправног појма поврата, који је, пре свега, заснован на формалноправним критеријумима, криминолошки појам поврата полази од извршења новог кривичног дела без обзира да ли је учинилац осуђиван за раније кривично дело или не. Дакле, за криминолошки појам поврата битно је да је учинилац извршио више од једног кривичног дела исте или различите врсте, при чему сама осуђиваност за раније кривично дело није нужан услов за његово дефинисање. Шта више, према схватању појединих теоретичара, криминолошку дефиницију треба проширити и на кривична дела која су извршена, али нису откривена. Тако, проф. др Т. Марковић сматра да „неоткривени рецидивизам има такође своје проблеме, који не могу бити ван интереса друштва и без чијег познавања нема комплексног сагледавања проблема, нити утврђивања адекватнијих мера у поступању”.⁵⁾

Разликовање кривичноправне од криминолошке дефиниције поврата резултат је чињенице да криминологија шире приступа изучавању проблема поврата. Она се не ограничава само на изучавање законских прописа, односно услова за постојање поврата, већ се преваходно оријентисхе на изучавање личности поврата, утврђивања узрока који су довели да се лице појави као поновни извршилац кривичног дела, као и на изналажењу одговарајућех мера и средстава у процесу ресоцијализације повратника. Дакле, криминолошки појам поврата полази, пре свега, од схватања да се само путем свеобухватне анализе криминалног понашања учиниоца може добити укупна представа о природи и значају криминалних склоности личности, а што је то све од непроцењиве вредности за успешну борбу против рецидивизма. Међутим, у настојању да оствари тај свој циљ криминолошка дефиниција носи у себи једну заједничку карактеристику, а то је да је преширока, тако да у извесном смислу напушта и оне неопходне елементе кривичноправне дефиниције поврата. Отуда је потребно да криминолошка дефиниција поврата задржи опште оквире кривичноправне дефиниције поврата у оној мери колико је то нужно, али и да иде даље од тога, настојећи да кроз проучавање лич-

⁴⁾ Др Богдан Златарић, „Легални аспект поврата”, „Проблеми поврата”, XVIII међународни курс из криминологије, Београд, 1971., стр. 342.

⁵⁾ За шире схватање појма поврата највише се залаже професор лондонског Универзитета Др Герман Маннхајм. Више о томе види Др Томислав Марковић, Рецидивизам — третман рецидивиста (докторска дисертација), Загреб, 1964., стр. 28—30.

ности делинквената најпотпуније и најдубље осветли ову изузетно сложену друштвено негативну појаву.

За разлику од претходних дефиниција, пенолошка дефиниција поврата ствара ипак најмање проблема у погледу елемената на основу којих се једно лице сматра повратником. Према овој дефиницији, под повратом се подразумева поновно долажење учиниоца кривичног дела у казнено поправну установу или у другу установу, ради извршења кривичне санкције за кривично дело које је извршио након издржане казне за претходно кривично дело. Прецизније, повратник је свако оно лице које после издржане казне лишења слободе за претходно кривично дело ступа поново у казнено поправну установу због извршења новог кривичног дела. Поновно долажење учиниоца кривичног дела у казнено поправну установу најчешће се доводи у везу са неадекватним третманом у току издржавања казне.⁶⁾ Нема сумње да ако се према осуђеном лицу не примени одговарајући пенолошки третман, онда се не може ни очекивати успешна ресоцијализација па је самим тим нормално што ће се такво лице појавити као поновни извршилац кривичних дела. То, међутим, није једини узрок поврата. Може се десити да и поновљени третман не покаже жељене резултате. То значи да се поновно вршење кривичних дела не може увек тражити у неуспешном третману. Тако се може догодити да поновно извршење кривичног дела настане као резултат таквих околности и чињеница које немају никакве везе са извршењем првог кривичног дела. Исто тако, ако осуђено лице више не врши кривична дела, то не мора да значи да је резултат успешног третмана у казнено поправној установи, већ то може бити резултат многих других фактора који су утицали да не дође до поновног вршења кривичних дела. Отуда, неки теоретичари с правом стављају примедбе и сугестије на она схватања која појаву поврата објашњавају искључиво неадекватним третманом осуђених лица.⁷⁾

Дакле, на основу свега изложеног, можемо констатовати да се зависно са кога се становишта полази у изучавању овог појма, поврат може посматрати у: кривичноправном, криминолошком и пенолошком смислу речи. Свака од ових дефиниција представља одређени допринос у разјашњавању проблема поврата. Њихово даље продубљивање треба да омогући изналажење нових садржаја у осветљавању овог друштвеног феномена, како би се могла водити што успешнија борба у његовом спречавању и сузбијању. Нова и боља решења проблема поврата на законодавном плану могу се очекивати само у вези с даљим развојем криминолошких и пенолошких достигнућа. Отуда, кривично право мора стално, перманентно да прати сва та научна сазнања и да своја решења усклади са тим достигнућима. Једном речју, уз помоћ тих сазнања, кривично право мора непрекидно да тражи нове путеве како би успешније могло деловати у сузбијању овог друштвеног зла.

⁶⁾ Др Милан Милутиновић, Криминологија са основима криминалне политике и пенологије, II издање, Београд, 1973., стр. 194.

⁷⁾ E. Johnson, Crime, Correction and Society, Homewood, Illinois, 1964 с. 626—628, цитирано према др М. Милутиновићу, оп. цит. стр. 195—196.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПОВРАТА

Разноликост у дефинисању појма поврата одразило се и на саму његову правну природу, што још једном указује на сложеност ове проблематике. Наиме, у кривичноправној теорији посебно се расправљало питање правне природе поврата. Други речима, кривичноправну теорију највише је заокушао проблем саме суштине поврата. Уствари, поставило се питање шта је поврат. Да ли је то околност која утиче на одмеравање казне или околност која утиче на оцену кривичне одговорности, или, пак, нешто друго. У тражењу одговора на ово питање, у кривичноправној теорији углавном постоје три основне концепције односно схватања.⁸⁾

Према првом схватању, поврат је само околност код одмеравања казне, која може да делује као отежавајућа или поопштавајућа околност. Наиме, према схватању ове теорије, поврат показује да раније изречена казна, како по врсти и износу, тако и по начину извршења, није позитивно деловала на учиниоца кривичног дела, па је стога у случају поновног извршења кривичног дела потребно казну повећати.⁹⁾ Дакле, присталице ове теорије сматрају да се само строжом казном може заштитити друштво од криминалитета, односно рецидивизма. Строже кажњавање у случају поврата инспирисано је, пре свега, криминално-политичким разлозима, тога периода. У тежњи да сузбије даљи пораст рецидивизма, кривично законодавство XIX века предвиђало је појачану репресију према најопаснијим делинквентима, сматрајући да се једино тим путем може вршити заштита друштва од криминалитета. Многи теоретичари тога периода, а међу њима нарочито познати мислилац кривичноправне науке А. Фојербах, залагали су се за строже кажњавање рецидивиста, мислећи да се на тај начин могу постићи најбољи генералнопревентивни циљеви казне. Тежиште борбе против рецидивизма тражило се искључиво у појачаној репресији, што је истовремено био један од главних недостатака ове теорије. Успешна борба против рецидивизма не може се водити само појачаном репресијом, без сагледавања саме личности повратника. Поврат није ништа друго него само манифестација те личности, па је стога потребно обратити посебну пажњу на изучавање његове личности.

Према другом схватању, поврат није само околност која утиче на одмеравање казне, већ је, пре свега, околност која битно утиче на повећање кривичне одговорности учиниоца кривичног дела. Повећана кривична одговорност код дела у порасту резултат је испољене упорности повратника, који због таквог става мења субјективни елемент кривичног дела, а тиме мења и тежину тог кривичног дела. Извршењем новог кривичног дела учинилац манифестује своју скло-

⁸⁾ Упоредити Др Љубиша Јовановић, *Кривично право...*, стр. 333; Др Јанко Таховић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1961., стр. 276; и Др Бора Чејовић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1979., стр. 411.

⁹⁾ Др Љубиша Јовановић, *Кривично право*, оп. цит. стр. 333.

ност ка вршењу кривичних дела, чиме повећава кривичну одговорност, која се непосредно одражава на строже кажњавање таквих делинквената.

Према мишљењу неких теоретичара, основ теже кривице зависи од јачине антисоцијалне свести повратника. Уколико је та свест интензивнија, а што ће се видети из извршених кривичних дела, утолико је кривица већа. Слично мишљење заступају и други теоретичари. Тако, Бози сматра да би објашњење о већој кривици повратника требало тражити у израженој злочиначкој склоности, која настаје као резултат пропуштања у сагледавању мотива извршења кривичног дела. Новел дефинише поврат као посебно стање, антисоцијално стање, против кога се треба борити применом поштрене казне. Указујући на посебан кривичноправни значај поврата, Новел констатује да је поврат „убедљив симптом повећане кривице из чега произилази поштравање казне као једина праведна и природна последица”.¹⁰⁾ Скоро сви теоретичари овог схватања, уз различиту аргументацију, једногласни су у своме ставу да су рецидивисти, због испољене опасности и веће опасности, коју су манифестовали извршењем новог кривичног дела, у већој мери одговорнији у односу на примарне делинквенте, те је стога према њима потребно применити строже казне. Дакле, у основи ове концепције лежи објашњење по коме је поврат околност која непосредно утиче на повећање кривичне одговорности, из чега произилази строже кажњавање таквих делинквената. Строже кажњавање повратника има преваходно за циљ неутрализацију злочиначког стања испољеног поновним вршењем кривичних дела.

Најзад, према трећем схватању, за које се може рећи да је данас највише присутно у кривичноправној литератури и у позитивном законодавству, поврат је околност која указује не само на повећану кривичну одговорност учиниоца, већ и на повећан степен опасности учиниоца кривичног дела у поврату. Поврат није обична околност као и друге околности које суд узима у обзир приликом одмеравања казне. Напротив, поврат је посебна, специфична околност, због тога што обухвата целокупну личност учиниоца кривичног дела, који извршењем новог кривичног дела испољава склоност ка вршењу кривичних дела, чиме доказује да нормално кажњавање, односно редовне мере кривичне репресије нису биле довољне за његово поправљање. Даље, поврат повезује ново кривично дело са целокупном криминалном прошлошћу учиниоца дела, где посебно указује не само на већу тежину тог дела, већ првенствено на повећани кривични потенцијал такве личности. Стога, поврат није случајна околност, као друге околности одмеравања казне, већ је израз те личности, па према томе представља трајну околност и као такав, сам за себе, представља извесну опасност.¹¹⁾

¹⁰⁾ Цитирано према др Р. Купчевић — Млабеновић, Рецидивизам кривичног права (докторска дисертација), Сарајево, 1963., стр. 93—95.

¹¹⁾ Др Јанко Таховић, Кривично право, Општи део, Београд, 1961., стр. 277.

Дакле, строже кажњавање резултира из повећане друштвене опасности повратника и повећане кривичне одговорности, које стоје у односу повезаности.

Поред ових схватања, треба рећи да постоје и таква схватања према којима је строже кажњавање у случају поврата неоправдано.¹²⁾ Неоправданост проистиче из чињенице што се строжим кажњавањем повратника у односу на примарног извршиоца нарушава принцип пропорционалности, односно сразмерности, који треба да постоји између кривичног дела и казне. Даље, неоправдано је теже кажњавање у случају поврата и због тога што је за раније кривично дело казна већ издржана, чиме би се, уколико би до тога дошло, у великој мери повредио принцип правичности у кажњавању делинквентата. Такође, ни са субјективне тачке гледишта поврат не мора увек да повлачи теже кажњавање. Наиме, може се десити да мотив повратника код новог кривичног дела буде далеко мање аморалан у односу на примарног извршиоца, те би и са те тачке гледишта било неправично теже га казнити.¹³⁾ Исправност оваквог схватања поткрепљено је досадашњим искуством, које показује да се проблем поврата не може решити само појачаном репресијом.

Савремена кривична законодавства у погледу правне природе поврата нису јединствена. Различите концепције о правној природи поврата непосредно су се одразиле и на законодавном плану. Отуда је данас и у законодавству ово питање различито регулисано. Сва законодавна решења, и поред бројних разлика које су више специфичног карактера, могу се сврстати у три основне групе.

У прву групу спадају она законодавства која поврат третирају искључиво као поопштравајућу околност. То су углавном она законодавства која у оквиру законске регулативе о поврату познају само једну категорију повратника, односно којима су непознате друге категорије повратничког понашања. Такав случај имамо у кривичном законодавству САД, СССР, Чехословачке и Мађарске. Одребене разлике постоје само у погледу начина тог поопштравања, тако што једни предвиђају ограничено поопштравање, док други дозвољавају и неограничено поопштравање казне.

Другу групу, која је истовремено и најбројнија, чине она законодавства која предвиђају према обичним повратницима поопштравање казне, док према професионалним делинквентима, делинквентима из навике и делинквентима по тенденцији предвиђају поред казне и посебне мере безбедности. У ову групу спадају Француска, СР Немачка, Италија, Бразил, Норвешка и још неке земље. За разлику од претходне групе која познаје само једну категорију повратника, ова група познаје више категорија повратника. Даље, поред казне овде се предвиђају и посебне мере безбедности, које обухватају лишење слободе а извршавају се после издржане казне. Трајање ове мере

¹²⁾ Ово мишљење заступали су Carnot у Француској, Carmignani у Италији и други раније познати теоретичари. О томе види детаљније, J. Sackler, *Der Rückfall, Eine kriminalpolitische und dogmatische Untersuchung*, Berlin, 1912., стр. 97—100.

¹³⁾ Др Љубиша Јовановић, *Кривично право ...* стр. 334.

различно је регулисано тако да се креће од релативне одређености до потпуне неодређености. Тако, је нпр. у неким законодавствима одређен и минимум и максимум трајања ових мера (Енглеска), док је у другим само минимум (Швајцарска, Данска, Бразил и др.), односно максимум (Норвешка), да би у трећим законодавствима оне биле предвиђене као мере потпуно неодређеног трајања (СР Немачка и Белгија). Иначе, коначну оцену о оправданости примене ових мера уз постојање одређених услова, у највећем броју случајева, препуштено је суду, који је једино овлашћен да у сваком конкретном случају одлучи да ли ће поред већ изречене казне применити и меру безбедности.

Најзад, трећу групу чине она законодавства која предвиђају јединствен третман за повратнике, који у себи укључује примену једне посебне кривичне санкције. Такво законодавно решење данас налазимо у кривичном закону Енглеске и Шведске.¹⁴⁾ Тако, у Кривичном закону Шведске према опасним рецидивистима примењује се сигурносни смештај, као посебна кривична санкција, под условом да је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора у најмањем трајању од две године, а да истовремено његово морално стање и услови живота указују да је нужно дуже лишавање слободе.¹⁵⁾ Сам сигурносни смештај, као посебна, специјална санкција, обухвата заводски третман и третман на слободи. Заводски третман, као прва фаза сигурносног смештаја спроводи се у сигурносном заводу, а његово трајање одређује суд у времену од једне до дванаест година. Третман на слободи је по свом карактеру доста сличан условном отпусту или условној осуди са заштитним надзором, јер се осуђени, уколико се не придржава одређених обавеза, може поново вратити у заводску установу.

После овако укратко датог прегледа, с разлогом се поставља питање у коју се од ових група може сврстати наше кривично законодавство. Мишљења смо да је наше законодавство најближе кривичним законима прве групе, тј. оним законима који према повратницима предвиђају казне као једину кривичну санкцију. Наиме, у чл. 41 и 46, који иначе регулише проблематику поврата, једино се предвиђа казна као мера друштвеног реаговања према повратницима. То значи да се ради о делинквентима код којих се не доводи у питање кривична одговорност, тако да је казна основна мера у процесу његове ресоцијализације. Међутим, као изузетак од овог правила, наш Кривични закон дозвољава могућност да се и повратнику који је кривично дело извршио у стању битно смањене урачунљивости и опасан је за околину, може изрећи уз казну и мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, ако се утврди да је то потребно (чл. 63 ст. 3 КЗ СФРЈ), као и мера обавезног лечења алкохоличара и наркомана (чл. 65 ст. 2 КЗ СФРЈ).

¹⁴⁾ Др Љубиша Лазаревић, Казне и мере безбедности у савременом кривичном праву, Београд, 1969., стр. 105—110.

¹⁵⁾ Види, Кривични законик Шведске (превод), Издање Института за криминолошка и криминалистичка истраживања, Београд, 1967., Гл. XXX, стр. 117—120.

Наше кривично законодавство поврат посматра као околност која указује на повећану друштвену опасност учиниоца кривичног дела и узима се приликом одмеравања казне као околност која може бити отежавајућа или поопштравајућа, што искључиво зависи од врсте поврата, односно да ли је у питању једноструки или вишеструки поврат. Уколико се ради о једноструком поврату, суд може таквом делинквенту изрећи казну до посебног максимума предвиђене казне за то дело, за разлику од вишеструког поврата где му суд може изрећи казну и у двоструком износу, с тим да не пређе општи максимум прописане казне. Дакле, не улазећи дубље у анализу свих ових елемената, можемо констатовати да наш законодавац поврат разматра у оквиру проблематике о одмеравању казне. Мислимо да је оваква оријентација нашег законодавства исправна. Поврат мора припадати овој проблематици, јер се ту може најбоље сагледати његова суштина, а не проблематици кривице, како су неки сматрали, иако је поврат немогуће посматрати без кривице.

LA NOTION ET LA NATURE DE LA RÉCIDIVE

— Résumé —

Dans la littérature scientifique contemporaine les trois notions hétérogènes de récidive sont présentes: récidive criminelle-juridico-criminologique et pénologique sur lesquelles les législations, en utilisant certains éléments, font actuellement leurs visions de la récidive en tant qu'institution. Ce triple caractère de récidive, avec de différentes conceptions, a été l'objet des considérations d'un grand nombre de congrès internationaux dans les fins d'élaborer une définition généralement acceptable de la récidive. Cependant, jusqu'à l'heure actuelle, la science n'a pas réussi à formuler une définition générale de la récidive acceptable pour toutes les sciences.

L'auteur s'est adapté dans ce travail à la notion juridico-criminelle de récidive car celle-ci fondée sur des éléments éprouvés. Ce qui a contribué à une telle décision c'est que les autres définitions sont ou trop larges ou trop étroites. C'est pourquoi la récidive est définie en tant que répétition de l'exécution d'une infraction de la part d'une personne étant déjà condamnée pour un acte criminel.

La diversité dans l'action de définir la notion de récidive s'est reflétée aussi sur sa nature juridique, ce qui prouve une fois de plus sur toute la complexité de la problématique. Par l'intermédiaire de l'analyse et la généralisation des explications concernant l'essence de la récidive, l'auteur est arrivé à la conclusion qu'il existe trois conceptions: selon la première, la récidive est une circonstance qui influe sur l'appréciation de la peine; selon la deuxième, c'est une circonstance qui influe essentiellement sur l'augmentation de la responsabilité pénale; selon la troisième, qui est prédominante dans l'opinion crimino-juridique contemporaine et comme telle admise dans ce travail, la récidive est une circonstance particulière qui démontre sur le danger social augmenté et par là sur la responsabilité pénale augmentée et que de telle manière influe sur la punition plus sévère. Aussi dans la législation pénale yougoslave la récidive est-elle considérée comme circonstance démontrant sur le danger social augmenté du récidiviste criminel et prise lors de l'appréciation de la peine en tant que circonstance aggravante ce qui dépend exclusivement de la sorte de la récidive, c'est à dire s'il s'agit d'une récidive simple ou complexe.

РАЗНА ТЕОРИЈСКА СХВАТАЊА О КРИМИНАЛИТЕТУ ЖЕНА

Жени као извршиоцу кривичних дела није поклоњена довољна пажња ни у кривичном праву ни у криминологији. Сматра се да је криминалитет пре свега „мушка појава” и да су кривични закони писани од мушкараца и за мушкарце. Криминологија веома мало говори о женама преступницама, јер је у потпуности концентрисана на понашање мушкараца, а о жени преступници се говори само у оквиру делинквентних типова. Ово није само резултат предрасуда око улоге полова у друштву, већ чињенице да су мушкарци у свим земљама и свим историјским периодима извршили далеко више кривичних дела од жена, пре свега кривичних дела насиља. Због тога се у већини криминолошких радова криминалитет жена само узгредно разматра уз криминалитет мушкараца. Поред тога, међу писцима који су покушавали да објасне криминалитет жена не постоји сагласност у схватањима о факторима који условљавају овај криминалитет. Једина чињеница коју сви прихватају је статистички доказана мања стопа криминалитета жена од криминалитета мушкараца,¹⁾ као и тврђење да, ако је криминалитет у целини загонетка, онда је још парадоксалнији и необјашњивији развој женског криминалитета.²⁾ Ипак, у последње време, нарочито у америчкој литератури констатије се да стопа хапшења жена расте у Америци много брже од стопе хапшења мушкараца преступника и то како у глобалном криминалитету, тако и за поједина кривична дела. Сем тога, на „злогласној листи најтраженијих” FBI више није неуобичајно видети и женска имена.³⁾ У Савезној Републици Немачкој се, поред навођења

1) Стопа криминалитета жена је различита у појединим земљама и за поједина кривична дела, али се углавном креће од 11—20%. Према статистици DDR и BRD удео женског криминалитета у укупном криминалитету износи 12% али је различит код појединих кривичних дела. Тако је он скоро двоstrуко већи код лажних оптужења и кривоклетства — цит. према Cremer Carl Gustav: Untersuchungen zur Kriminalität der Frau, Kriminalwissenschaftliche Abhandlungen, Band 7, Verlag Max Schmidt — Rönhild, Lübeck, 1974. У нашој земљи однос између криминалитета мушкараца и жена варира, али се према судским статистикама креће у размери 1:5 а у броју осуђених на казне лишења слободе 1:10.

2) Lange Richard: Das Rätsel Kriminalität, Alfred Metzger Verlag Frankfurt am Mein, Berlin, 170., с. 16.

3) Од 1960—1972. у САД је број жена ухапшених због пљачке порастао за 277% а број мушкараца за 160%; због проневере 200—280% за жене а 50% за мушкарце; због крађе 303% за жене и 82% за мушкарце; због провале 168% за жене и 63% за мушкарце, док у убиствима и тежим нападима стопа мушкараца и жена подједнако расту. „Листа најтраженијих” FBI пос-

„специфично женских преступа” (самоизазивање абортуса и чедоморство), као и оних у чијем вршењу жене нешто више учествују (крађе, проневере, преваре, подвођење), истиче да је од 1968. у сталном порасту учешће жена у терористичким акцијама и политички мотивисаним криминалним нападима.⁴⁾ Све ово показује да проучавању криминалитета жена треба посветити више пажње иако је он квантитативно мањи од криминалитета мушкараца.

Међу писцима који су покушали да објасне због чега постоје разлике између броја кривичних дела која врше мушкарци и оних која врше жене, као и узроке криминалитета жена, постоје разлике у схватањима. Тако је могуће издвојити неколико група схватања према основној оријентацији писаца који су их заступали.

Прва група обухвата биолошко-психолошка схватања чији су заступници Lombroso, Exner, Mezger, Sauer, Middendorff и други. Lombroso, представник антрополошке теорије, на основу антропометријских мерења, створио је концепцију „рођене преступнице” и „рођене проститутке”. Он је вршећи аутопсије доказивао да су неке жене на основу структуре костију лобање и других физичких карактеристика предодређене за вршење одређених типова злочина. „Рођена преступница” представља двоструки изузетак: као преступник и као жена. Криминалитет је изузетак у грађанском друштву, а криминалитет жена је изузетак у криминалитету, јер је примитивна жена више проститутка него преступница. Жена криминалка је чудовиште грешно и безочно. Сем тога, Lombroso је истицао проституцију жена као еквивалентну замену за криминалитет жена, као и то да је мање учествовање жена у злочину само привидно, јер, када би се случајеви проституције додали бројкама женског злочина, те бројке би достигле и претиле криминалитет мушкараца.⁵⁾ Жене кроз различите форме проституције, која није у свим облицима кажњива, врше деликте против својине, најчешће преваре и крађе.⁶⁾ Концепција Lombrosa о рођеној преступници и проститутки претрпела је крити-

тоји од 1950. и до 1968. на њој није било имена жена, тако да је 1968. била новост видети име Rut Eiseman—Schier's убачено у списак због учешћа у киднаповању и тражењу откупа. Пет месеци касније појавила се на листи друга жена осуђена због убиства и побега из затвора у Флориди. Од тада се на овој листи стално налазе жене које су извршиле убиства, пљачке банака, киднаповања и разне друге агресивне делатности. — Цит. према Adler Fredi: *Sisters in crime, The rise of the new female criminal*, Copyright 1979 by Freda Adler, Mc Graw-Hill Book Company, с. 16 и 19.

⁴⁾ Чланство жена у терористичким групама износи близу 50% 1978. 38 лица је било у притвору због терористичких акција, од тога је било 18 жена, а од 60 осуђених на казну/затвора било је 38 жена. Жене терористи учествују у најспектакуларнијим иницијативама у припремању и помагању акција или преузимају водећу улогу у терористичким групама (Ulrike Meinhof, Gudrun Esslin) — цит. према материјалу European Committee on Crime Problems — H. Einsele: *Female Criminality in the Federal Republic of Germany*, Strasbourg, август 1980, с. 37.

⁵⁾ Lombroso/Ferrero: *Des Weib als Verbrecherin und Prostituirte*, Hamburg 1894, с. 408.

⁶⁾ Bauer Fritz: *Des Verbrechen und die Gessellschaft*, Ernst Reinhardt Verlag, München/Basel 1957, с. 53—58.

ке у склопу критика концепције о рођеном злочинцу, али је такође критиковано Lombrosovo тврђење да се старије проститутке криминално понашају. Неким истраживањима је утврђено да проститутке после завршене „каријере“ не постају криминалке.

Ехнер је тврдио да активност мушкараца и пасивност жена настају као природна последица разлике у половима и да главну улогу у криминалитету жена имају биолошке особине жене.⁷⁾ Исто схватање је заступао и Mezger, који је истицао првенствени значај ендогених фактора на криминалитет жена.⁸⁾ Према Sauerg криминалитет жена произилази првенствено из физичке структуре жене и њеног позива материнства.⁹⁾ Middendorff је заступао гледиште да „свако истраживање треба да пође од фундаменталних биолошких, физичких и психолошких разлика између човека и жене“. Наводио је испитивања криминолога Ameluxena, према коме су жене „ближе преоклу живота него мушкарци“¹⁰⁾. Ameluxen је криминалитет жена повезивао са генеративним процесом код жена (менструација, порођај, климактеријум) који врше значајан утицај на психолошку ситуацију жене и вршење појединих кривичних дела (чедоморство, побачај, крађа по робним кућама).¹¹⁾

Биолошким факторима се објашњавао криминалитет жена истицањем њихове слабије телесне конституције за вршење деликата насиља, постојањем генеративних фаза, конституцијом женских хромозома и мањим нивоом хормона андрогена.

Повезивање телесне снаге и конституције жена са криминалитетом кретао се у правцу негирања овог утицаја¹²⁾ и истицања да мања телесна снага жена утиче на психички склоп личности жене а самим тим и на криминалитет.¹³⁾ Истраживања типологије телесне грађе Кречмера и Шелдона нису се посебно односила на женски пол.

Међу биолошким теоријским схватањима највише је схватања о утицају генеративних фаза жена на криминалитет. У основи ових схватања су емпиријска истраживања о деловању менструације, трудноће, порођаја и климактеријума на вршење кривичних дела код женског пола.

У старијој криминолошкој литератури доводио се у везу менструациони процес (пременструм, права менструација, постменструм) са криминалитетом жена. Доказивало се како пораст телесне и душевне лабилности и раздражљивости у време менструације непосредно

7) Exner, F: Kriminologie, Berlin, 1949.

8) Mezger: Kriminologie, цит. према Симовић Верици: Криминалитет жена, докторска дисертација, с. 131.

9) Симовић Верица: Криминалитет жена, с. 131.

10) Middendorff Wolf: Sociologie des Verbrechens, Eugen Diederichs Verlag, Düsseldorf/Köln, 1959., с. 248—256.

11) Ameluxen, dr Ch.: Die Kriminalität der Frau, цит. према Симовић В., с. 132.

12) Pollak, Otto (The criminality of Women) сматрао је да је у данашњем времену напретка технике неречно повезивати слабију физичку снагу жене са криминалитетом који више није упућен на физичку снагу приликом извршења појединих кривичних дела.

13) Mannheim: Comparative Criminology, цит. Cremer C. G.: Untersuchungen zur Kriminalität der Frau, с. 180—183.

дно утиче на предузимање деликата, као што су: крађе из продавница, паљевине, фалсификовање, увреде, клевете, супротстављање државној власти, убиства.¹⁴⁾ Када се ради о вршењу крађе, често се наводи пример крадљивица из робних кућа у Паризу 1864. — од 56 жена које су извршиле крађу 35 или 63% у време крађе имало је менструацију.¹⁵⁾ Према Hirschmann-и жене које су иначе поштене краду за време менструације и климактеријума. Те крађе су, сматра Hirschmann, повезане са сметњама вегетативних, ендокриних функција, размене материја у организму, спутавања нагона и психомотористике.¹⁶⁾ Сва наведена схватања још увек нису довољно емпиријски доказана, тако да немају општи карактер, па је везу између менструације и извршеног кривичног дела могуће посматрати једино у појединачним случајевима.

Један број судских психијатара и криминолога испитивао је везу између трудноће и криминалитета.¹⁷⁾ Физиолошке и психолошке промене у време трудноће, које могу да захвате и интелектуалну сферу осећања и воље, могу да имају криминогено дејство нарочито код вршења крађа. Ова схватања, заснована углавном на народном веровању, објашњавала су да труднице врше крађу због постојања такозване „жудње за поседовањем“.¹⁸⁾ Други су указивали на повећан број афективних деликата, на пример увреде, повезујући вршење ових кривичних дела са могућим поремећајем штитне жлезде у трудноћи.¹⁹⁾ Изузимајући неколико аутора, који су негирали везу тога трудноће са криминалитетом сматрајући да трудноћа делује пре на повлачење из околине и избегавање конфликта, остали се углавном слажу да трудница због стања у коме се налази може да изврши крађу или увреду а у завршној фази трудноће — приликом порођаја — чедоморство.

Веза између климактеријума и криминалитета жена мање је теоријски а више емпиријски проучавана. У појединим истраживањима запажено је да психичка лабилност и општа раздражљивост у предклимактеријуму и климактеријуму могу да буду криминогени фактор код појединих деликата, као што су крађе у робним кућама, увреде, кривоклетства, паљевине и убиства. Жена у климактеријуму склона је самоубиству и депресији, породичном убиству или продуженом самоубиству, када убија чланове породице, најчешће децу,

¹⁴⁾ Legrand du Saulle, цит, према Lombroso/Ferrero: Des Weib als Verbrecherin und Prostituierte, с. 364.

¹⁵⁾ На повезаност менструације и крађе указивали су: Epps, Jarosch, Miranda, Gerschow, Hirschmann, Ochmann, Coeloo и др.

¹⁶⁾ Bauer Fritz: Das Verbrechen und die Gessellschaft, Ernst Reinhardt Verlag, München/Basel, 1957., с. 53—58.

¹⁷⁾ Weinberg, S.: Über den Einfluss der Geschlechtsfunktionen auf die weibliche Kriminalität, Juristisch-psychiatrische Grenzfragen, Bd. VI, 1 (1907); Stransky, E: Biologie und Pathologie des Weibes, VI, 2 Aufl. 1954.

¹⁸⁾ Schmidt, G.: 2. bl. f. d. ges. Neurol. u. Psychiatrie, Bd. 92, с. 99, цит. према Trube — Becker, E.: Frauen als Mörder.

¹⁹⁾ Tomorug, Vernea, Scibu and Basilescu, Acta med. leg. soc. Bd. 16, 1963., с. 47—56.

а затим извршава самоубиство.²⁰⁾ Ипак, постојећа теоријска и емпиријска истраживања још увек нису довољна да би се климактеријум сматрао значајним криминогеним фактором уопште, посебно фактором криминалитета жена.

У оквиру теоријских схватања биолошки оријентисаних писаца, постоје схватања везана за генску основу и деловање прекобројних хромозома на криминалитет жена. Поједини писци су истицали да одступање од нормалне конституције женских полних хромозома (хх), односно прекобројни „х” хромозом, може да доведе до малолетности, али не и агресивности, опште неприлагођености и криминалитета као код мушкараца са прекобројним „у” гонозомом (хуу).²¹⁾ Мерген је тврдио да недостатак „у” гонозома утиче да су жене мање криминалне и да унутар криминалитета показују мање агресивне црте. Сем тога, постоје и схватања да су жене заштићене од „склоности ка криминалитету” и због нижег нивоа хормона андрогена, који се сматра хормоном агресивности. Хипотезе о утицају прекобројних хромозома и нижег нивоа андрогена на криминалитет још увек нису у довољној мери потврђене.

Биолошка схватања су критикована и то нарочито она која су истицала да је мања телесна снага жена разлог за мање вршење кривичних дела. Противници ових схватања су истицали да је агресивност могућа без снаге тела, да недостатак физичке снаге замењује примена технике и да се ознака „снажан провалник” више не примењује у свом стереотипном значењу, јер провале могу да буду извршене и без нарочите телесне снаге и величине тела.²²⁾ Биолошким схватањима се може замерити да су једнострана, јер не узимају у обзир дејство социјалне средине на криминалитет.

Психолошким факторима се објашњавао криминалитет жена истицањем типичне „женске пасивности” насупрот мушкој активности, мање агресивности, веће плашљивости, осећања зависности и беспомоћности, веће емоционалности, слабог самопоуздања. Све ове

²⁰⁾ Middendorff Wolf (Sociologie des Verbrechen) наводи пример 60-годишње удовице која је убила сина дан пре свадбе кухињским ножем док је спавао. После је покушала да изврши самоубиство. Објаснила је да је свог најдражег на свету убила зато што није могла да поднесе да га „дели” са другом женом.

²¹⁾ Claus Leder, Hans: Frauen und Mädchenkriminalität, Kriminalistik Verlag, Heidelberg 1978, с. 28—29.

²²⁾ Pinatel (Biologie et responsabilité, с. 674) позивајући се на Lise Moor; тврди да истраживања показују да лица са Клинефелтеровим синдромом (који одговора присуству прекобројних хромозома х) показују изразито немужски телесни склоп са веома развијеним куковима и уским грудним кошом, смањену длакавост, атрофираност тестиса, полну немоћ и неплодност. Према неким истраживањима Клинефелтеров синдром је распрострањенији међу делинквентима него међу неделинквентима мушког пола. Код жена није запажена значајнија корелација између хромозомских аберација и криминалног понашања — цит. према Аћимовић Михајлу: Правци криминалне психологије, с. 38. Вишак хромозома „х” код жене изазива понекад компензујућу агресивност; она се веома разликује од агресивности изазване прекобројним „у” хромозомом и требало би је довести у везу са комплексом мање вредности од кога пате ти мушкарци према којима је природа била сурова — цит. према Lilar Sizan: Дијалектика мушког и женског, Гледишта, 9—10/1981., с. 94.

особине додељују жени у поређењу са мушкарцем велики биопозитиван утицај који стабилизује њихову психу и одвраћа је од вршења кривичних дела. Према психолошким схватањима „женска пасивност“ објашњава мање учешће жена у деликтима који се одликују агресивним нападом и активношћу; женска „тенденција ка непоштењу“ повезује се са релативно великим уделом жена у клеветању, лажном оптуживању и убиствима отровом; велика „женска емоционалност“ пружа објашњење за вршење увреде као сопствене форме напада жена и повећане раздражљивости.²³⁾ Психолошка схватања која издвајају неке „типично“ женске психичке особине и доводе их у везу са криминалитетом жена, не могу бити прихваћена због своје једностраности. Друштвена условљеност психологије оба пола долази до изражаја у области криминалитета. Одребене психичке особине личности жена преступница откривене емпијским истраживањима (постојање агресивности која се више испољава на вербалан начин; у погледу емоционалности — тест ММПИ — појачану склоност ка интравезији са сензитивношћу, брзу спремност за разочарање, емоционалну лабилност, емоционалну незрелост) друштвено су условљене.

Друга група схватања о социјално-економским факторима као главним узроцима криминалитета жена има велики број присталица (Sutherland, Caven, Caldwell, Ely von de Werker, Clarence Darrow, Napoleone Colajani, Dora Melegari, Cornelis Loosjes, Jean Finot, Etienne de Greeff, L. Radzinowicz и други). Према присталицама овог схватања криминалитета жена се објашњава различитим положајем мушкараца и жена у друштву. Жене због тога што су великим делом искључене из друштвеног живота имају мало прилика за вршење кривичних дела за разлику од мушкараца. Још је Quetelet указивао да се мали удео жена у криминалитету може да објасни њиховим животом у друштву. Исто објашњење дали су Starke, Aschrott, Földers и Scheel. Colajanni је истицао да жена има једно специфично условљено место у социјалном простору. Bonger је објашњавао да ограничени социјални радијус радњи жена буди само мало потребе имовинским криминалитетом а мали социјални контакт са трећим лицем често искључује њихову агresiју. Он је упоредио жену у социјалном простору са биљком у стакленој башти од које је уклоњен сваки утицај који води до деликта.²⁴⁾ Феномен женског криминалитета за Sutherlanda је искључиво продукт социјалне несамосталности жене и он је различит унутар различитих култура, држава и региона у државама. Као доказ за ово тврђење Sutherland је наводио да у земљама у којима жене уживају највећу слободу и равноправност

²³⁾ Ова схватања заступају Wulfen, Sauer, Exner, Roesner.

²⁴⁾ Quetelet: Sur l'homme et le développement de ses facultés I, ou essay de psysique sociale: Bd II; De l' influence du sexe sur le penchant au crime, с. 204; Starke: Verbrecken und Verbrecker in Preussen, с. 204; Aschrott: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, с. 185; Földers: 2 Stw Bd 11, с. 629; Scheel: Allgemeines Statistisches Arhiv, 1890; Colajanni: La sociologia criminale, с. 96; Bonger: Criminalité et conditions économiques, с. 528; цит. према Cremer, C. G.; Untersuchungen zur Kriminalität der Frau, с. 157 и 158.

са мушкарцима стопа женског криминалитета показује тенденцију приближавања стопи мушког криминалитета. Слично је у већим градовима где је друштвени положај жене ближи положају мушкараца него у мањим градовима. Саван објашњава разлике у криминалитету полова различитих улога жена и мушкараца у друштву и различитим световима у којима они живе. Од раног детињства девојчице се много више контролишу, немају толику слободу ван куће као дечаци, па ни прилике да изврше деликт. Caldwell је објашњавао да је жена заштићена од многих такмичења у пословном свету, везана је више за домаћинство, па њено мање учешће у вршењу злочина није због тога што је по урођеним склоностима „боља”, већ због тога што се ребе налази у ситуацијама које доводе до злочина.²⁵⁾ Ely van de Warker је још 1875. нападао веровање да је висока моралност женског пола наслеђена и указао је на недостатак прилике код жене да изврши злочин због природе њихових преокупација. Слично објашњење женског криминалитета дао је Clarence Darrow. У Италији Napoleone Collajani 1889. и Dora Melegari 1903. негирали су идеју о великој моралности жена и објашњавали су разлику у броју мушкараца и жена преступника социјалним условима. Collajani је замислио будућност у којој би једнакост полова била достигнута и тада би оба пола подједнако учествовала у злочину. Cornelis Loosjes је 1894. објашњавао квантитативно различит криминалитет жена у различитим земљама Европе приближавањем жена социјалној једнакости са мушкарцима. Недостатак прилике код жене да изврше злочин и знатно мање искушење да се злочин изврши истакли су Jean Finot, Etienne de Greff и L. Radzinowicz.²⁶⁾

Социолошки оријентисана схватања често наводе еманципацију жена као веома значајан фактор повећања криминалитета жена. Притом се еманципација жена посматра веома уско и везује углавном за запосленост жена. Оваква схватања су неприхватљива. Покрет за еманципацију жена мери се друштвеном правдом и оним што се сматра социјализацијом жена, односно оним што покушавају да уведу у друштвени живот: више осећајности, разумевања, спремности да се људско биће сматра центром друштвеног функционисања, да постоји мање такмичења и престижа, да еманципација жене буде саставни део универзалне људске еманципације. Еманципација није имитација мушког понашања, јер би се у том случају жена понашала много више насилно.

У трећој групи су схватања о истовременом деловању биопсихичких и социјално-економских фактора на криминалитет жена. Присталице ових схватања су такође бројне: Hans v. Hentig, Mabel Elliott, Seelig, Hageman, Luke Owen Pike, Georg Buschan, Paoline Tarnowsky, Johanna C. Hunig. Hans v. Hentig је истицао да је злочин „типично мушка реакција”, да пол утиче на недозвољено понашање директно и индиректно, да на криминално понашање жена утичу.

²⁵⁾ Sutherland: Principles of Criminology; Cavan: Criminology; Caldwell: Criminology — цит. према Симовић Верици: Криминалитет жена, докторска дисертација.

²⁶⁾ Цит. према Pollak Otto: The criminality of women, Philadelphia, University of Pennsylvania, Press 1950.

био психичке особине и економско-социјални моменти.²⁷⁾ Mabel Elliott сматра да ситуација наводи жене на вршење кривичних дела, да је главно објашњење за неслагање квоте криминалитета између мушкараца и жена у посебним карактеристикама њиховог начина живота, да је разлог постојања мањег броја преступница у томе што је просечна жена мање изложена сукобима између својих етичких вредности, начина живота и постизања својих циљева него што је то случај са просечним мушкарцем.²⁸⁾ Hagemann указује на посебна психичка расположења повезана са појединим генеративним фазама у животу жене, али и на то да је криминалитет жена могуће објаснити њеном подређеношћу у мушкој држави. Seelig је сматрао да узроке криминалитета жена треба тражити делом у разликама међу половима (које су биолошки одређене), а делом у привилегованом положају жене у борби за живот (који је социјално одређен).²⁹⁾ Pike је објашњавао очигледне бројчане полне разлике у злочину социјалним последицама ранијих периода у којима је физичка снага могла да буде важнија за кривично дело. Georg Buschan је сматрао да поред биолошких и психолошких фактора на криминалитет жена делују и социјални услови. Paoline Tarnowsky је веровала у постојање квантитативних полних разлика у злочину и истицала да је мањи проценат жена међу убицама услед биолошких и социјалних утицаја. Johana C. Hudig је истицала да фактори биолошких склоности и околине у свом међусобном деловању производе у жени већи степен прилагодљивости него код мушкараца. Ова разлика у прилагодљивости објашњава квантитативну разлику између мушког и женског злочина.³⁰⁾

У ову групу схватања спада и схватање које заступа Otto Pollak, да се узроци криминалног понашања жена морају тражити у повезаности између биолошких и културних детерминација, да криминалитет жена представља одраз њихове биолошке природе у датој културној средини. Али, исти аутор је истакао „маскирани карактер женског злочина“, који се састоји у томе да жена само привидно врши мање кривичних дела од мушкараца, она је способна да своје преступе прикрије, ретко долази пред суд ради осуде, а њен се злочин тешко открива, јер делује као подстрекач и помагач а мање као извршилац.³¹⁾ На основу схватања о „маскираној“ слици женског злочина, развила се теорија етикетирања (labeling theory), према којој је криминалитет жена квантитативно мање етикетиран, јер социјалне контролне инстанце кажњавања и гоњења нису реаговале на „примарну“ девијацију код жена и биле су разбијене пред неоткривеним криминалитетом жена.³²⁾ У оквиру теорије етикетирања ука-

²⁷⁾ Hentog v. Hans: Злочин — узроци и услови, Сарајево, 1959, с. 129—137.

²⁸⁾ Eliot Mejl: Злочин у савременом друштву, „Веселин Маслеша“, Сарајево, 1962, с. 170—171.

²⁹⁾ Цит. према Симовић В: Криминалитет жена.

³⁰⁾ Цит. према Otto Pollak: The criminality of women.

³¹⁾ Pollak Otto: The criminality of women, Philadelphia, University of Pennsylvania, Press 1950.

³²⁾ Цит. према Cremer C. G.: Untersuchungen zur Kriminalität der Frau, с. 149.

зује се да је мање женских начина понашања „обухваћено кривичним законом и да су типови деликата кривичног закона више управљени на типично мушка понашања”.³³⁾ Сем тога, статистичким подацима о квантитативној слици криминалитета жена замера се да нису довољно тачни због постојања велике „тамне бројке” у женском криминалитету, нарочито код побачаја који над собом врши сама жена, убиства детета при поробају и крађе из робних кућа.³⁴⁾

Амерички аутори у другој деценији 20 века (Edith Abbott, Augusta F. Broner, Sheldon Glueck, Eleanor Glueck и др.) наводили су као узрочне факторе криминалитета жена: интелигенцију, изложеност економском притиску, незадовољавајуће прилике у кући. Неки европски аутори (Friedrich Prinzig, Hugo Hoegel, Hans Krille) обрађали су пажњу на фактор старости и материјални положај преступнице. Треба споменути и оне писце који су били више заинтересовани за квантитативни аспект криминалитета жена и истицали разлике између мушке и женске психологије; као и утицај развојних фаза код жена на етиологију женског злочина (Hans Gross, Karl Birnbaum и Friedrich Leppman).

Наведени општи преглед неких теоријских схватања о криминалитету жена показује да су поједини аутори дали значајан допринос феноменолошком и етиолошком изучавању криминалитета жена. Међутим, једностран и делимичан приступ теоретичара отежава стварање комплетне и јединствене слике о криминалитету жена. Несагласност аутора о многим значајним питањима криминалитета жена и неуједначеност ставова указује на озбиљност проблема утврђивања и објашњења феноменолошких и етиолошких карактеристика криминалитета жена. Указивање на поједине биолошке, психолошке или социјалне факторе криминалитета жена не објашњавају овај криминалитет у целини, јер се не сагледава дијалектичка повезаност свих наведених фактора. Стога је за објашњење феноменологије и етиологије криминалитета жена потребно поћи од социо-економске анализе овог проблема, посебних услова живота жене, друштвених и породичних односа и у оквиру тих односа посматрати жену као биће са посебним биолошким и психолошким особинама. Ово схватање, које у нашој теорији заступају Милутиновић др Милан, Симовић др Верица и Шепаровић др Звонимир, сматрам најприхватљивијим. Према томе, биолошке и психолошке особине жена могу да допринесу њеном криминалном понашању у мери у којој ендогени фактори уопште утичу на криминалитет, али су основни узроци у друштвено-економском положају жене у одређеним друштвено-економским условима живота. Посебан проблем у том погледу је постојање несклада између прокламованих начела о једнакости жена и мушкараца, традиционалне патријархалне свести о месту жене у друштву и породици и реалних друштвених могућности за преображај културе људских односа.

³³⁾ Ludwig Boltzmann Institut für Kriminologie: Die Kriminalität der Frau in Österreich, с. 51.

³⁴⁾ Göppinger Hans: Kriminologie, Eine Einführung, G. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, с. 336.

LES DIVERSES CONCEPTIONS THEORIQUES SUR LA
CRIMINALITÉ DES FEMMES

— Résumé —

La criminalité des femmes dans la plupart des travaux criminologiques a été traitée en passant à côté de celle des hommes. Parmi les auteurs qui essaient d'expliquer la phénoménologie et l'étiologie de la criminalité des femmes n'existent aucune conformité sur des facteurs qui conditionnent cette criminalité-ci. Parmi les diverses conceptions théoriques on peut en distinguer quelques groupes selon l'orientation théorique fondamentale des auteurs qui les représentaient. Le premier groupe comprend les conceptions biopsychologiques (Lombroso, Mezger, Sauer, Middendorff et autres) et part de la constitution corporelle plus faible de la femme, des phases génératives dans la vie de la femme (menstruation, grossesse, ménopause ou climactère), de la structure des chromosomes et de la composition des hormones des glandes endocrines en tant que facteurs criminogènes. Les auteurs psychologiquement orientés rattachent l'ensemble des phénomènes psychiques de l'unité personnelle de la femme (la „vie mentale” ou la „psyché” de la femme) à la criminalité que celle-ci commet. Les conceptions les plus nombreuses sont celles de facteurs socio-économiques comme causes principales de la criminalité des femmes. Dans le cadre des conceptions sociologiquement orientées il y a de telles qui considèrent l'émancipation des femmes comme facteur majeur de l'augmentation de la criminalité des femmes.

Le plus grand nombre de conceptions théoriques mentionnées est unilatéral et ne prend pas en considération la cohérence dialectique de tous les facteurs. Par la suite, la conception la plus acceptable est celle qu'il faut partir, lors de l'explication de la criminalité des femmes, des rapports sociaux et familiaux et dans le cadre de ceux-ci considérer la femme en tant qu'un être possédant des caractéristiques biologiques et psychologiques particulières.

О НАСТАНКУ, ПОЈМУ И ВРСТАМА ТУРИСТИЧКИХ АГЕНЦИЈА

1. Настанак и развој

Настале у време појаве првих импулса развијенијег туризма, туристичке агенције су на свом развојном путу прошле кроз неколико етапа. Њихов развој је умногоме зависио од унапређења и развоја туризма уопште.

Оснивачем прве путничке агенције сматра се Енглец Thomas Cook. Он је 1841. године организовао конгрес антиалкохоличара. Да би на железници добио попуст за право учесника конгреса, закључио је са управом железнице уговор о колективном превозу, а истовремено се бринуо и о смештају учесника. Cook је касније организовао и друга слична путовања на којима се темељила појава прве агенције. Година 1845. сматра се годином оснивања агенције „Thomas Cook and Son”, која под истим називом послује и данас као једна од највећих туристичких агенција у свету.

Сам настанак туризма у савременом смислу и појава првих путничких агенција, међусобно су условљене појаве. Све док су се путовања обављала на уским просторима, везана за једно превозно средство, путници су могли сами да организују сопствена путовања. Међутим, када су путовања постала сложенија и обухватила већи број превозних средстава, уз богатије видове туристичких услуга, указала се потреба за специјалним организовањем таквих путовања. То је условило појаву путничких агената као „правних и туристичких саветника” све бројније клијентеле.¹⁾ Разумљиво је да се, упоредо са развојем материјалне основе путовања и цивилизације људи, мењао опсег и садржај помоћи која је захтевана од путничких агената. Данас су туристички агенти не само посредници и „саветници” корисника туристичких услуга, већ је њихова делатност од великог значаја за бројне даваоце туристичких услуга (саобраћајне организације, угоститељи, хотелијери и др.), којима помажу да лакше пласирају своје „производе”. Истовремено с тим, као и са проширењем делокруга рада, туристичке агенције и саме остварују значајне привредне резултате.

¹⁾ Vanderperren Willem, Образложење Нацрта међународне конвенције о уговору о путовању (CCV), „Туризам”, бр. 11/1968. стр. 21.

После појаве прве путничке агенције — „Thomas Cook”, развоју масовног туризма допринеле су и многе друге агенције које се јављају у разним земљама света.

У Сједињеним Америчким Државама је још 1838 године основане компаније „American Express” — Соmрапу „Amexo”, која се првобитно бавила искључиво превозом робе и шпедицијом на релацији између Њујорка и Босфора. Касније је прерасла у специјализовану путничку агенцију за чију се делатност, после 1890. године, везује настанак путног чека, ваучера и путне карте.

Прва немачка агенција основана је 1868. године у Берлину. Претежни задатак агенције био је усмерен на организовање групних путовања.

У другој половини 19. века оснивају се прве туристичке агенције и у другим земљама. То је случај са Француском (агенција „Хубин” — 1874. год.), Италијом (1897), Чехословачком, Пољском, Мађарском и др. Временом поједине путничке агенције отварају велики број филијала у различитим земљама.²⁾

Због све изразитијег међународног карактера туризма, у Совјетском Савезу је 1929. године основана путничка агенција „Интурист”. Ова агенција је самостално правно лице и јединствена фирма у СССР-у за обављање иностраног туризма на комерцијалној основи. „Интурист” има у различитим градовима СССР-а, велики број пословница, мотела, кампова и аутокућа који представљају самостална правна лица.³⁾

Прва иницијатива за оснивање путничке агенције на подручју Југославије јавила се 1911, да би била реализована 1923. године. Тада је основана прва домаћа путничка агенција „Путник”.⁴⁾ „Путник” је био овлашћен да продаје возне карте ван станичних зграда и да врши пропаганду у циљу веће туристичке посете нашој земљи. Имао је право иницијативе за оснивање туристичких савеза и друштава на појединим подручјима Југославије.⁵⁾

После 1945. године „Путник”, након рата, обнавља своју делатност, а уз централу у Београду оснива филијале у свим већим градовима земље. Применом принципа Закона о управљању предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива, године 1951. „Путник” губи карактер савезног предузећа, а филијале

²⁾ Као пример наводимо агенцију „Thomas Cook and Son”, која данас има око 400 филијала у преко 60 земаља света.

³⁾ Иванов В. Е, Регулирование международного туризма, „Советское государство и право”, № 12/1969. год. стр. 128.

⁴⁾ Сматра се да је прво организовано путовање са туристичким мотивима на подручју Југославије организовано 1863. године. Путовало се од Загреба до Градачца и Беча. Основно превозно средство била је железница, а корисници путовања су за 32 форинте били лишени свих брига осим оних у вези са „јелом и забавом”. (О томе видети: Вуковић др Борис, Прва организована туристичка путовања. „Туризам” бр. 4/1980. год. стр. 23—24.

⁵⁾ У вези са овим видети: Друштвена правила агенције „Путник”, Београд, 1932. год.

по градовима постају самосталне путничке агенције уз задржавање истог назива — „Путник”.⁶⁾

Са општим развојем животног и друштвеног стандарда, у свету се јавља читав низ нових туристичких агенција.

2. Назив и појам туристичке агенције

За означавање појма туристичке агенције не постоји опште усвојен назив. Присутна је терминологија шароликост како у језицима разних народа, тако и на подручју националне теорије, законодавства и пословне праксе. У литератури се срећу различити називи као на пример „путнички уред”, „путничка агенција”, „туристичко предузеће”, „туристички биро”, „тоурооператор”, „туристичка агенција” и др. Наш законодавац користи израз „туристичка агенција” (Одлука о јединственој класификацији делатности, Закон о облигационим односима), док пословна пракса задржава, у већини случајева, традиционални назив „путничка агенција”.⁷⁾ Назив „путничка агенција” уско је повезан са почетном делатношћу агенција која се тицала једино посредовања у пружању услуга у вези са путовањем. Поменути назив је својевремено, на одговарајући начин, одражавао карактер делатности агенције, указујући да су корисници њених услуга — путници. Изворна терминологија — „travel agency”, пренета је из Енглеске у друга језичка подручја: „agence de voyage” (француски), „бјуро путешствиј” (руски); „Reisebüro” (немачки) итд. Сматрамо да је овакав назив неодржив посебно за оне организације које се баве организовањем туристичких путовања или креирају сопствену туристичку понуду. При томе је посредовање сведено на најмању, меру, а термин „путнички” не одговара структури корисника услуга. Сама подела „агенцијских” организација, према врсти активности, представља савремену тенденцију у развоју ове делатности: на једној страни, захваљујући финансијској и кадровској концентрацији, јављају се организатори путовања (туристичке агенције), а на другој страни мање агенције усмерене на класичне облике посредничких туристичких делатности (путничке агенције). Најзад постоје и туристичке агенције које су сопственици хотелских објеката, превозних средстава и које се јављају као носиоци туристичке понуде. Због тога је тешко разрешити питање заједничког назива за различите врсте организација агенцијске делатности. У вези са тим др В. Шмид истиче: ... „ми бисмо радо претворили у норму назив „туристичке и путничке агенције” јер својом дескриптивношћу од-

⁶⁾ „Путник”, Београд данас има већи број пословница и ООУРа широм земље: ООУР „Београдске пословнице”, Београд, ООУР „Инострани туризам”, Београд; „Путник Словенија”, Љубљана; ООУР „Путник Косово”, Приштина; „Путник”, Скопље; ООУР „Ниш”, у Нишу и др.

⁷⁾ Видети: Уговор о закупњу хотелских капацитета за 1983. годину између радне организације „Лептерија” из Сокобање и „путничке агенције”, „Југотурс”, Београд, као и друге уговоре туристичког пословног промета.

говора и комплексној активности агенције и њеној новој функцији на туристичком тржишту.⁸⁾

Сматрамо да је, у садашњој фази развоја туризма, назив „туристичка агенција“ најприкладнији и најближи генеричном називу. Термин „туристички“ обележава појам који у себи подразумева читав низ делатности, а између осталих и путовања. Нема агенцијског туризма без путовања. Назив „путничка агенција“ оправдан је само за оне организације (предузећа) која се баве посредовањем у ужем смислу (продаја карата, субагентура и сл.).

И као што нема јединственог става о називу, слична је ситуација и са одређивањем појма туристичке агенције.

У литератури се истиче да је туристичка агенција типична творевина чија се основна делатност састоји у пружању услуга туристима у вези са путовањем и њиховим туристичким боравком.⁹⁾

У дефиницијама класика теоретске мисли о туризму, појам агенције је одређиван у вези са њеном почетном делатношћу, која је била везана за путовање. У том смислу се истицало да је путничка агенција „специјализована установа за пружање услуга путовања“.

С обзиром да се, после првих покушаја одређивања појма агенције, у стручној литератури јавља знатан број дефиниција, указаћемо само на оне најзначајније.

Према немачким теоретичарима Klatu и Fischeru „путничка агенција је оно привредно предузеће које услуге трећих предузећа посредује туристима, или те услуге нуди у посебним комбинацијама као нове властите услуге“.¹⁰⁾

Eckerman сматра да је путничка агенција посредник између „саобраћајних субјеката (транспортера) и саобраћајних објеката (особа)“.¹¹⁾

Познати и веома заслужни теоретичари у области туризма — dr W. Hunziker и K. Krapf дали су следећу дефиницију: „путничке агенције су она предузећа која при путовању и боравку странаца или само посредују потребне услуге трећих лица, или ове нуде у нарочитим комбинацијама као нове властите услуге.“¹²⁾

И у оквиру међународне уније за унификацију привредног права било је покушаја да се одреди појам агенције: „путнички агент је предузетник који у туристичкој привреди врши комплексну професију путничког посредника, а која обухвата пружање интелектуалних и техничких услуга било у властитој режији или као пуномоћник“.

⁸⁾ Шмид др Вјекослав, Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга, дисертација, Београд, 1976. год. стр. 15.

⁹⁾ Видети: Марковић др Срђан и Марковић мр Зора, Основе туризма, II издање, „Школска књига“, Загреб, 1970. год. стр. 161.

¹⁰⁾ Klat dr Heinz und Fisher dr Jürgen: Die Gesellschaftsreise, Carl Neimans Verlag KG, Köln — Berlin — München — Bonn, 1961. стр. 32. (Према Марковић др Срђан, Марковић мр Зора, оп. цит.)

¹¹⁾ K. Eckermann, Die Betriebswirtschaft eines Reisebüros, Frankfurt, Main, 1930. стр. 8. (Према Марковић др Срђан, Марковић мр Зора, оп. цит.)

¹²⁾ У вези са овим видети: Бранислав М. Работић, Туристичка агенција као организатор и реализатор туристичког аранжмана, скрипта, Београд, 1980. год. стр. 5.

У Америци је најраспрострањенија дефиниција путничке агенције по којој се под агенцијом подразумева уред или предузеће које се бави организацијом и продајом путовања и др.

У Тунису се под туристичком агенцијом сматра свако предузеће које се стално и са лукративним циљем бави делатношћу која се састоји у продаји публици, непосредно или посредно, буре или комисионо, индивидуална или колективна кружна путовања и боравак, као и све услуге које су с тим повезане.¹³⁾

У нашој литератури такође постоји већи број дефиниција, а са тим и различита мишљења о појму туристичке агенције:

Др Србан и му Зора Марковић истичу да је „путничка агенција специфична привредна организација, која се у економском и организационом смислу сврстава у туристичку привреду, „али која има посебан положај према туристичкој тражњи и туристичкој понуди.“¹⁴⁾

Према др В. Шмиду „путничка агенција је организација удруженог рада која се бави организацијом путовања, посредовањем појединих услуга и пружањем других услуга везаних за путовање и боравак.“¹⁵⁾

Др Ж. Јовичић дефинише туристичку агенцију као „специфичну и јединствену радну организацију која се бави пословима туристичког промета“. При томе под пословима промета подразумева односе у вези са обезбеђењем превоза, смештаја и других услуга потребних за реализовање планираног туристичког кретања.¹⁶⁾

Дефиниција „југословенске туристичке агенције“ преда др М. Решетару, истиче да се ради о организацији удруженог рада која по налогу стране агенције или на непосредни захтев корисника, сама пружа или од других извршилаца прибавља појединачне туристичке услуге или од појединачних услуга формира туристички аранжман и продаје га као јединствен производ у своје име и за свој рачун.¹⁷⁾

На основу анализе наведених дефиниција произилазе закључци, о њиховим заједничким карактеристикама и општим одлукама туристичке (путничке) агенције:

1) туристичка (путничка) агенција је привредна организација (предузеће);

2) агенција припада типу организације прометно-услугног карактера;¹⁸⁾

3) агенција, кроз свој делокруг рада са лукративним циљевима обавља послове посредовањем између различитих учесника

¹³⁾ Видети: „La gazette touristique de Tunisie”, № 66/1974. стр. 11.

¹⁴⁾ Марковић др Србан и Марковић мр Зора, оп. цит. стр. 162.

¹⁵⁾ Шмид др Вјекослав Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга, дисертација, Београд 1976. год. стр. 52.

¹⁶⁾ Јовичић др Живадин, Основи туризма, „Научна књига”, Београд, 1976. год. стр. 57.

¹⁷⁾ Решетар др Мијо, Унутрашња организација туристичких агенција: као битан предуслов квалитете у пословању, реферат са симпозијума „Квалитет у пословању туристичких агенција”, Београд, 1981. год. стр. 1.

¹⁸⁾ Има и мишљења да је туристичка агенција „специфична и јединствена производна организација”. Видети: Ж. Јовичић, Основи туризмологије, „Научна књига”, Београд, 1980. стр. 173.

туристичког промета, организатора путовања и боравка, као и вршиоца других услуга у туристичком промету;

4) Зависно од врсте послова коју обављају, агенције иступају у правном промету као двоструки посредници или организације које послују у своје име и за свој рачун;

5) С обзиром на сложену структуру послова и различит правни положај у промету, могуће је говорити о више врста (типова) туристичких агенција.

3. Врсте туристичких агенција

С обзиром на различите критеријуме, постоји више врста туристичких агенција:

3. 1. Локалне, регионалне, националне и међународне туристичке агенције

Ова подела врши се према критеријуму просторног деловања и величине тржишта на коме агенције послују. Локалне и регионалне туристичке агенције послују на територији која припада месту њиховог седишта. Обим послова којима се баве везан је за излетнички туризам на територији региона у коме се налазе.

Међународне туристичке агенције се баве пословима туристичког посредовања и другим пословима туристичког промета са иностранством. За разлику од локалних и регионалних туристичких агенција, које припадају типу мањих и простијих организационих целина, међународне организације имају сложенију структуру уз испуњење посебних законских прописа за обављање делатности са иностранством.

Националне туристичке агенције преко мреже сопствених филијала обављају и развијају делатност на територији једне земље.

3. 2. Агенције рецептивног и иницијативног карактера

Критеријум ове поделе туристичких агенција извире из различитог туристичког положаја земаља у којима оне послују.

Туристичке агенције рецептивног типа послују у земљама које имају повољне услове за пријем гостију и пружање услуга страним туристима. Налазе се у односу узајамне сарадње са страним агенцијама које им поверавају извршење одређених услуга које дугују својим клијентима.¹⁹⁾

Агенције иницијативног карактера обављају делатност у земљама које немају природне и друге услове за пријем страних туриста (оштра клима, оскудне природне и друге туристичке занимљивости

¹⁹⁾ Међу познатијим агенцијама рецептивног типа у Југославији истичу се „Montenegroturist“, „Kvarner expres“, „Atlas“ и др.

и сл.)²⁰⁾ Становници тих земаља остварују своје туристичке потребе и жеље одласком у иностранство. При томе им помажу агенције иницијативног типа, које на тај начин постају „извозници туризма”.²¹⁾

3. 3. Гросистичке, детаљистичке и комбиноване туристичке агенције

Класификација туристичких агенција на гросистичке, детаљистичке и комбиноване, врши се с обзиром на садржиј рада и предмет њиховог пословања.

Гросистичке агенције састављају комплетна организована путовања и нуде туристичке аранжмане (пакет услуга). При томе оне често ступају у бројне послове односно са различитим даваоцима појединачних услуга, а ређе са непосредним корисницима услуга. Гросисти организују туристичке аранжмане и „финализовану робу” нуде другим туристичким агенцијама које као заступници гросисте улазе у уговорне односе са корисницима услуга и аранжмана. Уобичајени третман за гросистичке агенције „tour — operator”.²²⁾

Агенције детаљисти јесу малопродајне агенције, чија је делатност усмерена на пропаганду и продају туристичких услуга гросиста и других услуга туристима. У пословном промету овај тип агенција познат и под називом „кореспондент” или „субагент”.

Комбиновани тип туристичких агенција бави се како организацијом, тако и продајом туристичких аранжмана. Овај тип агенција доминантан је на туристичком тржишту Европе. Мешовите агенције припремају организована путовања и посредством филијала, сопствених или туђих, нуде туристима. Међутим, оне поседују и у продаји појединачних услуга путовања и боравка, као и организованих путовања других туристичких агенција.

3. 4. Појединачне и сложене туристичке агенције

Подела туристичких агенција на појединачне и сложене чини се с обзиром на њихову величину. Појединачне агенције немају мрежу нижих и мањих организационих јединица. Њихова делатност се своди на пружање услуга посредовања.

Сложене туристичке агенције имају у своје саставу мрежу пословница и посебних продајних места. Између појединих места и пословница извршена је подела рада, а заједничке послове обавља централа, која координира радом агенције.

²⁰⁾ Најпознатије агенције овога типа у свету јесу „American Travel Abroad”, „Sita World Travel”, „Tjareborg Resor”, „Panorama Tour” и др.

²¹⁾ Више о томе: Poplomont A. G. Champs d'activite, Statut professionnel et responsabilite des agences de voyages, FUA AV, 1968. стр. 15. (Цитирано према: Шмиц др Вјекослав, оп. цит. стр. 39.).

²²⁾ У Европи су познати бројни тоуроператори, међу којима се истичу енглески „Thomson Holidays”, немачки „TUI”, швајцарски „Airoour Swiss” и др.

Поред поменутих, постоје и друге поделе туристичких агенција. Тако се, на пример, према организационим решењима могу разликовати агенције са статусом самосталне организације удруженог рада (предузећа), као и агенције које послују као организациони делови организација других привредних делатности.

Mr Aleksandar Ćirić, assistante

DE LA NAISSANCE, NOTION ET SORTES D' AGENCES DE TOURISME

— Résumé —

La naissance du tourisme et l'apparition des premières agences de voyages sont deux phénomènes mutuellement conditionnés. En même temps qu'avec le développement de la base matérielle de voyages se changeait le volume et le contenu de l'aide réclamée par des agences de voyages.

Après l'apparition de la première agence de voyger „Thomas Cook”, beaucoup d'autres agences apparues dans certains pays du monde ont contribué au développement du tourisme de masse.

Pour déterminer la notion d'agences de tourisme, un terme généralement adopté n'existe pas, et dans ce sens une variété terminologique est présent tant dans les langues de divers peuples que dans le domaine de la théorie nationale, de la législation et de la pratique commerciale.

Dans le travail on a pris position en faveur du terme „agence de tourisme”, vu que ce terme de tourisme désigne et implique une notion qui sous-entend elle-même toute une suite d'activités, entre autre voyages.

Etant donné qu'il n'existe pas d'attitude unique concernant le terme, la situation est pareille aussi lors de la détermination de la notion d'agence de tourisme. Dans le travail un grand nombre de définitions de l'agence de tourisme est présenté et sur la base de leurs analyses sont tirées certaines conclusions sur les distinctions générales des agences de tourisme.

A la fin du travail une division des agences de tourisme en cortés est donnée par l'application de différents critères.

УСТАВНОСУДСКА ЗАШТИТА САМОУПРАВНИХ ПРАВА

I

Битна карактеристика политичког система социјалистичког самоуправљања јесте перманентно ширење нормативног садржаја слобода и права радних људи и грађана и њихових самоуправних организација и заједница. Паралелно са овим процесом одвија се и процес изградње, комплетирања и усавршавања система и инструмената њихове правне заштите. За интензивирање ових процеса од посебног значаја је био Устав СФРЈ од 1963. године. У оквиру новог концепта људских права и слобода овај устав је први дао једну развијену скалу самоуправних права и слобода. Истовремено њиме је институционализована уставносудска функција и усмерена превасходно на заштиту самоуправних права.

Дакле, тек са Уставом СФРЈ од 1963. године може се говорити о посебној и апсолутно новој категорији социјалистичких права и слобода тј. о самоуправним правима и слободама којима се директно опредељује класна суштина политичког система социјалистичког самоуправљања. Разуме се да и овај део социјалистичке декларације слобода и права у нормативном утврђивању није завршен и коначан, а још мање је потпуно остварен у систему друштвених односа. Исто тако, према овом уставу у систему правне заштите нема неких посебних разлика у третману самоуправних и осталих уставних права и слобода. Уставом нису креиране посебне институције или функције које би за искључиви или основни предмет заштите имале самоуправна права. То ће бити учињено Уставом од 1974. године.

За концепцију самоуправних права, утврђену Уставом СФРЈ од 1974. године, посебно је значајно наглашавање друштвеног карактера и функције ових права. Тиме се ни најмање не негира класна димензија и значај ових права за остваривање водеће улоге радничке класе у систему и друштву. Друштвени карактер самоуправних права изражен је у кругу субјеката који су њихови носиоци, функцији и начину на који се ова права остварују и штите. Друга битна карактеристика садашњег уставног концепта самоуправних права везана је за утврђивање посебних или конкретних самоуправних права. Сва посебна самоуправна права имају основу или у праву рада друштве-

ним средствима или у општем праву на самоуправљање.¹⁾ Право рада друштвеним средствима и право на самоуправљање представљају комплексна или синтетичка права која се могу разложити на читав низ посебних, личних или колективних, самоуправних права. Уставом је посебно наглашена и компонента одговорности у процесу остваривања самоуправних права и самоуправног одлучивања.²⁾ Самоуправна одговорност као нови тип одговорности може се посматрати као одговорност у остваривању личних и колективних самоуправних права, али и као одговорност за обављање поверених самоуправних функција. Нормативно је развијенији овај други вид одговорности, а у пракси и једна и друга компонента одговорности слабо се остварује. Коначно, за уставну пројекцију самоуправних права од значаја је сам уставни систем заштите слобода и права, а у њему специфични инструменти и институције заштите самоуправних права.

II

Како се управо у самоуправним правима изражава класна суштина политичког система разумљиво је што ова категорија права ужива посебан третман и појачану друштвену заштиту. Битно за ову заштиту је да се она остварује најпре као примарна самоуправна заштита, а затим и као класична заштита државног апарата принуде. Како и сами државни органи, по структури и начину деловања, добијају у све већој мери обележја друштвених органа, то је и заштита самоуправних права, посматрана у целини, означава као друштвена заштита. Зато се и комплекс традиционалних и нових институција, средстава и начина деловања, усмерен на заштиту самоуправних права и друштвене својине, уставом дефинише као функција друштвене заштите. Посебно место у оквиру ове глобално заштитне функције политичког система има уставносудска заштита.

Уставносудска функција се првенствено изражава као ауторитативна апстрактна оцена уставности и законитости нормативних аката. У склопу заштите принципа уставности и законитости један од њених основних циљева јесте заштита самоуправних права од повреда учињених општом правном нормом. Међутим, у систему превентивних и репресивних облика контроле и заштите уставносудска функција није једина ауторитативна оцена уставности и законитости нормативних аката. Од превентивних облика контроле познат је институт давања сагласности на одређене нормативне акте организација удруженог рада од посебног друштвеног интереса. У теорији постоји и мишљење да је овај институт везан или би га требало ве-

¹⁾ Слично и код: Е. Кардељ, *Правци развоја политичког система социјалистичког самоуправљања*, Београд, 1977, стр. 112. и даље и Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 1982, стр. 484.

²⁾ У том погледу од општег значаја су чл. 15, ст. 1. и чл. 155, ст. 2. Устава СФРЈ од 1974. године. У првом је утврђена одговорност радника у остваривању права рада друштвеним средствима, а у другом одговорност сваког за самоуправно одлучивање и за спровођење одлука.

мати за уставносудску функцију.³⁾ Међутим, чињеница је да се у пракси спорови у вези са овим обликом контроле само изузетно појављују. Зато далеко већи значај има однос уставносудске контроле и осталих репресивних облика контроле уставности и законитости нормативних аката. Неки од тих облика контроле комплементарни су уставносудској функцији, док се други могу примењивати независно и паралелно са њом.⁴⁾ За уставносудску функцију строго су везани институти обуставе нормативних аката од извршења и експецције илегалности. Први има обележја апстрактне,⁵⁾ а други конкретне контроле⁶⁾ уставности и законитости нормативних аката. Заједничка карактеристика за оба института је да се њима одбија извршење, односно примена неуставних и незаконитих нормативних аката. Само у једном случају суспензија је општа, а у другом, до одлуке уставног суда, формално важи за конкретан спор. И један и други облик оцене уставности и законитости нормативних аката немају карактер самосталности и коначне оцене. Орган који је обуставио од извршења или је ускратио конкретну примену нормативном акту у обавези је да захтева од уставног суда коначну оцену о уставности и законитости. Према томе, уставносудска оцена је дефинитивна и неприкосновена, а ови облици контроле су условни, несамостални и временски ограничени. Начелно институти обуставе од извршења и експецције илегалности имају смисла и поред постојања уставносудске функције. Међутим, пракса коришћења ових института демантује ову начелну оправданост њиховог постојања, нарочито када је у питању институт обуставе нормативних аката, пре свега, самоуправних општих аката, од извршења. Управо зато што се ретко примењују у пракси, ови институти незнатно доприносе заштити самоуправних права радних људи од повреда учињених општом правном нормом.⁷⁾

³⁾ С. Поповић, Самоуправно право, Београд, 1980, стр. 301—303.

⁴⁾ Типично репресивни облик контроле уставности и законитости нормативних аката је овлашћење скупштине друштвено-политичких заједница да укидају и поништавају прописе својих извршних органа, односно аналогно овлашћење извршних органа према нормативним актима органа управе исте друштвено-политичке заједнице. В. чл. 361. и 374. Устава СФРЈ и аналогне одредбе републичких (нпр. чл. 231. Устава СР Србије) и покрајинских устава.

⁵⁾ Савезним уставом је у свега неколико одредби регулисано право обустављања прописа и самоуправних општих аката од извршења (в. чл. 103, 130 и 387. Устава СФРЈ). Закон о удруженом раду прецизније утврђује права и дужности скупштине друштвено-политичке заједнице у поступку обустављања самоуправних општих аката од извршења, а у оквиру надзора над законитошћу рада организација удруженог рада (в. чл. 642—644. Закона о удруженом раду). О обележјима овог института в. код: А. Групче, Појам и проблеми обуставе од извршења прописа и општих аката, Архив за правне и друштвене науке, 1/68, стр. 13—28.

⁶⁾ Основ за примену експецције илегалности дат је у чл. 207. ст. 4. и чл. 388. ст. 3. Устава СФРЈ и одговарајућим одредбама републичких и покрајинских устава. О обележјима овог института в. код: Г. Мијановић, Инструменти за отклањање међусобне супротности општих аката и њихове корелације у уставном систему СФРЈ, Годишњак Правног факултета, Сарајево, 1976.

⁷⁾ Непосредним увидом у објављене одлуке Уставног суда Србије утврдили смо да су се скупштине друштвено-политичких заједница (општинске) у периоду од 1977—1981. године, у свега пет предмета појавиле као покретачи уставносудског поступка, претходно примењујући институт обуставе нормативних аката од извршења.

III

Основни мотив институционализације уставносудске функције у нашем уставном систему је комплетирање система правне заштите слобода и права, као демократске суштине принципа уставности и законитости, посебно оних којима се манифестује класна суштина политичког система социјалистичког самоуправљања. Уставносудска заштита самоуправних и осталих уставних права и слобода остварује се превасходно у облику решавања апстрактних уставних спорова о уставности и законитости нормативних аката. По свом карактеру то је специфична заштитна функција политичког система. Она се остварује у судском облику, али су у њој наглашени и политички елементи због којих и само уставно судство, односно уставни судови добијају карактер политичко-судских органа. Као што је познато уставни судови делују на два основна начина који се условно могу сматрати и облицима заштите самоуправних права. Први је ауторитативно решавање уставних спорова о уставности и законитости нормативних аката. Од установљења уставних судова од данас то је била и остала најважнија димензија уставносудске функције. Неауторитативним деловањем уставних судова или ванправним обликом уставносудске заштите самоуправних права може се сматрати функција праћења и проучавања друштвених односа и појава од интереса за остваривање уставности и законитости. На основу досадашње теоријске обраде проблема уставносудске контроле, али и праксе уставних судова у решавању спорова о уставности и законитости нормативних аката, биће учињен осврт на поједина институционална решења и утврдиће се могући правци интензивирања функција решавања уставних спорова, нарочито са аспекта унапређивања заштите самоуправних и осталих уставних права и слобода.

Када су у питању поједина институционална решења и пракса уставних судова у контроли уставности и законитости нормативних аката уопште, могуће је уочити да се нека од њих примењују изузетно често, без неких нарочито оправданих разлога, а да, с друге стране, нека правна средства која су у функцији заштите самоуправних права јако слабо или уопште не бивају примењена. У првом реду ова друга констатација се односи на примену тзв. привремених мера и коришћење правних средстава која уставним судовима стоје на располагању у откривању последица насталих применом неуставних и незаконитих нормативних аката. Коначно, постоје и одређена институционална решења везана за правне последице одлука уставних судова чију неконзистентност уставносудска пракса није демантовала.

Чини се да више нема неких нарочито оправданих разлога да уставни судови остављају рок за усаглашавање нормативних аката са уставом и законом, а још мање да нормативне акте касирају са суспензивним роком. У условима стабиллизованог и изграђеног целовитог правног система уставно судство би требало да напусти компромисне облике деловања. У великом броју случајева остављање рока за усаглашавање нормативних аката са уставом и законом показало се промашеним. Нису ретке ситуације да уставни суд накна-

дно, на захтев појединаца, утврди да нису отклоњене последице настале применом неуставног и незаконитог нормативног акта који је у међувремену усаглашен са уставом и законом. У тим случајевима уставни суд је принуђен да ставља ван снаге своје првобитно решење о обустави поступка и да доноси одлуку констатације неуставности и незаконитости која је у правном ефекту изједначена са одлуком касације. Ово би био и један од могућих праваца интензивирања апстрактне контроле уставности и законитости нормативних аката који би се у првом реду одразио на заштиту самоуправних и других уставних права и слобода. Досадашњом праксом, односно широко применом остављања рока за усаглашавање нормативних аката више се водило рачуна о интересима организације удруженог рада и других доносилаца нормативних аката, него о заштити субјективних права појединаца, што је уосталом и основни мотив иницирања уставносудске контроле.

Супротно исувише честом коришћењу факултативних институционалних решења постоји и пракса уставних судова да се уопште не користе и не примењују одређена правна средства која су им додељена уставом, а која су у функцији заштите личних и колективних уставних права и слобода. У отклањању последица насталих применом неуставних и незаконитих нормативних аката уставним судовима стоје на располагању знатно ефикаснија средства од „обичних“ касаторних одлука ограниченог временског дејства. На жалост у уставносудској пракси нисмо пронашли ни једну одлуку којом би се изричито утврдила обавеза отклањања последица неуставности и незаконитости повраћајем у пређашње стање, накнадом штете или на неки други начин у смислу ст. 4. чл. 388. Устава СФРЈ. Оваквим одлукама уставних судова не само да би се заштита самоуправних и других уставних права и слобода учинила бржом и ефикаснијом, него би се избегли и сви каснији спорови у процесу извршења одлука уставних судова, односно ревизије појединачних правних аката.

Када је у питању извршавање одлука уставних судова евидентно је да и ту још увек постоје одређене слабости, неприхватање ставова утврђених у тим одлукама и слабо коришћење уставних овлашћења којима уставни судови могу обезбедити извршење својих одлука. Уставносудска заштита самоуправних и других уставних права и слобода не сме да се заустави само на контроли и касацији нормативних аката. Она добија потпуни смисао тек онда када одлуке и ставови уставних судова буду у целости спроведени и примењени у пракси. То подразумева две ствари: прво, поступање доносиоца касираног нормативног акта сходно одлуци уставног суда и друго, поступање сагласно тој одлуци и органа, државних и самоуправних, који непосредно примењују нормативне акте. Када је у питању прва ситуација, а имајући у виду формално правно дејство одлуке уставних судова, још увек остаје актуелан проблем питања тзв. идентичних случајева. Најчешће судови решавају овај проблем тако што једном одлуком истовремено касирају одредбе десетак и више нормативних аката или што се у касаторној одлуци једноставно позивају на став

изражен у некој претходној одлуци.⁸⁾ Сигурно је да се питању одговорности доносиоца нормативних аката и у будуће мора посветити више пажње. Треба и даље задржати опредељење на поништај нормативних аката под условом да постоје објављене одлуке уставних судова и јединствени ставови у погледу уставности и законитости појединих нормативних решења. Истовремено то подразумева чешће покретање уставносудског поступка по официјелној максими. У вези са обезбеђењем извршења одлука уставних судова, а у питању је опструкција појединаца, могуће је коришћење уставних овлашћења према одговорним лицима која одбијају да изврше одлуке уставног суда, посебно када извршење одлуке уставног суда претпоставља ревизију појединачних аката. Овлашћење ове природе уставни судови до сада нису користили.⁹⁾

Код могућности ревизије појединачних аката може се критиковати постојеће уставно решење којим су изједначене правне последице поништења и укидања нормативних аката. Уставно решење сада је знатно једноставније — без обзира да ли је у питању одлука констатације или касације појединачни акти се могу изменити само ако од њиховог достављања па до доношења одлуке уставног суда није протекло више од једне године и ако је захтев за ревизију поднет у року од шест месеци од дана објављивања одлуке уставног суда — али, оно искључиво иде у прилог начелу правне сигурности, а мање води рачуна о заштити индивидуалних и колективних уставних права. Основна слабост овог решења је што се ревизија појединачних аката генерално условљава преклузивним роком од године дана тј. што она важи и у случају када је нормативни акт поништен. Тиме се у основи негира најважнија карактеристика поништаја или анулације, да поништени нормативни акт није ни постојао у правном поретку, односно, да су све правне последице које је произвео неважеће. Појединачни акти лако могу због „старости“ да измакну ревизији у случају да поступак пред уставним судом буде трајао дужи од једне године. Како уставом није одређен рок у коме се има извршити уставносудска оцена нормативних аката није немогуће да поступак пред уставним судом траје и више од једне године. Фактички тиме је искључена свака могућност ревизије појединачних аката донетих пре покретања уставног спора. Ова могућност је сасвим реална када се има у виду број предмета чије решавање уставни судови преносе из године у годину. Свакако да ово теоријски неодрживо уставно решење не иде у прилог уставносудске заштите самоуправних и других уставних права и слобода радних људи и грађана. Када је јасно да се касаторна одлука не може извршити и када појединци не могу на основу ње да компензирају повређена права онда се и њено дејство своди само на морални ефекат. У ситуацији временски ограничене могућности измене појединачних аката закаснила одлу-

⁸⁾ Нпр. Одлуком Уставног суда Србије II-265/81. касиране су одредбе двадесет одлука општинских скупштина.

⁹⁾ Уз Уставни суд Југославије ова овлашћења се утврђују у чл. 394. ст. 3. Устава СФРЈ.

ка уставног суда готово и да нема смисла. Она делује само *pro futura*, а очекивало се од ње да врати или заштити повређена субјективна права.

Слабости суспензивног укидања нормативних аката и временски ограниченог поништаја не могу бити у потпуности елиминисане, али могу бити знатно ублажене под условом да се уставни судови чешће користе тзв. привременим мерама. Познато је да уставни суд може да нареди, до доношења коначне одлуке, обустављање извршења појединачног акта или радње која је предузета на основу закона, другог прописа или општег акта органа друштвено-политичке заједнице или самоуправног општег акта чија се уставност и законитост оцењује, ако би њиховим извршењем могле да наступе неотклоњиве штетне последице. Јасно да ова оцена подразумева и заузимање одређеног става о уставности и законитости нормативног акта чија се примена обуставља. Тај став се може изразити као основна сумња у уставност и законитост одређеног нормативног акта и потпуна извесност да евентуална касаторна одлука неће моћи у целини да елиминира последице примене тог акта. Међутим, чињеница је да се уставни судови у односу на број уставних спорова недовољно користе овим ефикасним средством спречавања негативних последица нормативног акта чија се уставност оспорава.¹⁰⁾ Иначе, примена другог институционалног средства које има за циљ отклањање последица неуставности и незаконитости — констатација неуставности и незаконитости нормативних аката који су престали да важе — може се оценити задовољавајућом. Додуше, као и код касаторне одлуке и код одлуке констатације слабост је што се она може донети ако од престанка важења нормативног акта до покретања уставног поступка није протекло више од једне године, што значи да ревизији подлежу само појединачни акти који су донети у том периоду.

IV

О решавању уставних спорова о уставности и законитости појединих категорија нормативних аката, посматрано са аспекта заштите самоуправних права радних људи и грађана, наша запажања су следећа:

У оцени уставности закона уставни суд би требало да буде далеко ангажованији и ригорознији, него што је то до сада био случај. Права је реткост у уставногудској пракси утврђивање да су закони несагласни уставу, мада се стално истиче да је законодавна делатност не само некавалитетна, него и проблематичне уставности.¹¹⁾ То

¹⁰⁾ Увидом у објављене одлуке и решење Уставног суда Србије установили смо да је овај суд у периоду од 1977—81. године донео свега десет решења о примени привремене мере у односу на близу 800 касаторних одлука и одлука констатације.

¹¹⁾ Уставни суд Југославије је у периоду од 1977—81. године донео свега две одлуке којима је утврђена супротност републичких и покрајинских закона (У. бр. 149/79 и У. бр. 150/79). У истом периоду Уставни суд донео је четири одлуке којима се утврђује престанак важења одредби републичког закона.

посебно важи за њен однос према самоуправној нормативној делатности која је превише спутана законом. Формула да самоуправни општи акти не морају да буду сагласни закону, односно да му не могу бити супротни у пракси готово да не значи ништа. Још увек се законом детаљно и свеобухватно регулишу друштвени односи, а самоуправна делатност добија карактер регулативе по остатку, уређивања мање важних и маргиналних питања. Дакле, мада се самоуправна права остварују непосредно на основу самог устава, она су и даље релативно чест предмет законодавне интервенције. Самоуправна права су директно везана за устав, али преко устава и за законе који утврђују конкретне услове и начин њиховог остваривања, а тиме и њихов стварни домет. Јасно, уставни основ за законско уређивање самоуправних права увек постоји, али је питање да ли су увек мера и обим законодавне интервенције сагласни уставу. Повреде самоуправних права учињене законом, без обзира да ли су квалификоване као неуставне или не, проузрокују озбиљне и дубоке поремећаје несагледивих политичких последица. Међутим, у односу на број иницијатива, од којих су многе биле квалификоване, уставни судови су доста ретко утврђивали неуставност закона, нарочито када се као разлог неуставности наводила повреда самоуправних и других уставних права и слобода. Нека институционална решења објективно доприносе уздржљивости уставних судова у контроли уставности закона, а и сами уставни судови су утврдили рестриктивне критеријуме у овој оцени.¹²⁾ Но, без обзира на ове околности чини се да је недовољан утицај уставносудске контроле закона на остваривање значајних елемената уставног система, у првом реду права рада друштвеним средствима. Карактеристично је да се у последње време све више истиче потреба интензивније контроле уставности закона. Сигурно је да би она знатно допринела процесу остваривања самоуправних права и уставом утврђеној владавини радничке класе целином односа у друштвеној репродукцији.

Како се подзаконским актима извршних органа и органа управе самоуправна права радних људи и њихових самоуправних организација не уређују оригинално, разумљиво је што су у уставносудској пракси ретки уставни спорови о уставности и законитости ове категорије нормативних аката. Међутим, будући да је нормативна делатност егzekутиве у експанзији и овде је неопходна ригорозна интервенција уставних судова, јер постоје случајеви да се незаконитим прописивањем услова рада и пословања организација удруженог рада вребају њихова самоуправна права.

Познато је да су одлуке општинских скупштина они прописи којима се најчешће вребају самоуправна права радних људи и организација удруженог рада. Оно што овде посебно забрињава је проблем извршења одлука уставних судова и масовна појава идентичних случајева, односно неуставних и незаконитих решења у норматив-

¹²⁾ О томе в. код: Г. Мијановић, Доктрина „self-restraint” у теорији и пракси судске контроле уставности, годишњак Правног факултета у Сарајеву, XXVIII, 1980. и оцењивање уставности закона прије истека рокова за њихово усклађивање са уставом, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, XXIII, 1975.

ним актима општина. По правилу, преовладавају одлуке којима се вређају колективна самоуправна права, односно самоуправна права организација удруженог рада. Два су типична начина повреде самоуправних права које се чине општинским прописима: први се јавља у виду незаконитог установљавања различитих фискалних обавеза, а други, прописивање отежаних услова рада за организације удруженог рада које имају седиште ван територије општине. Тежња за што већим финансијским средствима која би се слила у буџет сиромашнијих општина и заштита „својих” организација удруженог рада јесу основни мотиви повреде самоуправних права и принципа јединствености југословенског тржишта. Судаћећи према пракси Уставног суда Србије, вероватно се пракса осталих уставних судова битно не разликује, посебна самоуправна права радних људи и грађана најчешће су била повређена одлукама општина о уређивању стамбених односа, месног самодоприноса, као и појединим одлукама о самоуправљању радника у органима управе и условима и мерилима заштите самоуправних права радника.¹³⁾

Самоуправни општи акти су и даље убедљиво доминантни предмет уставносудске контроле, а међу њима самоуправни општи акти којима се уређује расподела средстава личне и заједничке потрошње радника чине готово половину.¹⁴⁾ Према томе, право на лични доходак сагласно принципу расподеле према раду и право на стан у друштвеној својини су основни објект уставносудске заштите. Мада је уставом уставносудска функција знатно шире постављена, она је у пракси усмерена углавном на заштиту индивидуалних самоуправних права.

У схватању карактера самоуправних општих аката и њихових веза са законом и осталим државним прописима још увек су присутна екстремна гледишта, односно различите тенденције у пракси. С једне стране, присутна је тенденција која самоуправне опште акте, додуше имплиците, третира као подзаконске прописе, а не као самосталне и оригиналне изворе права. Сходно овоме уставно судство доста често идентификује нормативне акте који само у неким елементима форме имају обележја самоуправних аката, а фактички делују као и сви други прописи. Супротно овоме уставно судство је запазило и претеривање у другом правцу. Под паролом ослобађања самоуправног одлучивања од административног тјуторства правни поредак се разбија на два малтене независна и невезана подсистема, што се у конкретним друштвеним односима манифестује очигледним наметањем личних и других интереса привилегија и погод-

¹³⁾ У току 1980. и 1981. године Уставни суд Србије је касирао или констатовао неуставност и незаконитост одредби у 133 прописа општина.

¹⁴⁾ У току 1980. и 1981. године Уставни суд Србије је касирао или констатовао неуставност и незаконитост укупно 455 самоуправних општих аката. Од тог броја било је 229 самоуправних општих аката којима се уређују стамбени односи (136) и расподела средстава личне и заједничке потрошње радника (93).

ности за поједине категорије грађана. Све се то ефектно покрива самоуправним општим актима који су често мање самоуправни од државних прописа.¹⁵⁾

Будући да су самоуправни општи акти најчешћи предмет уставно-судске интервенције основана је тврдња да су то нормативни акти којима се најчешће вређају самоуправна права. Међутим, када се ради о уставносудској контроли самоуправних општих аката мишљења о садашњем обиму ангажовања и будућој уставносудској оријентацији битно се разликују. На једној страни је мишљење да уставни судови превише задиру у поједине правне односе регулисане самоуправним општим актима и да би у наредном периоду требало да покажу извесну меру самоограничења и уздржљивости у односу на ове опште акте. Другим речима доводи се у питање целисходност интензитета уставносудске интервенције управо тамо где је она и најчешћа. Супротно овоме постоји схватање да уставни судови морају доследно да отклањају неуставне и незаконите садржаје било ког обима и интензитета и да је сходно томе теза о уздржљивости и самоограничењу уставних судова у контроли самоуправних општих аката неодржива.¹⁶⁾ Други став је реалнији и иде у прилог принципијелној заштити самоуправних права. У суштини досадашња уставносудска контрола самоуправних општих аката не захтева битнију измену физиономије и промену тежишта уставносудске заштите. Њена слабост није преопштар однос према самоуправним општим актима који би требало сада ублажавати. Основна слабост уставносудске контроле самоуправних општих аката јесу супротни ставови уставних судова у идентичним нормативним решењима. У контроли ових нормативних аката ти супротни ставови су најизразитији, чак и у питању садржаја и врсте неотуђивих права радника. Нема уставног основа за формирање различитих ставова уставних судова у тумачењу идентичних норми које се односе на неотуђива самоуправна права радника. Нејединствена уставносудска пракса у решавању уставних спорова о уставности и законитости самоуправних општих аката је највећа слабост уставносудске заштите, а тражење ефикасних метода усаглашавања различитих ставова и даље остаје један од приоритетних задатака.

За заштиту самоуправних права радних људи и грађана од повреде учињених општом правном нормом од интереса је и прецизно разграничење надлежности уставних судова и судова удруженог рада у контроли самоуправних општих аката.¹⁷⁾ Теоријски посматрано

¹⁵⁾ Упореди: Н. Пашић, Стара и нова функција судства у остваривању уставности и законитости, публикација Уставног суда Србије „Уставност и законитост — у остваривању самоуправљања”, бр. 1/1981.

¹⁶⁾ В. реферате и дискусије на остваривању уставних судова априла 1878. године, публикација Уставног суда Југославије „Уставност и законитост и улога уставних судова у развијању самоуправне социјалистичке демократије, Београд, 1978.

¹⁷⁾ Детаљније в. код: Т. Вељковић, Нека питања односа између уставних судова и судова удруженог рада, Радни односи и самоуправљање, бр. 4/1980, Б. Ткачић-Булић, Разграничење надлежности уставног суда и суда удруженог рада, Правна мисао, бр. 11—12/1981. и др.

линија разграничења апстрактне оцене уставности и законитости и оцене међусобне усклађености самоуправних општих аката је принципијелна и логична, опредељена уставном позицијом и улогом уставних судова и судова удруженог рада. Једино судови удруженог рада оцењују унутрашњу складност самоуправне регулативе, а уставни судови њену уставност и законитост. Претпоставка овако учињеног разграничења надлежности је мишљење да се на данашњем степену изградње самоуправне регулативе све мање поставља питање њене уставности и законитости и да све више постаје актуелна унутрашња складност самоуправног нормирања чију ће ваљаност оцењивати самоуправне институције. Али, како показује уставносудска контрола, оригиналност садржаја самоуправних норми не може се претпостављати. Будући да се она може утврдити само конкретном анализом то у пракси ова принципијелна линија разграничења надлежности може бити знатно померена. Другим речима, судови удруженог рада ће залазити у домен оцене уставности и законитости самоуправних општих аката у оној мери у којој „виши” самоуправни општи акти непотребно преузимају или парафразирају уставне и законске норме.

Све до Устава СФРЈ од 1974. године уставни судови су били надлежни и за решавање уставних спорова о уставности и законитости појединачних аката и радњи којима се вребају право на самоуправљање и друга основна уставна права и слобода.¹⁸⁾ Сада је само Уставни суд СР Хрватске задржао директну, додуше и даље супсидијарну надлежност уставног суда у заштити права самоуправљања и других основних уставних права и слобода. Међутим, и даље се највећи број захтева радних људи и грађана односи на ову материју, односно уставне спорове за које уставни судови уопште нису надлежни, односно за које су раније у прелазном режиму били у изузетним случајевима надлежни.¹⁹⁾ Остаје отворено питање да ли је искључење улоге уставног судства у области заштите права самоуправљања и других основних уставних права и слобода повређених неуставним појединачним актима и радњама рационално и адекватно уставном положају и функцији уставних судова.

¹⁸⁾ Иначе у нашој уставноправној теорији доминира мишљење по коме у категорији уставних спорова не спадају поступци и одлучивање уставних судова у неким другим стварима које су им уставом дате у надлежност, као што је супсидијарно решавање спорова о правима и дужностим друштвено-политичких заједница и решавање спорова о компетенцији међу одређеним државним органима (чл. 375. ст. 1. т. 5. и 6. Устава СФРЈ). Детаљније в. код: Ј. Глобевник, Оцена уставности и законитости у уставном спору, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1/1981.

¹⁹⁾ У периоду од 1975-1979. године Уставни суд Југославије примио је 918 захтева са предлогом за преиспитивање правоснажних пресуда редовних судова, одлука других државних органа и организација удруженог рада, а у 1709 захтева тражено је мишљење, савет, обавештење или интервенција Уставног суда по разним питањима код других органа или организација. Подаци прикупљени из: Билтен Уставног суда Југославије, бр. 4/1976 — 11/1979.

Праћење и проучавање друштвених односа и појава у остваривању уставности и законитости други је основни облик деловања уставних судова и заштите самоуправних права. Од самих уставних судова ова делатност се сматра делатношћу саветодавног и иницирајућег карактера.²⁰⁾

Функција праћења и проучавања друштвених појава и односа последица је потребе и захтева да уставни судови комбиновано делују у зависности од карактера и сложености проблема које решавају. Два се основна циља остварују овом функцијом. Пре свега, путем ње се уопштава и унапређује сама апстрактна контрола уставности и законитости нормативних аката и изједначавају ставови уставних судова по појединим питањима. С друге стране, преко ње остварују се веза и сарадња уставних судова са осталим субјектима заштите самоуправних права чије су могућности у отклањању узрока неуставних и незаконитих појава и понашања веће. Најчешће се и ова функција у коначној фази материјализује доношењем аката одређене садржине. Углавном се ради о актима необавезног карактера, ванправним актима, упућеним, пре свега, делегатским скупштинама, организацијама удруженог рада и другим доносиоцима нормативних аката. То су најчешће обавештења о стању и проблемима остваривања уставности и законитости, мишљења и предлози за доношење и измену закона и предузимање других мера ради обезбеђивања заштите уставности и законитости и заштите права самоуправљања и других права и слобода грађана.²¹⁾ Међутим, ванправни облици деловања не би требало да се користе као супститут ауторитативне уставносудске заштите. Функција решавања уставних спорова је, ипак, примарни и основни облик деловања уставних судова. У склопу функције праћења и проучавања друштвених односа и појава ванправно деловање или саветодавна активност уставних судова има смисла само ако се примењује паралелно са ауторитативним облицима заштите, као допунски облик заштите.

²⁰⁾ В. Белешке под бројем 16.

²¹⁾ В. чл. 376. Устава СФРЈ.

LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE JUDICIAIRE DES DROITS AUTOGESTIONNAIRES

— Résumé —

Dans le domaine de la protection globale du principe de la constitutionnalité et de la légalité, un des buts fondamentaux de la fonction constitutionnelle judiciaire en tant qu'appréciation abstraite est la protection des droits autogestionnaires et autres droits constitutionnels et libertés. Les autres formes de contrôle répressif ou préventif de la constitutionnalité et de la légalité des actes normatifs sont complémentaires à la fonction constitutionnelle judiciaire ou peuvent être appliquées parallèlement à celle-ci. Cependant, dans la pratique, leur contribution à la protection des droits autogestionnaires est de peu d'importance.

La protection constitutionnelle judiciaire des droits autogestionnaires est réalisée par excellence par la fonction de la délibération des litiges abstraits relatifs à la constitutionnalité et la légalité des actes normatifs. C'est une fonction protectrice spécifique du système politique qui s'exerce dans la forme judiciaire, mais dans laquelle sont accentués aussi des éléments politiques, de manière que la juridiction constitutionnelle présente un caractère d'institutions judiciaires et politiques.

Dans le travail un compte rendu est fait sur certaines solutions institutionnelles et sur la pratique des cours constitutionnelles en rapport avec la protection des droits autogestionnaires. D'une part on peut constater que certaines solutions institutionnelles liées à la fonction constitutionnelle judiciaire sont trop souvent appliquées et, d'autre part, ces instituts dont l'existence est motivée par la protection des droits autogestionnaires et autres droits constitutionnels et libertés dans le travail des cours constitutionnelles ne sont pas suffisamment appliqués ou pas du tout. Quand il s'agit de la pratique des cours constitutionnelles, un problème particulier persiste encore, c'est la non-unité des attitudes, c'est-à-dire des attitudes opposées des cours constitutionnelles des républiques et des provinces autonomes lors de l'interprétation des normes constitutionnelles identiques.

En ce qui concerne la protection des droits autogestionnaires et autres droits constitutionnels et libertés, il reste même une question ouverte de la rationalité de la solution constitutionnelle par laquelle la juridiction constitutionnelle se voit exclue de l'appréciation de la constitutionnalité et de la légalité des actes individuels par lesquels on viole le droit d'autogestion et autres droits constitutionnels et libertés.



„L E G E S R E G I A E”
I. ПИТАЊЕ АУТЕНТИЧНОСТИ

(Извод из магистарског рада)¹⁾

Такозвани краљевски закони, које писци из доба принципата на више места помињу, неки чак истичући посебну стару збирку ових закона, наводно донетих у доба краљевства („*ius Papirianum*” или „*de ritu sacrogrum*”),^{1a)} садрже врло драгоцене податке о положају жена у браку и породици. Међутим, аутентичност ових закона, а збирке посебно, врло је сумњива, што представља велики проблем при анализи положаја жене у најстаријем римском праву. Ако питање њихове аутентичности и није много значајно у неким другим областима истраживања, овде не само да је врло битно, него је и претходно. Нека владајућа схватања у овој области ослањају се управо на одредбе из „*leges regiae*”, те њихова основаност, сумњом у аутентичност одредби, бива озбиљно доведена у питање. А сумњи је толико да је доста раширено мишљење како оваквих закона и збирке није било, но да је реч о једној апокрифној компилацији с краја републике.²⁾

Извесна неслагања у погледу порекла збирке и природне садржаних одредби постоје још у античкој литератури. Према Помпонију,³⁾ изгледа једином,⁴⁾ у питању је збирка закона из области цивилног права (*ius civile Papirianum*), а предложених од краљева и изгласаних на куријатским комицијама; а састављена је наводно од

¹⁾ Јовановић, М. — Положај жене у најстаријем римском праву (магистарски рад), Правни факултет у Београду, 1984, стр. 25—36.

^{1a)} Pomponius lib. singulari ench. D. 1, 2, 2 помиње их као посебну збирку закона. Неки подаци се срећу и код других: Paulus, D. 50. 16, 144; Macrobius, Saturnaliae, 3, 11, 5; Servius, Ad Aeneidam, 12, 836; Велики број одредби о жени реконструисан је према: Dionisiје, Antiquitates Romanae; Fastus, De verborum significatione; Plutarh, Vitae paralelae; Plinius, Historia Naturalis. Неке старе законе помиње и Цицерон, мада не конкретно оне из „*leges regiae*”, нити помиње неку посебну збирку. Старе законе помиње и Ливије, а на неке се позива и Тацит. Више о томе в. Girard, P. — Textes de droit romain, Paris, 1903, стр. 3—4.

²⁾ Више о томе в. Girard, P. — Textes de droit romain, Paris, 1903, стр. 4—5.

³⁾ Pomponius lib. sing. ench. D. 1, 2, 2; превод Даниловић, Ј. — Стојановић, О.: Тестови из римског права, Београд, 1970, стр. 135; Ромац, А. — Извори римског права, Загреб, 1973, стр. 13.

⁴⁾ Више о томе в. Girard, P. — Textes de droit romain, стр. 3.

неког угледног Папирија у доба владавине Тарквинија Суперба. Већина других писаца, међутим, сматра је збирком религијских правила,⁵⁾ а по Дионисију⁶⁾ састављена је од понтифа Папирија на самом почетку републике. Већ су ова неслагања била довољан разлог да се питање аутентичности збирке и самих закона садржаних у њој расправља са више аспеката, да се у модерној литератури формирају различита, чак сасвим супротна схватања;⁷⁾ била су разлог да се актуелизира питање историјске вредности дела старих писаца, односно питање веродостојности сведочанстава о најстаријим римским временима. Расправљање ових питања, међутим, врло је отежано због недостатка других аутентичних података о старом римском времену, као и због чињенице да Збирка заиста садржи и нека архаична правила,⁸⁾ те се отуда у литератури код извесних питања остаје на терену претпоставки, више или мање уверљивих.

Помпонијевог ставу, што се тиче времена састављања Збирке, унеколико противречи податак из Дионисија,⁹⁾ по коме је Тарквиније Охоли укинуо неке Сервијеве законе, као и опште мишљење о Тарквинију Супербу, базирано на традицији, као узурпатору и личности која гази старе обичаје и краљује у доба потпуног безакоња. Но, све то не мора значити апсолутну потврду да није било никакве збирке закона или других прописа, који се по својој садржини не би косили са краљевим тежњама. Помпоније, међутим, помиње законе из области *ius civile-a*, донете на куријатским комицијама; податак чија тачност је у модерној литератури озбиљно доведена у сумњу. Наиме, доста аутора сматра, међу њима и Жирар,¹⁰⁾ да одредбе садржане у збирци, превасходно религијског карактера, нису могле бити предмет народног одлучивања у старом Риму.¹¹⁾ Као аргумент против Помпонијевог става Жирар такође истиче непостојање писаних закона у старо доба Рима, не сматрајући веродостојним податак о уништењу свих краљевских закона на самом почетку периода републике.¹²⁾ Потврду оваквог схватања аутор налази у познатим подацима о сталној борби у Риму и осталим захтевима за писаним законима и објављеним, све до доношења Закона XII таблица.

⁵⁾ Livius, *Ab urbe condita*, I, 32; I, 42.

⁶⁾ Dionisius, *Antiquitates Romanae*, II, 36.

⁷⁾ Више о томе в. Girard, P. — *Textes de droit romain*, стр. 3—4; Girard, P. — *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1918, стр. 14—15.

⁸⁾ Управо због тога што Збирка садржи нека архаична правила многи придају веру подацима из „*leges regiae*”, нпр. Puhar, I. — *Римско право*, Београд, 1969, стр. 45. не искључује могућност постојања оваквих правила у старо доба Рима; Herrmann, Cl. — *La rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, стр. 11. сматра да су закони донети почетком периода републике: Салковски, К. — *Институције са историјом римског права*, Београд, 1894, стр. 19. сматра да је збирка настала после доношења Закона XII таблица.

⁹⁾ Dionisije, *Antiquitates romanae*, IV, 43, 1.

¹⁰⁾ Girard, P. — *Textes de droit romain*, стр. 3—4.

¹¹⁾ Додуше, *comitia calata* учествују у неким религијским питањима (рецимо код *inauguratio i detestatio sacrorum*), али не и у доношењу прописа овакве врсте какви се срећу у „краљевским законима”.

¹²⁾ Girard, P. — *Textes de droit romain*, стр. 4. не верује у овај податак, рекло би се сасвим основано.

Чињеница да није реч о законима у формалном смислу, иако значајна, ипак није одлучујућа за негирање Помпонијевог сведочанства. А разлика у схватањима између њега и осталих писаца можда и није тако велика, но је можда реч о једном другачијем погледу на старо право уопште. Судаћи према постојећим реконструкцијама, Збирка заиста садржи највише религијских правила и одредби које су више или мање, у некаквој вези са религијом. Но, чињеница је и да одредбе залазе у значајне домене приватног живота, а делимично и јавног.¹³⁾ С обзиром на то да су у доба принципата бројна питања јавног и приватног живота потпуно ослобођена утицаја религије, разумљиво је да тадањи писци у „краљевским законима” виде збирку религијских правила. Али старо римско право управо је дубоко прожето религијом, а питања приватног живота далеко су више регулисане религијским и другим ванправним нормама, но правним. Да ли је Помпоније можда са тог аспекта гледао на Збирку, а претерујући и грешећи само у томе што одредбе, сходно донекле пракси и правном животу свога времена, приписује комицијама као некадашњем законодавном телу? Тешко је са сигурношћу одговорити, с обзиром да се о њему, о његовом познавању историје римског права и његовим опредељењима заиста мало зна.¹⁴⁾

Непостојање писаних закона све до доношења Закона XII таблица, што Жирар¹⁵⁾ истиче као још јачи доказ неаутентичности „leges regiae” као законских норми, доста је дискутабилно питање, с обзиром на недостатак података о том старом времену.¹⁶⁾ Стални захтеви народа, превасходно плебејаца, за једним писаним и обнародованим законом, стална њихова борба не мора а priori бити доказ непостојања било каквих писаних прописа, правне или ванправне природе. Додуше, чудно је да Закон XII таблица, који по Ливију представља „fons omnis publici privatique iuris”,¹⁷⁾ не помиње неке установе садржане у тзв. краљевским законима. Но, разлог томе могла би бити и чињеница да су те установе већ регулисане неким постојећим прописима. Ово тим пре ако се „leges regiae” схватају као прописи више ванправне природе, с обзиром на ондашњи значај ванправних норми; а и као такви од изузетног су значаја за сагледавање положаја жене у старо доба. Уосталом, Жирар,¹⁸⁾ као и неки

¹³⁾ Рецимо одредбе о судским и несудским данима, приписане Numi (Livije, Ab urbe, I, 19); одредбе о односима између патриција и плебејаца, односно патрона и клијената, приписане Romulu (Dionisiје, Antiquitates Romanae, II, 9, 1); одредбе о ослобођеницима, приписане Serviju Tuliju (Dionisiје, Antiquitates Romanae, IV, 22, 4) итд.

¹⁴⁾ Нешто података о Помпонију износи Станојевић, О. — Gaius poster, Београд, 1976, стр. 61—63; Станојевић, О. — Гај: Институција, Београд, 1982, предговор преводу, стр. 15.

¹⁵⁾ Girard, P. — Textes de droit romain, стр. 4.

¹⁶⁾ Захтеви народа за писаним законима подразумевали су тачно одређена питања, те њихово постојање не мора унапред значити доказ непостојања било каквог писаног закона. Но, када су у питању „краљевски закони”, скоро је сигурно да их није било.

¹⁷⁾ Livije, Ab urbe condita, III, 34.

¹⁸⁾ Girard, P. — Textes de droit romain, стр. 4.

други аутори, не искључују могућност постојања архаичних правила, превасходно религијских, чији се трагови налазе и у „leges regiae”.

Негирање законског карактера одредби из „leges regiae”, када је реч о положају жене, свакако је од значаја за сагледавање степена залажења старог права у односу између полова уопште, односно за разлучивање домена права и ванправних норми по овим питањима. Истовремено, с обзиром на изразито патријархални карактер садржаних одредби,¹⁹⁾ од значаја је за сагледавање степена патријархалности старог права уопште. Остају, међутим, два централна питања. Прво, да ли је уопште у старо доба Рима било овакве или сличне збирке одредби, независно од питања њихове природе, правне или ванправне. Друго, да ли садржане одредбе, независно од питања постојања збирке у техничком смислу, заиста по садржини одговарају старом времену Рима, односно да ли баш тако формулисане, како их презентирају стари писци, потичу из старих времена. Изузетно велику тешкоћу при расправљању ових питања представља разнородност садржаних одредби, као и присуство неких несумњиво архаичних правила и норми.²⁰⁾ Отуда је врло тешко потврђивати или оспоравати старо порекло свих садржаних одредби као једној целини, а доста је тешко проценити и аутентичност свих одредби везаних за статус жене.

Да ли је у старо доба Рима, пре Закона XII таблица, било какве збирке прописа, тешко је рећи. Али је врло сумњиво да тзв. *leges regiae*, као једна целовита збирка, бар у облику који презентирају писци из доба принципата, потичу из тога времена. Колико је познато, Збирка се први пут помиње тек негде крајем републике или почетком принципата. Наиме, преко Паула²¹⁾ се сазнаје да је помиње Г. Флак, за кога се верује да је био савременик Цезара или Аугуста.²²⁾ Варон, бар судећи према сачуваним фрагментима из његових дела, не спомиње никакву збирку, а као посебну збирку не помиње је ни Цицерон.²³⁾ Помиње је В. Флак, затим Ливије, као Нумине књиге религијских права и ратних обичаја, обновљене у доба Анка Марција, као Сервијево увођење цензуса итд.²⁴⁾ Помињу је и неки други писци из следећих векова, рецимо Дионисије, Плиније, Тацит, Плутарх, Фест, као и Помпоније и Паулус итд.

Врло је чудно, међутим, и скоро несхватљиво да се Збирка не помиње читавих неколико векова, и да је не помиње ни један од писаца из друге половине републике. Чудно је да јој не посвећује па-

¹⁹⁾ Већина одредби има изразито патријархални карактер. Више речи о томе биће при анализи појединих одредби из „ краљевских закона”, под следећим насловом.

²⁰⁾ Трагови архаичног су врло бројни и отуда се најчешће и верује да је реч о правилима (углавном религијским) везаним за старо доба Рима. Више о томе в. Girard, P. — *Textes de droit romain*, стр. 4.

²¹⁾ Paulus, D. 50, 17, 144.

²²⁾ Више о G. Flacuso v. Girard, P. — *Textes*, стр. 4. и у *Nouv. Rev. Hist.*, 1902, стр. 383, н. л.

²³⁾ Cicero, *De re publica*, II, 17, 31, говори о праву установљеном од Тула Хостилија, на основу кога су објављивани ратови; превод Romas, A. — *Извори римског права*, стр. 15.

²⁴⁾ Livije, *Ab urbe condita*, I, 32; I, 42.

жњу ни Варон, кога многи сматрају једним од највећих римских научника, ни Цицерон, кога интересује старина. А Ливије, помињући неке од старих закона, не наводи изворе из којих је конкретно узео податке, док код неких других питања, везаних рецимо за старе легенде, наводи чак разлике у схватањима неких од старијих аналита.²⁵⁾ Невероватно је такође да Катон Старији, познати противник жена, не помиње збирку која садржи добар број одредби везаних за положај жене, и то изразито патријархално обојених. Додуше, није сачувано његово дело *Origines*. Али тешко је поверовати да би Катон, у чувеним говорима против жена, у којима се често позива на давна времена и истиче некадашњу наводно потпуну подређеност жене мушкарцу, пропустио да помене овакву збирку или бар неке њене одредбе.²⁶⁾ Са друге стране, интересантно је, а и симптоматично на неки начин, да извесне одредбе из Збирке имају сличности са неким Катоновим ставовима, рецимо са његовим ставом о прељуби.²⁷⁾ Ово би такође могао бити ваљан аргумент за потврду основности ставова оних аутора²⁸⁾ који сматрају да је реч, не о аутентичној збирци, но о некаквој компилацији с краја републике.

О аутору компилације, као и о изворима које је користио; нема никаквих података, а они би свакако били од значаја за оцену аутентичности појединих одредби, односно за процењивање њихове везе са старим римским временима. У коликој мери одредбе из збирке одговарају времену пре Закона XII таблица? Судећи према постојећим реконструкцијама, одредбе су врло разнородне, тако да је тешко у целини их прогласити одговарајућим или неодговарајућим том времену; тим пре што је мало других веродостојних сведочанстава о времену пре доношења Закона XII таблица. Збирка садржи нека несумњиво архаична правила;²⁹⁾ Жирар рецимо сматра да су нека од религијских правила из збирке чак можда старија од самога града, а да су касније, доста произвољно, приписана неким од римских краљева, најчешће Ромулу и Нуми.³⁰⁾ Неке од одредби, везане за грађанске и кривичне односе, изразито су религијски обојене; рецимо казна је „*sacer esto*”,³¹⁾ што такође указује на старо по-

²⁵⁾ Нпр. код легенде о Кориолану, в. Ливије, *Ab urbe condita*, III, 40, и код неких других легенди.

²⁶⁾ О Катону Старијем више код Herrmann, *Cl. — La rôle*, стр. 50—62. Неки фрагменти из Катонових говора више презентирани на стр. 58—61 овога дела рада.

²⁷⁾ Овај став ће такође касније бити презентирани; више о томе в. Herrmann, *Cl. — La rôle*, стр. 13.

²⁸⁾ Girard, *P. — Textes*, стр. 3—4; *Manuel elementaire*, стр. 14—15; Dirksen, *Vercushe zur Kritik und Auslegung der Quellen*, 1823, стр. 234; Rubino, *Untersuchungen über römische Verfassung*, 1939, стр. 399; Schwegler, *Röm. Geschic.*, I, 1867; Krueger, *Sorces*, стр. 3 итд.

²⁹⁾ Рецимо казне су религијски обојене („*sacer esto*”); За преоравање међа предвиђа се казна жртвовања боговима и орача и волова; забрањује се проливање вина на ломачу; поштован је Јупонин жртвеник и забрањено је било какво његово каљање; садржани су и подаци о старим правилима везаним за ритуал посвећивања девица весталки итд.

³⁰⁾ Girard, *P. — Textes*, стр. 3—4.

³¹⁾ „*Sacer esto*”, одредба приписана Срвију Тулију, према Festus, v. *plorare*.

рекло. Отуда и није чудно што стари писци, а по угледу на њих и неки савремени, Збирку сматрају одговарајућом старом времену Рима. Има, међутим, и одредби у којима неки подаци уопште не изгледају спојиви са временом коме се приписују, бар према досадашњим сазнањима о старом римском друштву. Такви су рецимо подаци о класној подели још у доба Ромула и надничарским пословима плебејаца,³²⁾ као и неки други.³³⁾ Иначе, највећи број одредби изнет је у форми препричавања.

Што се тиче одредби везаних за положај жене, углавном у браку и породици, тешко је на први поглед уочити неке изразите анахронизме. Наглашавање религијске форме заснивања брака, путем *confareatio*, управо упућује на стара времена. У целини гледано одредбе изражавају једно потпуно патријархално стање, а што је иначе у складу са традиционалним схватањима, какво у римској античкој, тако и у литератури новог века, о старом римском праву и римском друштву као изразито и строго патријархалном. Ваља истаћи са друге стране, међутим, да је већина оваквих схватања добрим делом базирана управо на одредбама и „*leges regiae*”. Колико су оваква схватања основана, односно у којој мери одредбе које им чине подлогу одговарају старом времену Рима, колико га верно одражавају у погледу положаја жене у породици и друштву, није лако проценити. Ово тим пре што је римско друштво до времена доношења Закона XII таблица несумњиво претрпело велике промене, израстајући из гентилног у државно уређење, а што се свакако на неки начин одразило и на положај жене, правни и фактички, мада можда не у тако великој мери како неки аутори сматрају.³⁴⁾ Отуда није једноставно оспорити било какву везу поменутих одредби са читавим овим периодом, макар да се оне, ни као део неке посебне збирке, а ни као неке издвојене одредбе, не помињу посебно све негде до времена Аугуста. Ипак, има неколико чињеница које, чини се, наводе на основану сумњу у старо, или бар врло старо порекло ових одредби.

Најпре, већ поменути анахронизми у вези са неким другим одредбама могу изазвати сумњу и у старо порекло одредби везаних за статус жене. То јесте један од разлога што неки аутори сматрају да је Збирка настала после Закона XII таблица.³⁵⁾ У сваком случају то је доказ да у њој, онаквој каква се помиње од времена Аугуста, има некаквих комбиновања старих и новијих података, што је већ довољан разлог за сумњу у аутентичност садржаних одредби уопште.

³²⁾ Одредбе приписане Ромулусу према Dionisije, *Antiquitates Romanae*, II, 9, 1. Превод Romas, A. — Извори, стр. 13. Romas такође истиче да су надничарски послови, поменути у одредби, један од анахронизама (Извори, стр. 13, н. 4).

³³⁾ Сумњива је и одредба која говори о стицању грађанства од стране робова, приписана Сервију Тулију. Ливије као први случај ослобађања робова наводи тек онај из доба завере, на почетку републике, у којој су учествовали и синови Брута (ослобађање путем *vindicta*), Ливије, *Ab urbe*, II, 5.

³⁴⁾ Herrmann, Cl. — *La rôle*, стр. 11.

³⁵⁾ Салковски, К. — Институције са историјом римског приватног права, стр. 19.

Даље, формулација одредби, односно начин њиховог препричавања и коришћена терминологија, бар код неких одредби, изгледа више одговарајућа времену с краја, но с почетка републике. Наравно, разлог томе је могла бити и тежња да се старе одредбе прилагоде новом начину изражавања; али и тиме је већ присутна могућност једног новог, можда неодговарајућег тумачења старих одредби. Међутим, оно што посебно изазива пажњу код одредби везаних за положај жене, јесте чињеница да су много више световног но религијског карактера, а што одудара од општег схватања о старом праву као изразито прожетом религијом. Из ових одредби се не види, шта би ваљало очекивати, неки посебан религијски или обичајни ритуал рецимо при отеривању или кажњавању жене, но се једноставно констатују разлози за једно или друго. Ако ништа друго, ова чињеница указује да је аутор Збирке вршио некакву селекцију одредби, или делова одредби, изостављајући нека застарела, давно превазиђена религијска правила. Збирка је у погледу ових одредби далеко од чисто религијске.

Даље, када су у питању одредбе о положају жене, како је већ истакнуто, чудно је да их не помиње Катон Старији. Посебно наглашавајући максималну подређеност жене мушкарцу у старо доба, Катон ипак не помиње конкретно неке законе или посебне одредбе. Невероватно звучи да би Катон могао учинити такав пропуст. А са друге стране, неке од одредби управо су доста сличне извесним Катоновим схватањима. Некако се намеће утисак, можда доста произвољан да су неке од одредби сачињене, или бар формулисане, по угледу на Катанове говоре. Уз то, чини се да одредбе у вези са положајем жене у браку, мада и ово може изгледати доста произвољно тврђење, или бар сувише, смело запажање, изражавају и неке аспекте стања у брачним односима из доба Аугуста; да садрже некакву комбинацију старог и новог. Нешто више речи о томе биће код презентирања и анализе појединих одредби. Но, овде ипак ваља истаћи да, с обзиром на садржину одредби о положају жене у браку, делује доста симптоматично да се оне први пут јављају, односно бар први пут помињу, баш изгледа у доба Аугуста. С обзиром на познату Аугустову политику у овој области, тешко је поверовати у случајну коинциденцију, мада и ова, као и друге изражене сумње, још увек нису апсолутно довољан доказ потпуне неаутентичности свих одредби, поменутих и других.

Постоје, међутим, извесна сведочанства, изгледа недовољно вреднована, која би могла озбиљно довести у питање нека устаљена схватања, односно која би могла озбиљније довести у сумњу старо порекло одредби о статусу жене, или бар порекло појединих њихових делова. То су подаци о положају жена у породици и друштву, садржани у бројним легендама, везаним за старо доба Рима. Разуме се да сведочанства из легенди не могу унапред и безрезервно бити прихваћена као потпуно веродостојна; али изгледа да аутентичност одредби из тзв. *leges regiae* није мање сумњива но подаци из легенди. Уз то, римске легенде имају изванредан континуитет у преношењу кроз векове. Писци из друге половине републике и из доба принци-

пата преузимају их углавном од старијих анализата, а ови највероватније из усменог предања. Иако добар број њих има етиолошки карактер, а многе од њих о жени говоре више узгредно, и извесно је да су током векова претрпеле знатне промене, легенде су ипак сачувале успомену на једно доба када је жена фактички, како у приватном, тако и у јавном животу, уживала велики углед и поштовање; када је, дакле, имала значајну друштвену позицију. А та успомена у многоме противречи стању одсликаном кроз одредбе из „краљевских закона”. Додуше, легенде не кажу рецимо да жена може некажњено извршити прељубу или да може самовољно напустити мужа, што би директно противречило одредбама из Збирке, али оне указују на једно стање у односима између полова са којим овакве појаве не изгледају спојиве; и то не зато што је жена затворена и строго чувана, као у Атини класичнога доба; не зато што је кажњавана и била строго, односно апсолутно подређена мушкарцу. Напротив, према некима од легенди, жена је уживала релативно велику слободу, не само у породици, но и у граду, односно у читавом друштву; а брачне односе одликује обострано поштовање, међусобна блискост и висока моралност брачних другова. Овакав положај жене и овакве односе брачних другова тешко је уклопити у неко драстично партијархално стање. Наиме, тешко је овакве брачне односе везати за класичну моногамију,³⁶⁾ која често, или скоро редовно, бива пратилац изразито патријархалних друштава, наравно класних и са ограниченим државним апаратом. Одредбе из „краљевских закона”, међутим, управо указују на класичну моногамију, на строго патријархално друштво, супротно подацима из легенди, као и подацима о фактичком положају жене из неких других извора.³⁷⁾

Овако различита сведочанства природно намећу дилему: којим подацима поклонити веру? У досадашњој правној литератури као веродостојна су углавном прихватана сведочанства из „краљевских закона”; и на основу њих су, много више но на основу одредби из Закона XII таблица, и формирана схватања о старом римском праву као строго патријархалном. Међутим, још пре стотинак година уочен је контраст између ових различитих сведочанстава. Истиче га Жид,³⁸⁾ а наглашава и Јеринг.³⁹⁾ Уочен је велики раскорак између правног и фактичког положаја жене, између правних и ванправних норми, али ни до данас није дато неко задовољавајуће објашњење тога раскорака. Жид овај раскорак, или како каже „демаркацију између права и обичаја”,⁴⁰⁾ истиче као посебну и значајну специфичност старог римског права.

Откуда толики раскорак и да ли је заиста присутан у старо доба Рима? Одговор у великој мери зависи од решавања питања ау-

³⁶⁾ О класичној моногамији в. Енгелс. Ф. — Порекло породице, приватне својине и државе, стр. 58—78.

³⁷⁾ О томе ће бити речи у III делу рада.

³⁸⁾ Gide, P. — Etude sur la condition prive de la femme, Paris, 1885.

³⁹⁾ Ihering, R. — L'esprit du droit romain, превод на француски, Volonja — Paris, 1886—1888.

⁴⁰⁾ Gide, P. — Etude, стр. 94—95.

тентичности поменутих одредби из „краљевских закона”, јер раскорак је у односу на њих далеко већи но у односу на одредбе из Закона XII таблица. Да ли је заиста у старо доба Рима било оваквих, овако формулисаних одредби о положају жене, независно од питања постојања неке посебне збирке прописа? Није ли можда реч о неком новом тумачењу старих, изоловано посматраних одредби, или су, што такође није невероватно, у питању неке нове творевине из доба Аугуста, заоденуте делимично у стару, религијски обојену форму? Релативно аргументовани одговор на ово питање могућно је дати једино уз анализу података о фактичком положају жене, садржаним пре свега у легендама, као и на основу уочавања неких специфичности у развоју старог римског политичког уређења и економско-породичне организације.⁴¹⁾

Интересантан је по овом питању став Кл. Ерман, тим пре што је реч о аутору, једном од изузетно ретких, који допушта могућност постојања трагова матријархата у старо доба Рима, значајно одударајући тиме од традиционалних схватања старог римског друштва као строго патријархалног већ почетком периода краљевства. Прихватајући, наиме, доста раширено схватање о етрурској цивилизацији као матријархалној и констатујући њен утицај на Рим у доба краљевства,⁴²⁾ Ерман даље каже: „Међутим, што се тиче такзваних краљевских закона, чије историјско постојање је било врло озбиљно оспоравано, ми сматрамо, (а такво мишљење је углавном допуштено), да се они сигурно односе на архаичну традицију, али ону после пада Тарквинија, јер потврђују једно стање потпуне патријархалне цивилизације, што је, сматрамо, везано за реакцију која је пратила изгон краљева”.⁴³⁾

Несумњиво је да између периода краљевства и периода републике, већ првих деценија, постоје одређене разлике, како уопште у друштвеним односима, тако и у односима између полова, односно у третману жене. На неке од разлика указују и извесни подаци из легенди, везани за период првих деценија републике. Уосталом познато је да по правилу уз процес рабања државе и права упоредо иде и процес све веће патријархализације друштва, односно процес подређивања жене мушкарцу.⁴⁴⁾ Врло је вероватно да је тај процес израженији почетком републике но у претходном периоду. Није занемарљиво ни питање реакције против Етрурије, насупрот којој се, можда уз коришћење грчког узора, тежи све израженијем патријархалном стању и брисању трагова матријархалних односа. Али је ипак мало вероватно да се по угледу на Грчку, већ одмах након пада Тарквинијеваца, приступило конкретном правном регулисању положаја

41) На неке специфичности у развоју римског друштва указао је још Енгелс, порекло породице, стр. 116—126. А врло драгоцену запажања даје и Стојчевић, Д., у поменутих радовима: Формирање ране римске државе; Облици својине у старом Риму; Gens, consortium, familia, итд.

42) Herrmann, Cl. — La rôle, стр. 9.

43) Herrmann, Cl. — La rôle, стр. 10—11.

44) Више о томе в. Енгелс, Ф. — Порекло породице, приватне својине и државе; Бебел, А. — Жена и социјализам; De Vooag, S. — Други пол.

жене онако како кажу „краљевски закони”.⁴⁵⁾ Дакле, иако је скоро сигурно да жена почетком републике има нешто неповољнији друштвени положај но раније, делимично можда и због спољних утицаја, то није довољан доказ да „leges regiae”, бар што се тиче одредби о жени, потичу с почетка републике. Скоро сви поменути разлози за сумњу у аутентичност одредби, односно у њихово старо порекло, присутни су и при варијанти коју износи Ерманова. Подаци о фактичком положају жене почетком републике, садржани у легендама, а и у неким другим изворима, иако указују на неке разлике у односу на раније доба, ипак несумњиво потврђују далеко повољнији положај жене но што кажу „leges regiae”. Раскорак између правног и фактичког положаја жене присутан је, према расположивим подацима, и у овом периоду. Уз то, не звучи довољно уверљиво да би се већ почетком републике, уз присутан револт против Етрурије и против краљевства уопште, сачинила збирка закона управо приписаних појединим од краљева.

Већ након ових неколико запажања, сматрамо, мишљење о збирци тзв. краљевских закона, као једној апокрифној неаутентичној компилацији с краја републике изгледа довољно основано, бар када је реч о одредбама у вези са положајем жене у браку и породици. А ако је тако, с правом се поставља питање основаности традиционалних, а и данас владајућих схватања о правном положају жене у старо доба Рима, базираних више на одредбама из „краљевских закона”, но на одредбама Закона XII таблица. Непостојање оваквих, најстаријем времену приписаних одредби, уз анализу фактичког положаја жене и уз уочавање неких карактеристика старог римског друштва, упућује и ка једном друкчијем погледу на одговарајуће одредбе из Закона XII таблица; упућује такође и на друга чије схватање истакнутог раскорака између правног и фактичког положаја жене у старо доба Рима.

Међутим, владајућа схватања о правном положају жене у старо доба Рима, као потпуно подређеном, великим делом базирана управо на одредбама из „краљевских закона”, толико су дубоко укоренена и скоро општеприхваћена, да заиста није једноставно покренути питање њихове основаности. У сваком случају, ради њиховог излагања и уочавања њихове основе, нужно је презентирати одредбе из тзв. *leges regiae*, као једну целину, из које би се могао сагледати дух и основне идеје прописа, независно од питања њихове аутентичности. Узгред, уз текст неких одредби, овде ће бити изнета нека запажања о њиховом карактеру. Разлике међу постојећим реконструкцијама, у погледу обухваћених одредби, овом приликом нису посебно значајне. Наиме, као основа за формирање владајућих схватања у литератури су коришћени скоро сви до сада познати подаци, независно од тога да ли су, по једној или другој реконструкцији, сврстани конкретно у одредбе из тзв. „краљевских закона”.

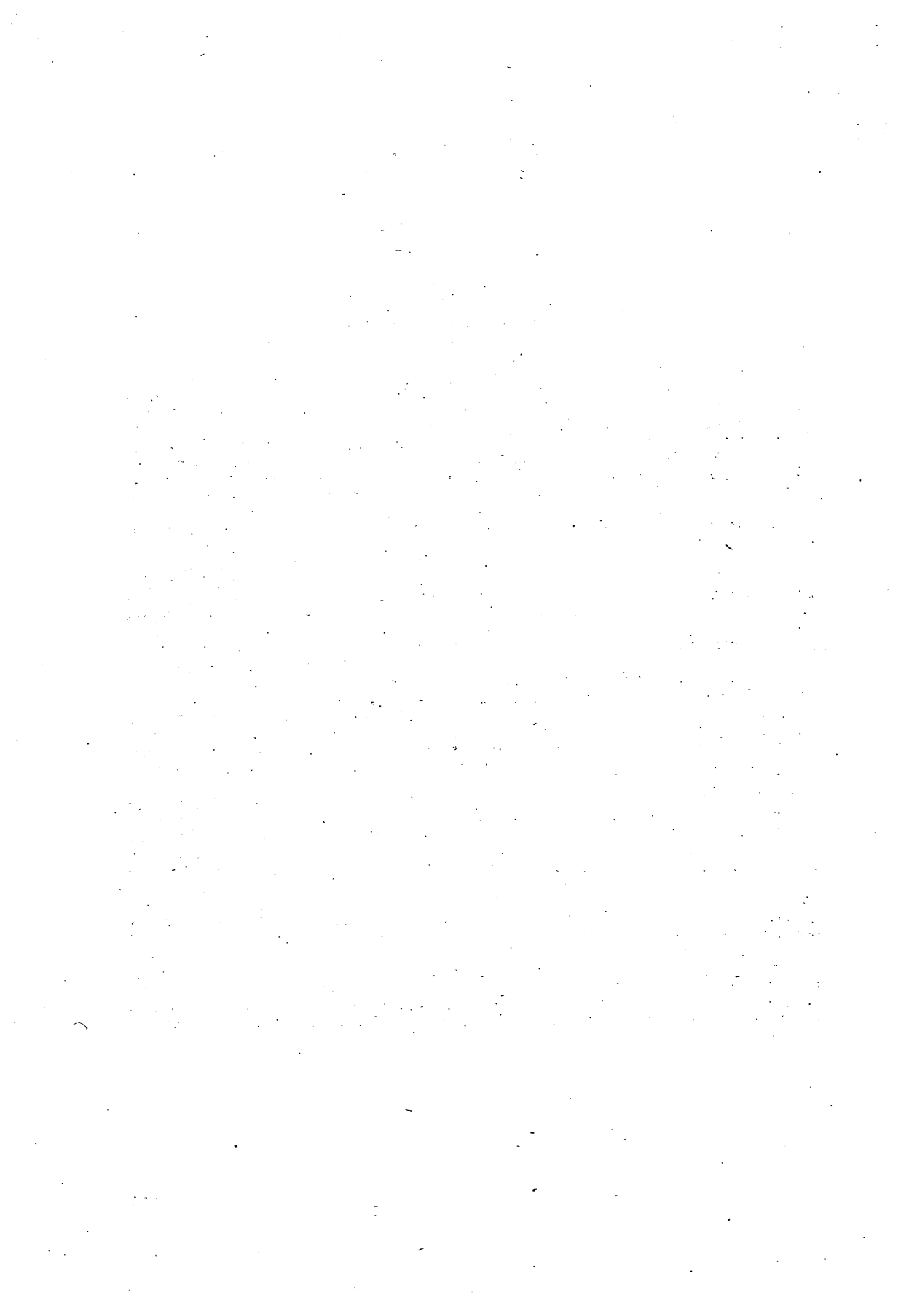
⁴⁵⁾ „Краљевски закони” управо предвиђају изразиту подређеност жене мушкарцу и њену доста изражену обесправљеност. Чудно је, међутим, да краљевство пада због насиља над једном женом, а да „leges regiae”, потичући наводно из доба краљевства, предвиђају обесправљеност жене.

"L E G E S R E G I A E"
I. LA QUESTION D'AUTHENTICITÉ
(Extrait du travail de maîtrise)

Les lois soi-disant de rois que les auteurs de l'époque de principat mentionnent à plusieurs places, même certains comme un recueil particulier de vieilles prescriptions, offrent les données très importantes de la position de la femme dans le mariage et la famille. En réalité, les conceptions dominantes du statut de la femme en droit romain le plus ancien sont basées justement sur ces données-ci, même beaucoup plus que sur celles qui sont données par la loi XII des tables; et les dispositions de la Loi sont interprétées en général conformément à celles des „lois de roi" qui se distinguent par le patriarcat marqué. Pourtant, l'authenticité de ces lois, à part celle du recueil, est très douteuse. Il y a des auteurs du début de ce siècle qui sont d'avis qu'il est question d'une compilation apocryphe non-authentique de la fin de la période de la république.

Certaines divergences du point de vue de l'origine du recueil et de la nature des dispositions contenues existaient déjà chez des auteurs romains antiques, et on rencontre dans la littérature moderne les arguments importants en faveur de la conception de la non-authenticité du recueil de prescriptions mentionné. Girard souligne qu'il s'agit de prescriptions colorées de la religion qui n'avaient pas pu représenter les lois dans le sens propre du mot, et comme argument encore plus convaincant celui-ci souligne les données concernant les luttes permanentes et les exigences des lois écrites à Rome jusqu'au temps de l'adoption de la Loi XII des tables. Il est difficile de nier l'authenticité de toutes les dispositions du recueil dans son ensemble vu que celui-ci contient incontestablement certaines règles archaïques indépendamment de la nature des prescriptions, en sens formel. Pourtant, deux questions principales se posent — s'il y avait eu à l'époque ancienne de Rome un tel ou un autre recueil, et si le contenu des dispositions relatives à la femme correspond vraiment à ce temps-là.

Le recueil avait été cité pour la première fois à peu près à l'époque de César ou à celle d'Auguste. Si l'on voulait croire à son authenticité, il est étonnant, en ce qui concerne les dispositions de la femme, que Caton l'Ancien ne l'ait pas mentionné en tant que représentant éclatant de la réaction antiféministe de son temps en conformité avec laquelle l'époque antique est représentée comme l'époque du pouvoir de l'homme sur la femme. Un argument encore plus fort en faveur de la doute est le désaccord entre le droit et la vie à l'époque ancienne de Rome, quand la position de la femme est en question, c'est-à-dire le fait que les autres données, bien que la plupart d'entre elles soit contenue dans les légendes, disent que la femme jouissait effectivement à ce temps-là d'un prestige et respect exceptionnel, tandis que les „leges regiae" disent qu'elle était en pouvoir de l'homme. Les dispositions des „lois de rois" ne semblent pas compatibles avec le temps auquel elles sont attribuées, quand le statut de la femme est en question, la conception paraît fondée et qu'il s'agit de la compilation non-authentique datant de la fin de la république.



ОСНОВАНОСТ ТУЖБЕНОГ ЗАХТЕВА КАО УСЛОВ ЗА ДОНОШЕЊЕ ПРЕСУДЕ ЗБОГ ИЗОСТАНКА

Пресуда због изостанка је врста пресуде којом суд одлучује о тужбеном захтеву, Закон о парничном поступку¹⁾ предвиђа да, кад тужени не дође на припремно рочиште до његовог закључења или на прво рочиште за главну расправу ако припремно рочиште није држано, или ако дође али неће да се упусти у расправљање или се удаљи са рочишта а не оспори тужбени захтев може да се донесе пресуда којом се усваја тужбени захтев (пресуда због изостанка), ако су испуњени следећи услови:

- а) ако је тужени уредно позван;
- б) ако је тужилац предложио доношење пресуде због изостанка;
- в) ако тужени није поднеском оспорио тужбени захтев;
- г) ако основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби;
- д) ако чињенице на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима које је сам тужилац поднео или са чињеницама које су општепознате;
- е) ако не постоје општепознате околности из којих произилази да су туженог спречили оправдани разлози да дође на рочиште (чл. 332. ст. 1.).

У теорији процесног права ова се пресуда назива²⁾ и контумациона пресуда.³⁾

Поступак који претходи доношењу одлуке, по правилу је контрадикторан. Пред судом се, најчешће, налазе два супротна странака захтева. Тужилац у тужби тражи усвајање тужбеног захтева. Тужени, пак, упуштањем у парницу, тражи одбијање тужбеног захтева. Њихови захтеви за пресуду су контрадикторни, међусобно супротни, противречни, узајамно се искључују. У том случају суд доноси тзв. контрадикторну пресуду.⁴⁾ Међутим, могућно је да доно-

¹⁾ „Сл. лист СФРЈ”, бр. 7/77 од 4. 1. 1977. год.; (у даљем тексту ЗПП).

²⁾ С обзиром на природу и конструкцију ове пресуде у савременом праву, овај назив би био неадекватан јер намеће закључак да се пресуда појављује као санкција према странци која се не одазове позиву суда да активно судује у парници.

³⁾ Израз потиче од латинске речи contumax што значи тврдоглав, онај који се не покорав.

⁴⁾ Чини се да проф. Марковић правилно примећује да би било правилније говорити о пресуди донетој по контрадикторним захтевима странака. Про-

шење пресуде тражи само тужилац, Тужени или признаје тужбени захтев или је изостао са припремног рочишта, односно првог расправног рочишта а није оспорио тужбени захтев. У таквим случајевима суд доноси тзв. „једностране пресуде“⁵⁾ пресуду на основу признања и пресуду због изостанка.⁶⁾

Предмет судске заштите, која се остварује кроз парнични поступак, су грађанска субјективна права. Ова права карактерише њихова диспозитивност. Од воље титулара субјективног грађанског права зависи хоће ли он своје право да врши или неће. Како он слободно располаже својим грађанским субјективним правом он може и његову заштиту да напусти. С обзиром на то, и парнично понашање странке у парници може бити двојако: делање и парнично пропуштање. Делање се састоји у предузимању парничних радњи.⁷⁾ Понашање странака у парници које се манифестује као парнично пропуштање, не може да спречи развијање парнице. Она се незадрживо креће према свом циљу — судској одлуци. Из одредаба ЗПП произилази да такво понашање туженог није ирелевантно. У ЗПП су изричито предвиђене последице пропуштања. Тужени је имао могућност да се различито понаша у парници. Он је изабрао једну од могућности. Пропустио је да оспори тужбени захтев, пропустио је да предузме једну страначку парничну радњу која се састоји у изјави. Уместо изјаве имамо ћутање, изостанак радње коју је тужени био овлашћен да предузме. За тај изостанак везују се одређене последице. Једна од последица је и могућност да суд донесе пресуду због изостанка ако су испуњени одређени законом предвиђени услови.⁸⁾

тивречни могу бити захтеви за пресуду. Конtradикторан може бити поступак који претходи пресуди. Пресуда, међутим, не може бити contradикторна, јер би то била пресуда са унутрашњим противречностима, а таква пресуда представља повод за изјављивање правног лека. Видети: Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. 1. св. 2. Ниш, 1982. год. стр. 350.

5) Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. 1. св. 2. Ниш, 82. стр. 350.

6) Марковић, М. — оп. цит. стр. 350.

7) У теорији процесног права има схватања да се парничном радњом сматра и намерно пропуштање предузимања парничне радње, тзв. негативна парнична радња. Ово схватање наилази на озбиљне критике с обзиром да проглашава радњу и нешто што није радња. Пропуштање радње не може бити радња јер је њена суштина у делању. Сасвим је друга ствар што се парнично понашање странке манифестује и као парнично пропуштање. (Детално о томе видети: Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. 1. св. 2. Ниш, 1982. год., стр. 10.)

8) О правној природи пресуде због изостанка у нашој теорији постоје различита мишљења. Један број теоретичара сматра да тужени који је изостао са рочишта прећутно признаје тужбени захтев из тужбе која му је достављана. (Тако: Зуглија, С. — Грађевински парнични поступак ФНРЈ, Загреб, 1957., стр. 457.). Већи број теоретичара заступа схватање да се у случају пресуде због изостанка ради о прећутном признању чињеничних навода које тужилац изнесе у тужбеном поднеску. (Видети: Трива, С. — Маргиналије уз тзв. пресуду због изостанка, Зборник ПФ у Загребу, бр. 3—4/60., стр. 29.; Воргић, Н. — Пресуда због изостанка и новчана накнада неимовинске штете, Гласник, бр. 12/70., стр. 74.; Бурановић, З. — Пресуда због изостанка у Југословенском праву, Београд, 1965. год., стр. 68.; Родман, Д. — Ћутање као основ претпоставки, Гласник, бр. 5/61., стр. 9.). Има писаца који заузимају неопредељен став по овом

Диспозитивност грађанских субјективних права утиче и на начин остваривања начела обостраног саслушања странака. Наиме, ово начело се остварује самим тим што суд пружа могућност странкама да се изјасне о парничним радњама парничног противника као и о парничним радњама суда. Ово начело пружа странци овлашћење да буде саслушана али јој не намеће дужност да се о захтевима и наводима противника изјашњава.⁹⁾ Поступак ће се спровести и одлука донети и кад је тужени потпуно пасиван.¹⁰⁾

Пресуда због изостанка може се донети само у случају изостанка туженог.¹¹⁾ Тек кад странка има потпуно пасивно држање у парници може се донети конзумациона пресуда. По природи ствари; потпуно пасивна може да буде само једна странка — тужени, који страначки положај у парници стиче означањем у тужби, дакле, вољом тужиоца, иницијатора парнице.

Један од услова за доношење пресуде због изостанка је да основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби. У теорији и судској пракси постоје дивергентна мишљења о томе како треба тумачити овај услов, што доводи до тога да се законске одредбе различито примењују. Због тога је овај услов посебно интересантан за анализу. То су били разлози који су утицали на избор теме овог рада.

За анализу овог услова треба поћи од једне, чини се, сасвим неспорне поставке: чињенични наводи тужиоца изнети у тужби сматрају се истинитим те није потребно да се доказују. Доњу премису приликом судског одлучивања у случају доношења пресуде због изостанка чини стање ствари у оном облику како га је тужилац изнео. Примена материјалног права може да доведе до различитих ситуација. Тужбени захтев може бити основан по правилима материјалног права, у ком случају суд доноси пресуду због изостанка. Друга могућност је да из чињеница наведених у тужби не произилази основ-

питању. (Тако: Марковић, М. — Грађанско процесно право, књ. 1. св. 2. Ниш, 1982. год. стр. 350.; Рајовић, В. — Правна природа пресуде због изостанка, Правни живот, бр. 2/63., стр. 27.).

⁹⁾ Старији поступци су полазили од поставке да је без личног присуства обеју парничних странака немогуће решити спор. Било је допуштено да се тужени силом принуди да предстане пред суд. (Детаљно о томе: Година, Д. — Реформа прописа Грађанског парничног поступка о пресуди услед изостанка и пропуштања, Споменница Конгреса правника, Београд, 1937. год., стр. 200.

¹⁰⁾ У законодавству су позната три система који пропуштању одбране придају различито значење: систем тзв. афирмативне литисконтестације по коме странка која се не одазива на позив суда ради изјашњавања о наводима противника признаје његове наводе; систем тзв. негативне литисконтестације, по коме се узима да изостала странка пориче наводе присутне странке и тзв. неопредељени став према неактивности странке у парници, по коме је воља неактивне странке процесноправно ирелевантна. (Детаљно о томе: Трива, С. — Грађанско процесно парнично право, Загреб, 1980. год., стр. 119.; Марковић, М. — Грађанско процесно право књ. 1. св. 1. Београд, 1957. год. стр. 67.

¹¹⁾ У Законику о судском поступку у грађанским парницама од 13. 7. 1929. год. (у даљем тексту ГПП) била је предвиђена могућност доношења пресуде због изостанка у случају изостанка и тужиоца и туженог. С обзиром да је до апсурдних граница било прихваћено начело усмерености, тужбачева тужба није била препрека за доношење пресуде због изостанка.

аност тужбеног захтева, у ком случају суд доноси пресуду којом тужбени захтев одбија, наравно, уколико тужба на рочишту није преиначена.¹²⁾

Поставља се питање како треба тумачити појам „тужба”, који законодавац у овом контексту употребљава. Да ли је то тужбени поднесак или тужба у смислу захтева за правну заштиту. Ово питање је посебно важно с обзиром на законску претпоставку о којој говоримо.

Ако се под тужбом у овом случају подразумева тужбени поднесак, то онда значи да основност тужбеног захтева треба да произилази из чињеница наведених у тужбеном поднеску. Уколико не произилази, суд је дужан да донесе пресуду којом тужбени захтев одбија.

Међутим, ако се под тужбом подразумева „скуп свих парничних радњи „тужиоца”,¹³⁾ како то поједини писци сматрају, или „акт тражења правне заштите”¹⁴⁾ у току расправе, онда би то значило да је суд дужан да оцењује основност тужбеног захтева с обзиром на чињенице које тужени износи на самом рочишту.

Један број теоретичара и судија — практичара¹⁵⁾ сматра да је најближе природи ове установе ако се појам „тужба” схвати као тужбени поднесак о коме се говори у чл. 186. ЗПП. Ако је ово тумачење тачно, онда суд, по закону, не би смео донети контумациону пресуду ако основаност тужбеног захтева проистиче из тужиоцевих навода на рочишту али не проистиче из његових навода у тужбеном поднеску. То је и разумљиво с обзиром на принцип *audiatur et altera pars*, који би у том случају био повређен — туженом не би била пружена могућност да се изјасни о наводима који су касније изнесени.

Поставља се питање да ли тужилац може да допуњује и мења чињенице наведене у тужбеном поднеску на самом рочишту, а да тиме не мења идентитет тужбеног захтева, тј. да тиме не преиначује тужбу (чл. 191.).

У теорији нема сагласности по овом питању.

¹²⁾ Проф. Трива пресуду којом се тужбени захтев одбија назива негативном пресудом. По његовом мишљењу и ова пресуда је тзв. диспозитивна, без обзира што се у чл. 332. сл. 1. ЗПП говори о пресуди због изостанка, о неконтрадикторној пресуди, само у вези са пресудом којом се усваја тужбени захтев. Он сматра да доношењу пресуде којом су тужбени захтев одбија не претходи никакво расправљање међу странкама, никаква оцена суда о томе какво је чињенично стање на које се примењује материјално право. И овде се сматра да су истинити чињенични наводи тужиоца, али је суд, слободном оценом, утврдио да тужбени захтев није основан и донео пресуду којом тужбени захтев одбија. Осим тога, о овој пресуди се говори у истом законском пропису у коме се говори и о пресуди којом се тужбени захтев усваја, а читав овај пропис налази се под маргиналним насловом „пресуда због изостанка”. (Трива, С. — Маргиналије уз тзв. пресуду због изостанка, Зборник ПФ у Загребу, бр. 3—4/60., стр. 290.).

¹³⁾ Буровић, З. — Пресуда због изостанка у југословенском праву, Београд, 1965. год., стр. 36.

¹⁴⁾ Познић, Б. — Пресуда због изостанка, *Анали*, бр. 3/56., стр. 274.

¹⁵⁾ Тако: Познић, Б. — Пресуда због изостанка, *Анали*, бр. 3/56., стр. 275.; Филиповић, С. — Донесување на пресуда поради изостанок, *Правна мисла*, бр. 5—6/70., стр. 12.

Има схватања¹⁶⁾ да тужилац не би могао да врши оне измене које представљају преиначење тужбе и које се могу вршити само уз пристанак туженог. Оне промене које тужилац може вршити и без пристанка туженог, несметано, у току читавог поступка, он може вршити и приликом стављања предлога за доношење пресуде због изостанка.

Ако се прихвати наведено схватање може се конструисати следећа ситуација: тужилац у тужби наводи чињенице из којих не произилази основаност тужбеног захтева. Међутим, на рочишту он мења наведене чињенице тако да из нових чињеница произилази основаност тужбеног захтева. Суд би, по напред наведеном схватању, био дужан да на истом рочишту донесе пресуду због изостанка, ако су испуњени остали услови, потребни за доношење ове пресуде.

Други теоретичари сматрају да је суд у таквом случају дужан да достави препис записника са рочишта (на коме је тужилац усменим излагањем променио чињеничне наводе тужбе) туженом и да закаже ново рочиште. Различити су аргументи којима се оправдава ова дужност суда. По неким ауторима¹⁷⁾ ова дужност суда произилази из примене начела обостраног саслушања странака.

Теоретичари, који суштину контумационе пресуде виде у прећутном признању туженог, сматрају да претпоставка о прећутном признању не може да иде даље од чињеничне грабе са којом је тужени већ био упознат и да је противно правној логици сматрати да тужени који се не одазива на позив суда признаје, поред чињеничних навода тужбе, и усмене наводе тужиоца на рочишту.

Има схватања да је доношење пресуде којом се тужбени захтев одбија, на бази чињеница изнетих у тужби, уствари санкције према тужиоцу због злоупотребе права,¹⁸⁾ јер тужбу није написао како ваља, нити је исту на рочишту преиначио.¹⁹⁾

Кад се ради о таквим изменама тужбе на рочишту, које доводе до преиначења тужбе, преовлађује мишљење да суд у таквом случају не може донети пресуду због изостанка. Такво тумачење је заступљено и у неким судским одлукама.²⁰⁾

¹⁶⁾ Чалија, Б. — Нека питања услова који су потребни за доношење пресуде због изостанка, Народна управа, бр. 1—2/60., стр. 19.

¹⁷⁾ Видети; Рајовић, В. — Правна природа пресуде због изостанка по ЗПП, Правни живот, бр. 2/63., стр. 24.

¹⁸⁾ Чини се да је излишно говорити о санкцији према тужиоцу. Суд може донети пресуду због изостанка када су испуњени одребени законом предвиђени услови. Један од услова је да основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби. Кад то није случај, кад основаност тужбеног захтева не произилази из чињеница наведених у тужби, суд је дужан да донесе пресуду којом тужбени захтев одбија. Пресуда због изостанка није никаква привилегија за тужиоца.

¹⁹⁾ Радовановић, Б. — Услови за одржавање главне расправе у одсуству туженог, Правни живот, бр. 2/67., стр. 68.

²⁰⁾ „... пресудом због изостанка може да буде усвојен само онај захтев који је изнет у тужби достављеној туженику. Према томе, ако тужилац мења тужбени захтев на самом рочишту на коме тужени није дошао, онда не може да се донесе пресуда због изостанка, јер се уствари ради о једном новом захтеву који туженику није бив познат, нити се налази у тужби која му је дос-

Међутим, у литератури се срећу и мишљења, истина усамљена, да суд може донети пресуду због изостанка и кад тужилац на рочишту преиначи тужбу.²¹⁾

У литератури има схватања²²⁾ да је могућно доношење пресуде због изостанка којом суд налаже туженом да исплати мањи новчани износ од оног који је предложио тужилац у тужбеном захтеву. Само чињенични наводи тужиоца везују суд. Нема никаквих законских сметњи да суд висину дугованог износа утврди пресудом због изостанка. Суд ће применом правила материјалног права утврдити висину износа који се дугује.

Међутим, у судској пракси се срећу и супротна решења. Неки теоретичари²³⁾ објашњавају оваква решења у судској пракси тиме што се правно осећање противи мериторном одлучивању које за подлогу има фингирано признање тужиоцевих чињеница.

У судској пракси се често изражава став да се пресуда због изостанка не може донети ако је у питању спор око новчане накнаде неимовинске штете, што се образлаже тиме да суд висину штете одређује по слободној оцени и да је ирелевантна висина коју је тужилац у тужби навео.²⁴⁾

Има теоретичара²⁵⁾ који указују да се оваква пракса не може прихватити и да суд може и у овим случајевима да одлучује пресудом због изостанка. Ако тужилац у тужби изнесе чињенице из којих произилази да му припада право на накнаду штете, као и чињенице из којих произилази да је новчани износ који је предложио тужилац правилно одмерен, суд може да донесе пресуду због изостанка.

Ако се прихвати да је могућно доношење пресуде због изостанка којом се досуђује накнада штете у износу мањем од предложеног у тужби, онда би то значило да је довољно да из чињеничних навода из тужбе произилази право на накнаду овог вида штете чија се накнада тражи, с тим што би суд био дужан да утврди њену висину по слободној оцени.

Суд доноси пресуду због изостанка на основу правила материјалног права. Подлогу за ову његову одлуку чине, пре свега, чињенице које су наведене у тужби. Суд пред собом има процесни ма-

тављена уз позив на рочиште. Туженику мора бити пружена могућност да се брани у парници..." — Решење Врховног суда НР Србије Гзз — 248/57., од 6. 12. 1956. год., објављена у ЗСО, књ. 1. св. 3. за 1956. год., бр. 742.

²¹⁾ Радовановић, Б. — Услови за одржавање главне расправе у одсуству туженог, Правни живот, бр. 2/67., стр. 68.

²²⁾ Познић, Б. — Белешке уз ЗСО за 1968. и 1969., Анали, бр. 1—2/71. стр. 174.

²³⁾ Зознић, Б. — Белешке уз Збирку судских одлука за 1968. и 1969., Анали, бр. 1—2/71., стр. 174.

²⁴⁾ Видети пресуду Врховног суда Србије — Одељење Нови Сад, Гж. 1498/65. (Наведена код: Ралчић, Т. и Танасковић, В. — ЗИП са коментаром, судском праксом и обрасцима, Београд, 1977. год., стр. 597.

²⁵⁾ Познић, Б. — Пресуда због изостанка, Анали, бр. 3/56., стр. 274.; Воргич, Н. — Пресуда због изостанка и новчана накнада неимовинске штете, Гласник, бр. 12/70.; Китић, Д. — Неки проблеми у вези са пресудом због изостанка, Гласник, бр. 12/63., стр. 43.

теријал који је изнео тужилац, доказе које је овај понудио и, евентуално, материјал који је сам сакупио по службеној дужности. Примењујући правила материјалног права, суд ће материјално решити спор. Он је дужан да за подлогу своје одлуке узме све чињенице и то, како оне које су повољне за тужиоца, тако и оне које су неповољне. С обзиром на ово, сматрамо да нема сметњи да суд донесе пресуду због изостанка којом налаже туженом да исплати мањи новчани износ од оног који је предложио тужилац у својој тужби. Осим тога, пресудом због изостанка суд може одлучивати и у оним парницама у којима је предмет судског одлучивања захтев за новчану накнаду неимовинске штете. Према томе, суд није везан за онај новчани износ накнаде који је тужилац предложио већ висину утврђује по слободној оцени.

LA DEMANDE EN JUSTICE BIEN FONDÉE EN TANT QUE CONDITION
DU JUGEMENT RENDU PAR DÉFAUT FAUTE DE COMPARAÎTRE

— Résumé —

Dans ce travail l'auteur traite la demande en justice bien fondée en tant qu'une des conditions du jugement rendu par défaut faute de comparaître.

La jugement défaut faute de comparaître est des sortes de jugements qu'un tribunal rend lorsque toutes les conditions prescrites par la loi sont réunies.

Le comportement des parties dans le procès peut se manifester en tant qu'omission litigieuse. Dans la Loi de procédure civile sont exclusivement prévues les conséquences d'omission. La non-opposition à la demande en justice est une sorte d'omission litigieuse. Lorsque le demandeur omet de s'opposer à la demande en justice, une des conséquences est que le tribunal peut, dans certaines conditions, rendre le jugement par défaut faute de comparaître.

Une des conditions de rendre ce jugement est que la demande en justice bien fondée provient des faits mentionnés dans la demande. Il existe dans la théorie et dans la pratique judiciaire des opinions divergentes sur ce comment on doit interpréter cette condition. C'est pourquoi on rencontre dans la pratique des solutions différentes, même opposées.

La divergence existe avant tout sur ce comment on doit interpréter la notion de „demande” laquelle le législateur emploie dans ce contexte. De plus, les conceptions sont différentes sur ce si le demandeur peut changer de faits mentionnés dans la demande au délai même sans modifier ainsi sa demande. Quand il s'agit de tels changements de la demande en justice qui mezzent en question sa modification une opinion prédomine que le tribunal ne peut pas dans ce cas-là rendre le jugement concernant la question si l'on peut par le jugement par unique ni dans la théorie concernant la question si l'on peut par le jugement par défaut faute de comparaître diminuer le montant par rapport à celui proposé par le demandeur. Quand il s'agit des litiges relatifs à la compensation en argent des dommages personnels, il n'y a pas de conformité si l'on peut les statuer par le jugement par défaut faute de comparaître.

Прикази



УЗ КОДЕКС О ТРГОВАЧКОЈ ПОМОРСКОЈ ПЛОВИДБИ НР БУГАРСКЕ (МЕРОДАВНО ПРАВО)

У послератном развоју међународног приватног права у НР Бугарској одвија се, између осталих, занимљив и динамичан процес кодификације норми ове гране права. У спектру различитих идеја, и након превазилажења готово нужног периода када су се норме међународног приватног права налазиле у различитим законским текстовима,¹⁾ у последњој деценији искристалисале су се две основне тенденције чији поборници аргументовано настоје да увере законодавца у исправност своје визије кодификације.

С једне стране, представници цивилистичке концепције²⁾ залажу се да норме међународног приватног права буду уврштене у Грађански кодекс (опште одредбе и норме које уређују грађанскоправне односе у ужем смислу са страним елементом) и законе који регулишу остале категорије приватноправних односа са страним елементом (нпр. породичноправне).³⁾ У том смислу донет је Нацрт Грађанског кодекса који у свом IV делу садржи норме међународног приватног права.⁴⁾

С друге стране, дошла су до изражаја и гледишта оног дела бугарске доктрине који се залаже за доношење посебног закона о материји међународног приватног права.⁵⁾ Заговорници ове концепције сматрају да „постоје услови и да је сазрела неопходност за доношење самосталног закона у области међународног приватног права” у НР Бугарској; из тих разлога на Секцији за међународно приватно право Бугарског удружења за међународно право,

1) В. преглед код В. Кутикова, Међународно частно право на НР Бугарија, Софија 1976, стр. 107 и след.

2) В. нпр. Ж. Сталев, Грађанскијат кодекс, међународните грађански одношенија и социјалистическата икономическа интеграција, Проблеми на кодификацијата на грађанско право ваф НР Бугарија, Софија 1975, стр. 13—16.

3) IV део Породичног кодекса НР Бугарске (Закон који се примењује на породичноправне односе са међународним елементом) садржи норме међународног приватног права у чл. 90—100.

4) О решењима која предвиђа Нацрт Грађанског кодекса у овој материји, В. Ж. Сталев, Проектат за Грађански кодекс на НРБ и међународното частно право, Правна мисл, бр. 4, 1979, стр. 57—63.

5) В. Ј. Зидарова, Међународното частно право и Проектат за Грађански кодекс на НР Бугарија, Правна мисл, бр. 5, 1980, стр. 54—64.

марта 1980, одбачен је Нацрт Грађанског кодекса у погледу одредаба међународног приватног права.⁶⁾

Независно, међутим, од овог проблема који своје крајње исходиште налази у решавању дилеме о правној природи међународног приватног права,⁷⁾ остају норме о меродавном праву садржане у II делу (чл. 9—26) Кодекса⁸⁾ о трговачкој поморској пловидби НР Бугарске.⁹⁾ Наиме, присталице обе концепције слажу се у томе да постојеће одредбе међународног приватноправног карактера из II дела овог Кодекса не треба дирати: било зато што се већ налазе у законском тексту који уређује одговарајућу категорију односа,¹⁰⁾ било зато што се сматра да, због специфичности односа, не би било целисходно да се ове норме придодaju нормама међународног приватног права садржаним у посебном закону.¹¹⁾

Одредбе чл. 9—26 Кодекса регулишу низ питања везаних за односе поморског права код којих се јавља елеменат иностраности: нпр. одговорност бродара (чл. 9.), стварна права на броду (чл. 10.), судар бродова (чл. 14.), спасавање и помоћ на мору (чл. 15.), заједничка хаварија (чл. 16.), вађење потонулих ствари (чл. 17.), уговори о искористићавању бродова (чл. 19, 20, 21, 22), аутономија воље странака (чл. 24 и 25) и сл.

У бугарској доктрини се као „темељне одредбе Кодекса“¹²⁾ наводе одредбе чл. 2. и чл. 24. ст. 1; у првом случају ради се о принципу слободе уговарања, а у другом, о могућности примене аутономије воље странака. Према чл. 2. Кодекса, „с изузетком случајева предвиђених императивним нормама овог Кодекса, стране које учествују у односима везаним за трговачку поморску пловидбу, могу путем уговора саме да уређују међусобна права и обавезе“. Чл. 24. сл. 1. има следећу садржину: „Споразуми или клаузуле које закључе бугарске организације,

⁶⁾ Ј. Зидарова, оп. цит., стр. 55 и 57.

⁷⁾ В. више о томе В. Кутиков, оп. цит., стр. 109. Чини се, наиме, да се ни питање кодификације норми међународног приватног права на унутрашњем плану не може решавати независно од проблема његове правне природе. Како истиче Матић, „очито је да ниједан теоретичар нити институција не могу избјећи тај проблем... и да не могу радити у психичком вакууму. Што се тиче тог проблема, потребан је свијестан или несвијестан однос према њему...“, Ж. Матић, кратак преглед неких основних теоретских и практичних питања унификације међународног приватног права у раду Хашке конференције за међународно приватно право, Страни правни живот, бр. 90, 1976, стр. 25.

⁸⁾ У вези термина „кодекс“, према чл. 4. Закона о нормативним актима „кодексом се уређују друштвени односи који чине предмет целе гране правног система или посебно важног његовог дела“.

⁹⁾ Објављен „Државен вестник“ бр. 55 од 14. јула 1970 и бр. 56 од 17. јула 1970; Измене и допуне „Државни вестник“ бр. 55 од 1975.

¹⁰⁾ Овај разлог наводе присталице цивилистичке концепције. В. нпр. Ж. Сталев, Проектат за Граждански кодекс..., стр. 57.

¹¹⁾ Овај аргуменат истичу аутори који се залажу за кодификацију норми међународног приватног права у самосталном законском тексту. Треба приметити да оваква ситуација већ постоји у нашем позитивном праву у погледу односа Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (Сл. лист СФРЈ бр. 43/82) и чл. 994—1014 Закона о поморској и унутрашњој пловидби који се односе на међународно право и надлежност судова СФРЈ у овој материји (Сл. лист СФРЈ бр. 22/77).

¹²⁾ В. Кутиков, оп. цит., стр. 539.

предузећа или грађани о примени страног закона или трговачког поморског обичаја, важе, уколико не противрече императивним одредбама овог Кодекса”.

Поред аутономије воље странака, своје место у овом делу Кодекса нашли су и следећи колизиони принципи:

— *lex banderae* — нпр. чл. 9. ст. 1, чл. 10. ст. 1, чл. 12, чл. 13, чл. 14. ст. 3, чл. 15. ст. 3 и ст. 4, чл. 17 (за вађење потонулих ствари на отвореном мору), чл. 20. и чл. 22)

— *lex loci contractus* — нпр. чл. 10. ст. 2;

— *lex loci actus* — нпр. чл. 11. и чл. 18;

— *lex patriae* — нпр. чл. 21;

— *lex fori* — нпр. чл. 14. ст. 2. и чл. 15. ст. 2;

— седиште бродара — нпр. чл. 25. ст. 2.

С друге стране, бројни су случајеви када ће се применити бугарско право, одн. одредбе Кодекса, као право за непосредну примену (*loi d'application immédiate*) — нпр. чл. 9. ст. 2, чл. 14. ст. 1, чл. 15. ст. 1. и чл. 17. — на основу чињенице да се ради о односима који су настали у унутрашњим или територијалним водама НР Бугарске.¹³⁾

Посебно, с обзиром на могућност примене страног права, бугарски законодавац је у чл. 26. ограничио домаћај његове примене: „Одредбе страног закона или обичаја не могу се применити уколико би њихова примена противречила основама друштвено-политичког система НР Бугарске”.

У бугарској доктрини запажени су чланци,¹⁴⁾ па и монографије¹⁵⁾ који се односе на материју II дела Кодекса о трговачкој поморској пловидби и у којима се указује на недостатке¹⁶⁾ или специфичности¹⁷⁾ њихових решења.

Значај Кодекса несумњив је и с аспекта упоредноправног метода. За наше право споменуте одредбе Кодекса су од значаја како због разлога практичне природе (питање надлежности, аутономије, воље странака, примене страног права и с тим у вези решавање конкретних случајева), тако и из теоријског угла упоређивања његових решења са одредбама садржаним у нашем Закону о поморској и унутрашњој пловидби.

¹³⁾ За разлику од овога, на основу чл. 19. ст. 2. одредбе Кодекса могу се применити само као супсидијерно решење.

¹⁴⁾ В. нпр. В. Кутиков, Проблеми на меѓународното честно право ваф новија Кодекс на трговското мореплаване на НР Бугарија, Годишник на Софијскија универзитет, Јуридически факултет, том LXII, Софија, 1972; С. Сталев, Приложим закон кам ограничената отговорност на карабопритежатеља, според Кодекса на трговско морешкаване на НРБ, Правна мисл, бр. 5, 1983, стр. 23—31 и сл.

¹⁵⁾ О. Вартоломеев, Меѓународно-частноправни морски облигациони одношенија, Софија 1977, стр. 5—217.

¹⁶⁾ Такав је нпр. случај са одредбом чл. 9. Кодекса. В. С. Сталев, оп. цит., стр. 29.

¹⁷⁾ Нпр., посебно се указује на одредбу чл. 24. ст. 2. у којој је изричито одбачен у овој материји принцип „Qui eligit iudicem eligit ius”. В. О. Вартоломеев, оп. цит., стр. 18.

КОДЕКС О ТРГОВАЧКОЈ ПОМОРСКОЈ ПЛОВИДБИ НР БУГАРСКЕ

Део II Меродавно право

Одговорност бродара

Члан 9. — На заснивање и обим одговорности бродара и предузећа и лица која су са њим изједначена примењује се право државе под чијом заставом брод плови (закон заставе).

За накнаду штете и дангубе настале недозвољеним оштећењем брода у територијалним и унутрашњим водама Народне Републике Бугарске меродавне су одредбе овог Кодекса.

Бродар, у смислу овог Кодекса, је лице које искоришћава брод у своје име, независно од тога да ли је сопственик брода или га користи по другом законском основу.

Стварна права

Члан 10. — На право својине и друга стварна права на поморским бродовима, стицање, измену и пренос тих права, као и на упис у бродски регистар, примењује се закон заставе.

За форму уговора којим се преноси право својине или се заснивају стварна права на поморском броду, меродавно је право места у коме се уговор закључује.

Привилегована потраживања

Члан 11. — На привилегије за потраживања, предвиђене у овом Кодексу, примењује се право државе у којој се спроводи принудно извршење.

Посада

Члан 12. — Правни положај посаде и односи између чланова посаде и бродара, као и односи између чланова посаде, уређују се према закону заставе брода, независно од њиховог држављанства и места где су ти односи настали.

Догађаји и радње на броду

Члан 13. — На односе који настану услед догађаја или радњи, а десе се на броду или у вези с њим на отвореном мору, примењује се закон заставе.

Судар бродова

Члан 14. — На односе у вези накнаде штете, настале услед судара бродова у унутрашњим или територијалним водама Народне Републике Бугарске, примењују се одредбе овог Кодекса.

Уколико се судар догодио на отвореном мору или на воденом путу над којим ни једна држава нема суверенитет, примењује се пра-

во државе пред чијим судом или арбитражом се води спор о накнади штете.

Уколико сви бродови у судару плове под једном истом заставом, примењује се закон заставе, независно од тога где се судар догодио.

Спасавање и помоћ

Члан 15. — На односе у вези награђивања за спасавање које је вршено у унутрашњим или територијалним водама Народне Републике Бугарске примењују се одредбе овог Кодекса.

Уколико је спасавање вршено на отвореном мору или на воденом путу над којим ни једна држава нема суверенитет, примењује се право државе пред чијим судом или арбитражом се спор води.

Уколико брод који је вршио спасавање и брод који је спасаван плове под једном истом заставом, примењује се закон заставе, независно од тога где је спасавање вршено.

Деоба награде између бродара и капетана и других чланова посаде уређује се према закону заставе брода који је вршио спасавање.

Заједничка хаварија

Члан 16. — У погледу обавеза за уделе који проистичу из заједничке хаварије, меродавно је право државе у којој се налази место у коме је због заједничке хаварије путовање завршено.

Уколико сви погођени заједничком хаваријом имају једну исту националност, примењује се њихово заједничко национално право.

Потонуле ствари

Члан 17. — На односе у вези са вађењем потонулих ствари у унутрашњим или територијалним водама Народне Републике Бугарске примењују се одредбе овог Кодекса, а на отвореном мору — закон заставе брода који врши вађење.

Поморски протест

Члан 18. — Поморски протести се извршавају према праву државе пред чијом устаном или организацијом се објављују.

Превоз ствари

Члан 19. — За уговор о превозу ствари меродавне су одредбе права које су стране изабрале под условима чл. 24. овог Кодекса.

Уколико такав избор није учињен, меродавне су одредбе овог Кодекса.

Закуп брода

Члан 20. — На уговоре о закупу брода примењује се закон заставе брода.

Превоз путника

Члан 21. — За уговоре о правозу путника и пртљага меродавно је национално право превозиоца.

Уговор о тегљењу

Члан 22. — На уговор о тегљењу из главе IX, одељак III овог Кодекса, примењује се закон заставе брода који је вршио тегљење.

Конвенције у којима је чланица НР Бугарска

Члан 23. — Уколико међународни уговор, чија је страна уговорница Народна Република Бугарска, садржи правила различита од оних која су предвиђена у овом Кодексу, примењују се правила међународног уговора.

Избор меродавног права уговорних страна

Члан 24. — Споразуми или клаузуле које закључе бугарске организације, предузећа или грађани о примени страног права или трговачког поморског обичаја, важе, уколико не противрече императивним одредбама овог Кодекса.

Клаузула о избору суда или арбитраже у другој држави за справљање спора не значи да су се странке сагласиле да се на њихове односе примењује право те државе.

Избор суда или арбитраже

Члан 25. — У спору који је настао поводом односа везаних за трговачку поморску пловидбу, уколико једна од странака има седиште у другој држави или је држављанин друге државе, узајамном сагласношћу странака може се одредити надлежност суда или арбитраже у једној од двеју држава или у трећој држави.

Уколико такве клаузуле нема, надлежан је суд државе у којој се налази седиште бродара.

Границе примене страног права

Члан 26. — Одредбе страног закона или обичаја не могу се применити, уколико би њихова примена противречила основама дрштвено-политичког система Народне Републике Бугарске.

Превео с бугарског:

Мирко Живковић

С А Д Р Ж А Ј
S O M M A I R E

ИЗБОРНИ ЧЛАНЦИ
ARTICLES ORIGINAUX

Др Мирослав Миљковић: Неке особине друштвених договора (Прилог питању о природи друштвених договора) — — — — —	7
Dr Miroslav Miljković: Quelques caractéristiques des accords sociaux	17
Др Слободан Миленковић: Сувереност државе и међународна заштита права човека — — — — —	19
Dr Slobodan Milenković: La souveraineté des états et la protection internationale des droits de l'homme — — — — —	30
Др Слободанка Стојичић: Доношење Закона о непосредним по- резима у Србији 1884. године — — — — —	31
Dr Slobodanka Stojčić: L' adaption de la loi relative aux impôts di- rects de 1884 en Serbie — — — — —	43
Др Гордана Станковић: Поступак за накнаду штете проузроковане неоснованом претходном или привременом мером — — — — —	45
Dr Gordana Stanković: La procédure des dommages-interets causes par une mesure préliminaire ou provisionnelle non-fondée — — — — —	54
Др Милорад Рочкомановић: Има ли места узајамности у домену сукоба закона у међународном приватном праву — — — — —	55
Dr Milorad Ročkomanović: Y a-t-il une place pour la reciprocité dans le domaine du conflit de lois en droit international privé? — — — — —	60
Др Драган Станимировић: Рабање Марксовог хуманизма — — — — —	61
Dr Dragan Stanimirović: Naissance de l'humanisme de Marx — — — — —	72
Др Радмила Ковачевић-Куштримовић: Како превладати правни по- зитивизам у грађанском праву — — — — —	73
Dr Radmila Kovačević-Kuštrimović: Comment prédominer le positivis- me juridique en droit civil? — — — — —	84
Мр Драган К. Николић: Вук Караџић као извор за државноправну историју — — — — —	85
Mr Dragan K. Nikolić: L' oeuvre de Vuk Karadžić — source pour l'his- toire de l'état et de droit (II partie) — — — — —	95
Наталија Жунић: Нови друштвени покрет — феминистички по- крет (неофеминизам) — — — — —	97
Natalija Žunić: Nouveaux mouvements sociaux — mouvement feminis- te (neofeminisme) — — — — —	104

