

ГЛАСНИК ПРАВА



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

КЊИГА 6 ▲ 1997 ▲ YU ISSN: 0351-2207 ▲ УДК 34 (05)



ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ

УРЕДНИК: Проф. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ
ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац;
Тел/факс: (034) 370239;
жиро рачун: 41700-603-3-1578.

УРЕДНИШТВО: Ред. проф. др Драгољуб Стојановић; проф. др Слободан Марковић; проф. др Предраг Стојановић; проф. др Ненад Ђурђевић; проф. др Снежана Соковић; проф. др Душица Палачковић; др Јездимир Митровић, судија Вишег привредног суда Србије; др Зоран Ивошевић суд. ја Врховног суда Србије
НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА: Једна књига годишње

ПРЕТПЛАТЕ: Претплата и наручивање појединачних примерака може се извршити на телефон издавача. Уколико се не откаже најмање шест недеља пре истека календарске године, уговор о претплати се продужава и на наредну годину.
УДК: Ружица Игњатовић, управник Универзитетске библиотеке у Крагујевцу

ДИЗАЈН ЧАСОПИСА:



ШТАМПА: "СГР "Графичар" Крагујевац

ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ: ГлП, књ. 6 (1997)
Радове слати на адресу издавача, са назнаком "за Гласник права". Манускрипти се не враћају. Часопис издаје само ауторске прилоге који нису објављени, као и оне који су објављени, али нису издати. Уредништво задржава право на вршење техничких измена у прилогу, уколико су оне неопходне да би се прилог саобразио техничким стандардима часописа.

ГЛАСНИК ПРАВА је настављач излажења часописа "ГЛАСНИК ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ", који је основан 1979. године. Досадашњи главни и одговорни уредницу су били: Проф. др Миленко Јовановић, проф. др Живомир Ђурђевић и проф. др Тодор Подгорац.

САДРЖАЈ

IN MEMORIAM:

Проф. др Александар Николић (1932-1997).....	3
Доц. др Мирослав Милекић (1957-1997).....	5

ЧЛАНЦИ

Др СНЕЖАНА СОКОВИЋ ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ РЕЛАЦИЈЕ ДОКАЗ - ДОКАЗНО СРЕДСТВО - ДОКАЗНИ ИЗВОР	7
Др БРАНИСЛАВ СИМОНОВИЋ ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА ДИЈАГНОСТИЧКИХ ГРЕШАКА И ЊИХОВИХ ПОСЛЕДИЦА	23
Dr KAM C. WONG A REFLECTION ON CORPORATE CRIME PUNISHMENT	41
Др ДРАГАН СТОЈАНОВИЋ ПАРЛАМЕНТАРНИ ИМУНИТЕТ.....	65
Мр ЗОРАН КРСТИЋ ПОЛОЖАЈ И УЛОГА ПАРЛАМЕНТАРНИХ ОДБОРА У САВРЕМЕНИМ ПАРЛАМЕНТИМА ЗАПАДНОЕВРОПСКИХ ДЕМОКРАТИЈА	79
Др СЛОБОДАН СВРЦАН ПРАВО НА НУЖНИ ДЕО ПО ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ ИЗ 1995. ГОД.....	91
Мр ДРАГИЦА ЖИВОЈИНОВИЋ ОДГОВОРНОСТ НАСЛЕДНИКА ЗА ДУГОВЕ ОСТАВИОЦА	103
Др СВЕТО ПУРИЋ ТРЖИШТЕ РАДА И СОЦИЈАЛНИ ПРОГРАМ ЗА ЗАПОСЛЕНЕ.....	117
Др РАДОЈЕ БРКОВИЋ ПРАВО НА ШТРАЈК.....	123
Др Драган БАТАВЕЉИЋ СОЦИОЛОГИЈА ЕКОНОМСКОГ ЖИВОТА И ПРАВНОГ БИЋА.....	131

ПРИКАЗИ:

Мр ЕВА МАКСИМОВИЋ ЖАН КАРБЕНИЈЕ: ПРАВНА СОЦИОЛОГИЈА, Нови Сад, 1992.	139
---	-----



Volume 6
Kragujevac, 1997

HERALD OF LAW CONTENTS

IN MEMORIAM	Aleksandar NIKOLIĆ, Ph.D., professor (1932-1997)...	3
	Miroslav MILEKIĆ, Ph.D., associate professor (1957-1997).....	5
ARTICLES:	Snežana SOKOVIĆ, Ph.D., professor THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS OF THE EVIDENCE - MEANS OF EVIDENCE AND SOURCE OF EVIDENCE RELATIONSHIP.....	7
	Branislav SIMONOVIC, Ph.D., professor BURDEN OF PROVING DIAGNOSTIC ERRORS AND THEIR CONSEQUENCES.....	23
	Kam C. WONG, Ph.D., assistant professor A REFLECTION ON CORPORATE CRIME PUNISHMENT.....	41
	Dragan STOJANOVIĆ, Ph.D., professor PARLIAMENTARY IMMUNITY.....	65
	Zoran KRSTIĆ, LL.M., assistant STATUS AND ROLE OF THE PARLIAMENTARY COMMITTEES IN THE EXISTING PARLIAMENTS OF THE WEST EUROPEAN DEMOCRACIES.....	79
	Slobodan SVORCAN, Ph.D., professor RIGHT TO OBLIGATORY SHARE UNDER THE 1995 INHERITANCE LAW OF SERBIA.....	91
	Dragica ŽIVOJINOVIĆ, LL.M. assistant HEIR'S LIABILITY FOR TESTATOR'S DEBTS.....	103
	Sveto PURIĆ, Ph.D., professor LABOUR MARKET AND WELFARE PROGRAMME FOR THE EMPLOYED.....	117
	Radoje BRKOVIĆ, Ph.D., professor THE RIGHT TO STRIKE.....	123
	Dragan BATAVELJIĆ, Ph.D., associate professor SOCIOLOGY OF ECONOMIC LIFE AND LEGAL BEING.....	131
REVIEWS:	Eva MAKSIMOVIĆ, LL.M., assistant ŽAN KARBONJE: PRAVNA SOCIOLOGIJA, Novi Sad, 1992.	139

Herald of Law
University of Kragujevac - Faculty of Law
editor in chief: Nenad Djurdjević, Ph.D., professor
Jovana Cvijica 1
34000 Kragujevac, Yugoslavia

Др Драган Батавељић
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

СОЦИОЛОГИЈА ЕКОНОМСКОГ ЖИВОТА И ПРАВНОГ БИЋА

КЉУЧНЕ РЕЧИ:
социологија; правно биће

"Људско друштво не води два одвојена битисања: економски живот и одвојено од њега правно биће. Правни поредак и економско уређење - безусловно су једно те исто".

Р. ШТАМЛЕР

Читава економска функција права заснива се на схватању да економски односи не могу постојати без свог правног израза. А тај правни израз није проста последица, "већ снага која има моћ повратног утицаја и своју релативну самосталност"¹ (подвукао Д.Б.). Међутим, "моћ коју право има над економијом увек је ... ограничена... његовом уском техником, право је свемоћно само по идеји";² што, у извесном смислу ограничава креативну улогу права. Право, вршећи своју функцију, односно покушавајући да оствари постављене циљеве, изазива и значајне економске промене. Анализа економске структуре је, додуше, неопходна, али не и довољна претпоставка за разумевање одређеног друштва. Парцијални системи надградње (право, форма државе, наука, уметност, и сл.) који израстају из ње, добијају релативну самосталност и аутономију у односу на своју економску базу и повратно делују на њу;³ тако да се конкретни тоталитет може схватити само кроз савесно истраживање свих ових парцијалних области и њихових узајамних односа.

Због тога не треба никад испустити из вида тесну везу која постоји између правних појава и економских чињеница, као и њихов

УДК: 316: [33:34 (045)]

1. Д. Вукчевић: Сложеност односа економије и права, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1/1985, стр. 46.
2. К. Ренер: Социјална функција правних института, Култура, Београд, 1960, стр. 140.
3. В. Акерман: Историјско-материјалистичка периодизација или шема три стадија, Марксистичка мисао, Београд, 9.1979, стр. 225.

међусобни утицај. Економија мора у својим истраживањима и у формулисању закључака, водити рачуна о постојећим правним категоријама и оквирима у којима се развија привредни живот, јер економски фактори дејствују у једној правно уређеној друштвеној средини. На пример, беспредметно би било конструисати систем комунистичке привреде и испитивати његове економске последице у земљи, чији је правни систем заснован на начелу приватне својине и начелу слободе уговарања.

С друге стране, закључци до којих долази економија представљају елементе на којима је засновано позитивно законодавство, јер, "право које не би водило рачуна о резултатима до којих је дошла економија, било би једна сувишна апстрактна наука, један суви формализам без везе са стварношћу".⁴ Наиме, "постоји акција економских услова на свест, али за марксисту дијалектичара, нема никада акције само у једном смислу, него увек постоји акција у оба смисла".⁵ Ту се мисли на акцију воље, науке, права и др. У практичном животу између правних појава и економских чињеница постоји стална игра акције и реакције (дејства и повратног дејства). Тако се, на пример, један економски систем не може замислити без одговарајућег правног система. Фундаментална правна институција - право својине, омогућује слободно уживање датог економског добра, што значи да се садржина (економски односи) и форма (укупност својинских функција) налазе у дијалектичкој међузависности.

Када је Маркс говорио да "анатомију грађанског друштва треба тражити у његовој економији",⁶ он никако није мислио да "збуњује научни свет неочекиваним пушњевима; он је само давао директан и тачан одговор на проклета питања која су мучила мисаоне главе - у току читавог једног века".⁷ У целини, пиједан економски живот не може да се замисли ван одређеног правног поретка. Само с њим заједно он чини једну реалну целину. Ми не можемо да тврдимо у односу према овој целини, да би у њој садржај, односно економске чињенице, биле битније од форме, односно правних норми. Јер никакав социјално-економски поредак не би могао да траје ни један минут уколико би он био само чињеница, а не и право у исто време. Ми можемо лако да замислимо поједине норме без дејства и у том смислу без садржаја и поједине економске чињенице, која са правног гледишта, тако рећи, не постоје, немају у том смислу облика, али цео правни поредак, који не би имао дејства, и цео економски живот, који не би био правно регулисан, ми не можемо да замислимо.

Класични нису целокупну надградњу детерминисали само једним - економским фактором, без обзира на његово примарно значење. Јер, ако су правни односи сразмерно највише повезани с економским односима, то не значи да су повезани само с њима. "То што економски однос представља нуклеус социјалних, па према томе и правних односа..., не значи да материјалистичко схватање историје представља неки економизам или економски материјализам, пошто Маркс, у ствари и не истиче економски

4 С. Стојковић: Енциклопедија права, Београд, 1941, стр. 42.

5 Д. Тодоровић: Однос економије и права са социолошког гледишта, Београд, 1937, стр. 6.

6 Г. В. Плеханов: Прилог питању о развитку монистичког погледа на историју, Култура, Београд, 1948, стр. 160.

7 Исто.

живот као једину страну људског живота. С тога се не сме рећи да је економија једини одлучујући фактор у еволуцији права. Економски односи су основа, база; али различити моменти у друштвеној супраструктури: политичке форме и резултати борбе класа, наметнута правна убеђења, правне форме итд., имају свој утицај на ток правне еволуције, нарочито на облик који она узима и у коме се јавља.⁸

По нашем мишљењу, нипошто се не сме усвојити искључиви детерминизам економских чињеница (не оспоравајући никако изванредну важност економског елемента). "Ново право све више излази из економског живота и гледано дедуктивно, економија је опстанак друштва, а право је продужење друштва (подвукао Д. Б.); економија је сировина коју прерађује право".⁹ Право је оквир у коме се одиграва економски живот: Право га сужава, фаворизује или спречава, али га никада не уклања заувек.

Према томе, "право и економија не иду једно пре или иза другог већ паралелно, вршећи стално узајамни утицај. Између њих постоји једна функционална узајамна зависност. Друштвени процес је, у ствари, једна недељива целина. Право и економија се развијају под утицајем истих друштвених чинилаца (моралних и економских) и хране се на истом извору моралних идеја и колективних друштвених представа".¹⁰

1. Повратно деловање правних појава на економске чињенице

Право, као систем норми, тј. "онога што треба да буде", зависно је и повезано са реалношћу, друштвеним збивањима, друштвеним чињеницама. Та веза је очигледна и неспорна. Могуће је издвојити неколико посебно важних области правног регулисања економије. Наведени редом, то су: промена својинске структуре, регулисање економских активности типичних за дату друштвену формацију, одређивање принципа решавања конфликта интереса између субјеката привредних активности, механизма формулисања друштвено-економских циљева, као и граница државне интервенције у економију.

Право представља један од инструмената деловања на привреду. Његово стварање има за претпоставку ограничавање стихијности економских процеса и њихово подређивање вишим политичким циљевима. Међутим, постоји известан оптимум интервенције у привредни живот помоћу права, при чијем прекорачењу наступа брза депресијација улоге права као средства деловања.¹¹ С обзиром да право није одређено једино начином производње, односно економском основом друштва (већ и многобројним другим чиниоцима), право задобија релативну самосталност у односу на друштвену основу. Пошто, тако представља самосталну снагу, право постаје, са своје стране, активан друштвени чинилац и утиче повратно на саму економску

8 О овоме је писао Б. Недељковић: Привреда и право, Социолошки преглед, књ. I, Београд, 1938, стр. 165.

9 Д. Тодоровић: Однос економије и права са социолошког гледишта, Београд, 1937, стр. 7.

10 Славко Стојковић: Енциклопедија права, Економско-комерцијална школа, Београд, 1940, стр. 49.

11 О овоме су писали Х. Грошик, А. Корибски и Л. Лешчињски у свом делу "Економија и право" из 1986. год.

основу друштва и начин производње. Ово повратно дејство је веома важно за разумевање суштине права, која се (суштина) без овог дејства не може разумети.

Повратно дејство права на економску основу састоји се у омогућавању процеса производње на дати начин, тј. у омогућавању једног датог типа, односно начина производње. Услед класног сукоба, процес производње не би могао да се врши без мешања права, јер оно омогућује несметани ток тог начина производње. Без права, тај начин се или не би могао уопште остварити, или се не би могао несметано остварити. Међутим, право не може, ни у ком случају, да потчини економски фактор себи, да одреди такав правац економског развитка, такав начин производње који је противан економским законима, тј. закону развоја материјалних производних снага и њиховог усклађивања с продукционим односима. Право може да у с п о р и развој економског живота, као што може и да га у б р з а, али никако не може да га укочи или да му одреди други правац супротан економским законима. Економски фактор, ипак, остаје примаран и одлучујући.

У том смислу, Енгелс у писму К. Шмиту пише: "Повратно дејство државне силе на економски развитак може бити тројако: оно може дејствовати у истом правцу, онда се ствари развијају брже; она може дејствовати против њега, онда оно у данашње време у сваком великом народу након извесног времена пропада; или она може економским развитку да пресече економски правац и одреди му други".¹²

Да закони делују на привреду мењајући је, да дакле могу да изазивају економске последице, банална је истина. Закони се доносе управо с намером да врше економско дејство, а они га, по правилу и врше. Правни односи, отуда, не представљају пасиван одраз економских односа, тј. само "идеолошки рефлекс", него у исто време и неопходну страну економских односа. Једном настали, они врше повратан утицај на економску основу. Тако, између правних и економских односа не постоји узрочан, већ узајамно условљен, дијалектички однос.¹³ Повратан утицај правних односа на економске односе испољава се успостављањем и реализацијом субјективних права и правних обавеза.

Правне форме у којима се обавезно мора показивати огроман број друштвених односа, нису значи, само пасиван одраз тих односа, већ су у исто време делотворно средство у рукама државних органа, помоћу кога се обликује друштвени живот. Свака правна норма у првом реду даје правну форму неком друштвеном односу који постоји или га ствара сх пово. Због тога што одговара циљевима које држава настоји да постигне, ова правна форма изазива економске, политичке, културне, идеолошке и сличне последице у разним комбинацијама.

Према томе, однос каузалног деловања економских чињеница на правне појаве, представља само један посебан облик и моменат узајамног деловања. И поред своје једносмерности, односно произлажења последице из узрока, овај однос садржи у себи моменат п о в р а т н о г д е л о в а њ а последице на узрок. То деловање се испољава на тај начин што последица једног каузалног односа постаје узрок неких других појава у неком другом

12 Ф. Енгелс: Писмо К. Шмиту, Изабрана дела у два тома, Том II, стр. 480-482.

13 Правни односи могу да буду прво, "услов кретања производних односа", затим, "средство конкретизације" и, најзад, "начин учвршћења производних односа".

каузалном односу, као и њеним деловањем натраг на свој сопствени узрок који ју је изазвао. Тиме узрочни однос представља такав облик узајамног деловања, у коме је укинут "прогрес у бесконачност...", враћањем у каузални, "један у себи затворени однос".¹⁴

У приказивању утицаја права на формирање економских односа, студије пољског научника Ј. Петражицког и немачког научника Р. Штамлера, су од изузетног значаја. Ј. Петражицки је тврдио да се у Штамлеровој формули да је право "форма", а економски процеси "материја" која се одређује овом формом, не скрива ништа друго до теорија, по којој се економске појаве одређују правном мотивацијом.¹⁵ Петражицки и Штамлер су доказали да је и логички немогуће замислити и с к љ у ч и в о дејство економског чиниоца на правне појаве. Друштвени поредак и закони који га реулишу, представљају "логичне и стварне предуслове за стварање економских односа. Економски односи су производ сарадње људи који живе у друштву...",¹⁶ а сваки друштвени поредак је без права немогућ "Право не постоји само за себе, - писао је Штамлер..., већ као логички условљавајући елемент у идеји социјалног живота".

Једно друштво, у коме би свака индивидуа у својим радњама била искључиво инспирисана економским мотивом, водило би право у анархију и узајамно истребљење. Као што је приметио један духовити француски писац "ако не би постојала никаква законска ограничења економске делатности људи, најповољнији економски акт била би крађа, пошто се њоме са најмање напора долази до једног економског добра".¹⁷ Јасно је, дакле, да без обавезних правила понашања која право поставља појединцима, друштвени односи и заједничка сарадња људи уопште не би били могући. "Сав привредни живот мора се испунити у правним формама".¹⁸

2. Релативна самосталност правних појава

Право је, дакле, условљено економијом, јер по свом пореклу и суштини иступа као озаконена форма неког економског односа. Оно је тим економским садржајем условљено, тј. произилази из њега, везано је за њега и нестаје с њим. Али и поред те условљености право је нешто самостално, за себе, засебан ентитет. Оно представља један од самосталних облика идеологије одређеног друштва и једно од самосталних испољавања друштвене свести.¹⁹

Према томе, однос између правних појава и економских чињеница не исцрпљује се самим каузалним односом, самим произилажењем правних појава из економских чињеница, него право као нормативна форма економског садржаја "постизава", у оквиру своје унутрашње зависности од тог економског садржаја, уједно спољашњу самосталност у односу на њега,

14 Г. В. Плеханов: Прилог питању и развиту..., стр. 62.

15 Видети. Т. Подгорац: Годишњак Економског факултета у Крагујевцу, 1982, стр. 93.

16 С. Стојковић: Енциклопедија права, стр. 37.

17 Видети С. Стојковић: Наведено дело, стр. 37.

18 Исто, стр. 38.

19 О релативној самосталности права писао је А. Гамс: в. Увод у грађанско право - Општи део, стр. 9.

тј. на основи своје специфичне функције нормирања економије "постизава" тзв. релативну самосталност у односу према економији. На тај начин однос између права и економије прелази границу простог каузалног односа и улази у сферу релативне самосталности.²⁰

Наиме, иако представљају ф о р м у економског садржаја, правне појаве истовремено имају и свој сопствени п р а в н и с а д р ж а ј. Тако, на пример, купопродајни уговор јесте правни облик једног одређеног економског односа - односа размене добара између различитих власника, али је он истовремено и однос особа које имају вољу да своја добра размене и ту своју вољу изражавају не само економским актом размене, него и у правном облику уговора. С тога је Маркс био у праву када је писао да "... неко отуђујући своју властиту робу може да присвоји туђу само вољом другог... Овај п р а в н и о д н о с в о љ а у коме се огледа економски однос. Овом п р а в н о м о д н о с у или о д н о с у в о љ а даје садржину сам економски однос".²¹

То значи да правни однос, иако му садржину даје економски однос, има и свој споствени правни садржај. Тај правни садржај представља однос воља оних лица (власника и произвођача) која се налазе у том економском и правном односу (односу размене). С тога се правни однос, као израз воља, тј. као субјективни однос између људи, не може сасвим свести и изједначити у потпуности са самим објективним економским односом. Јер, економски односи се регулишу објективним економским законима независним од људске воље, док су правни односи регулисани правним нормама, које дејствују само у зависности од људских воља.

Такође, у својој функцији управљања друштвом правно-политички поредак се не ограничава само на регулисање економских односа, него мора да регулише и међусобне односе органа управљања који врше то регулисање, као и односе људи према тим органима и међусобно. Исто тако, државна власт се регулисању економике, поред правно-политичких мера, служи и директно економским мерама - као што су царине, субвенције, порески систем, премије и сл. Тиме државна власт активно утиче и на саму економику, што значи да право, иако одражава економски поредак није пасиван, већ активан елеменат који повратно делује на своју основу (економски поредак) и налази се с њом не само у каузалном односу и о односу одражавања, него и у односу узајамног деловања, као изразу релативне самосталности права и државе.

20 Неки противници и вулгаризатори марксизма свODE однос између права и економије на прост каузални однос, у коме право нема никакве самосталности, него представља само пасивни одраз економске делатности.

21 К. Маркс: Капитал I, Култура, Београд, 1947, стр. 47.

Summary

SOCIOLOGY OF ECONOMIC LIFE AND LEGAL BEING

It can be concluded that the relative independence of law is manifest also in the very development of law, in the fact that law does not come into being only on the basis of formation of new economic relations. In case of such development of law, a new legal form is not created for new social relations; the old one is retained and given new contents on the basis of a different interpretation (construction and application). In using this old material inherited from the bygone epochs and reflecting the previous economic bases, the new legal theory is inevitably influenced by that material. Consequently, this opinion cannot be completely equated with the new economic relations. Such development of law on the basis of „interpretation„ and „precedents„ is characteristic of the English law.

Therefore, in emerging from economic facts as their normative form and reflection, legal phenomena acquire a special characteristic: relative independence on the basis of which they produce a feedback effect on the very economic contents they had emerged from (as form), as well as on other areas of social superstructure (as contents). This means that the relative independence of legal phenomena makes it possible for them to affect the development of society and economy. In the absence of such relative independence, legal phenomena would only be a passive reflection of facts and would not be able to affect their development.

In memoriam

Сећања на проф. др Александра
НиколићаПроф. др Александар
Николић

(1932 - 1997)

У плејади професора Правног факултета у Крагујевцу, значајно место заузима проф. др Александар - Аца Николић.

Речима се тешко може до краја верно осветлити животни пут и лик човека кога је, поред значајних научних резултата посебно красио етички принцип хуманизма, неопходни захтев савременог друштва. Проф. Аца Николић рођен је 8. јануара 1932. године у Дубони код Младеновца. Као ванредни студент, дипломирао је на Правном факултету у Новом Саду, 26. јуна 1963. године. Докторат правних наука стекао је 12. јуна 1978. године на Правном факултету у Љубљани, одбраном докторске дисертације "Пословодни орган организације удруженог рада".

Проф. др Аца Николић први пут се запослио 11. децембра 1954. године. Радио је у Трепчи, Железари - Смедерево, на пословима руководиоца општих, правних и самоуправних послова. Радећи у Железари Смедерево почео је да објављује научне радове из самоуправљања и радних односа. након тога, зајеолио се у Центру за радничко самоуправљање у Београду, где је девет година био самостални истраживач. Истраживања су се односила на остваривање самоуправљања, уређивање самоуправних односа, самоуправно одлучивање, уређивање и остваривање радних односа и др.

На Правном факултету у Крагујевцу, проф. Аца Николић засновао је радни однос 1. септембра 1979. године у својству професора за самоуправљање и самоуправно право. За професора Радног права изабран је 3. октобра 1983. године. Проф. Николић је на факултету био члан Савета, шеф Катедре политичкоправних наука, руководилац више научно-истраживачких пројеката. Велике

заслуге припадају му и у извођењу последипломске наставе из предмета Међусобни радни односи, Самоуправно право и Радно право. Било је задовољство слушати предавања проф. Николића. Био је спреман да свакоме помогне и да својим понашањем никога не повреди. Говорио је са лакоћом, уз спремност да до краја саслуша саговорника. Био је стрпљив и кад је нешто хтео да објасни другоме, често тржећи сагласност за изречено мишљење. Умео је да достојанствено и ненаметљиво да каже оно што мисли, да наговести и заинтересује и да у сукобима делује умирујуће, остављајући утисак снажљиве, јаке и снажне личности.

Велики број објављених радова проф. др Аце Николића показује ширину интересовања и способност за научну анализу питања из области радних односа, заштите на раду и аутономних односа. Као такав, он је био утицајан у југословенској научној јавности. Тај утицај се и данас наставља. У свим срединама у којима је живео и радио, проф. Николић уживао је углед. Одавао је утисак срећног и задовољног човека иако је имао и тешкоћа са којима није желео никог да узнемирава.

Неумитна смрт, 9. децембра 1997. године одузела је професора Ацу из наше средине. Као успомену на њега остају нам његова једноставност и одмереност у свим ситуацијама, лепа реч и осмех за сваког. Задржимо га таквог у нашем трајном сећању.

In memoriam

Доц. др Мирослав
Милекић

(1957 - 1997)

Доц. др Мирослав Милекић рођен је 7. 5. 1957. године у Крагујевцу. Основну школу завршио је у Рековцу као носилац Вукове дипломе а Гимназију у Крагујевцу са одличним успехом. Носилац је дипломе Михаило Петровић - Алас. На Правни факултет у Крагујевцу уписао се 1976. године. Дипломирао је 25. 11. 1981. године са просечном оценом 8,93. Радни однос на Правном факултету у Крагујевцу засновао је 1. 3. 1983. године, у својству асистента приправника за предмет Уставно право.

Усмени магистарски испит положио је 1.11. 1985. године. Магистарску тезу под насловом "Системи промене чврстих устава" одбранио је 31. 5. 1988. године. 23. марта 1989. године изабран је за асистента за предмет Уставно право.

Докторску дисертацију под насловом: "Положај федералних јединица у америчкој федерацији" одбранио је на Правном факултету у Крагујевцу 2. 7. 1994. године. 15. 3. 1995. године изабран је у звање доцента за предмет Уставно право на Правном факултету у Крагујевцу

Ожењен је и отац двоје деце, Срђана и Вишње.

**Реч професора Радована
Вукадиновића на сахрани доц. др
Мирослава Милекића 27. 12. 1997.
године.**

Може ли се у овом најтужнијем тренутку, кад је прерана и изненадна смрт заледила све наде у још једно пролеће нашег пријатеља ишта рећи што би могло помоћи. Било шта да се каже, осећам да то није довољно, и обично је ништавило према трагици овог чему присуствујемо.

Како да кажем реч утехе, а да још више не ражалостим Лолину породицу: Мајку Смиљу, децу Срђана и Вишњу, супругу Милесу. Смрт је нашег Лолу узела а да заправо, није испио ни пола чаше живота. Смрт није устукнула ни пред мајчиним вапајима, ни пред дечијим жељама, ни пред надањима супруге. Однела га им је кад је био најпотребнији. Мајци - да се још испричају, деци - да им још да љубави и савета, да их усмери и упути, подупре и помогне за раскрсницама живота, којих је све више и све су теже; супрузи - да јој буде друг и разговор.

Како ми, његове колеге, да се опростимо од нашег друга и пријатеља, једног од најбољих од нас. Како када је пред њим тек требало да буде живот. Он је у живот и посао много и само улагао. Имао је право да од живота очекује много.

Колега Милекић - Лола, како смо га сви звали, прошао је на факултету готово сва звања: од асистента до наставника.

Био је савестан и свестран човек. Као што је предано и са љубављу радио на факултету, са истим жаром је уређивао и свој врт у Шумарицама. Био је на факултету наставник, у кући нежни син, брижан родитељ и одговорни супруг, али и столар и бравар у својој радионици - домаћин, какав се данас ретко налази.

Наш пријатељ и колега није дуго боловао - први налет смрти га је покосио. До пре неки дан смо веровали у чуда, али, како чуда нема, од данас је пут од Шумарица до факултета остао заувек без једног путника. Наш друг је отишао на пут без повратка. Стари римљани би рекли: "Он није умро, он је отишао". Тако и ми данас доживљавамо одлазак једне честите људске душе. Свима нама је тешко, његовој мајци, деци и супрузи најтеже.

Нека му је за то помен за сва времена и нека почива у миру.

Др Снежана Соковић
 ванредни професор Правног
 факултета у Крагујевцу

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ РЕЛАЦИЈЕ ДОКАЗ - ДОКАЗНО СРЕДСТВО - ДОКАЗНИ ИЗВОР

КЉУЧНЕ РЕЧИ:

*доказивање, доказ, доказно
 средство, кривични поступак*

УДК: 343.14 (045)

У областима које чине есенцијални део свакодневне кривичне процедуре бројни проблеми и недомислици и конкретној практичној примени излагање додатних теоријских расправа понекад чине нецелисходним и стварају утисак да се тиме спорна питања само још више компликују. Доказивање као круцијални део кривичне процедуре у свакодневном практичном раду носи низ таквих спорних питања, било процесне, било спознајне, гносеолошке природе, што, на први поглед, теоријска питања ставља у други план. Међутим, нерешене и недоречене теоријске поставке неког института постају, и најчешће остају, непремостива тешкоћа у практичној примени.

У области доказне теорије у науци кривичног процесног права изненађујуће много неслагања постоји у вези са основним, полазним појмовима: доказ, доказно средство, доказни извор.

1. Доказ

Мада се чини да је појам "доказ", као полазни и круцијални појам доказног права, неспоран, детаљнија анализа процесне теорије показује да није тако.¹ Кривично процесно право познаје различите дефиниције доказа. Њихова разноврсност

1 Преглед најзначајнијих дела старије и новије процесне, стране и домаће, литературе показује знатне разлике у дефинисању овог појма. Примера ради упореди: Б. Марковић: Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије, Београд, 1930. стр. 322; М. Чубински: Научни и практични коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 1933. стр. 436; Н. Огорелица: Казнено процесуално право, Загреб, 1889. стр. 326; Т. Васиљевић: Систем кривичног процесног права, Београд, 1981. стр. 294; V. Bayer: Jugoslavensko krivično procesno pravo II, Загреб, 1981. стр. 16; Д. Димитријевић: Кривично процесно право, Београд, 1983. стр. 184; J. Glaser: Handbuch des Strafprozess, Leipzig, 1883. str. 344; Alsborg, Nuesse, Meyer: Beweisantrag im Strafprozess, Muenchen, 1983. str. 165, 166; K. Peters: Strafprozess, Heidelberg, 1985. стр. 341; P. C. Белкин: Соби́рание, исследование и оценка доказательств, Москва, 1966, стр. 10, 11; М. С. Строгович: Курс советского уголовного процесса, Москва, 1968. стр. 96, 97.

се огледа и томе што узимају различите елементе као суштинске у дефинисању овог појма, при чему се најчешће посебно издвајају материјалне и формалне дефиниције доказа.

Суштина материјалног појма доказа јесте у одређивању доказа као посебне појаве у стварности, независне од законских одредаба. Постоји велики број оваквих дефиниција и свима је заједничко то да појам доказа садржински одређују према својствима и значају чињеница које се њиме доказују, при чему различите елементе наглашавају као основне. Код неких аутора је примаран значај доказа за субјекте који утврђују чињенице у кривичном поступку, на основу чега се докази одређују као извори сазнања о чињеницама. Други полазе од везе доказа и чињенице која се утврђује у поступку или од врсте чињеница које се њима установљавају, док се у неким дефиницијама овог типа као битан елемент појављују категорије истинитости и неистинитости или значај доказа за утврђивање истине.²

Формални појам доказа темељи се на правно-процесним карактеристикама доказивања у кривичној процедури и изграђује се искључиво на основу одговарајућих процесних норми. Најчешће се овај појам доказа изједначаје са доказним поступком у целини или са једним његовим делом, са извођењем доказа, а само изузетно се одређује комплексан процесни појам доказа усклађен са свим процесним фазама у доказивању.³

Међутим, одређене чињенице, појаве у стварности које садрже информације о делу и учиниоцу (дакле, оно што истиче материјални појам доказа), саме по себи не могу се сматрати доказом у кривичном поступку. Иако садржински, материјално, испуњавају функцију доказа, као доказ у кривичној процедури могу да се користе само ако поседују форму строго одређену процесним нормама. Последица непоштовања овог захтева, у крајњој линији, јесте немогућност коришћења спознајно, гносеолошки, вредних податка. Са друге стране, ни сама процесна форма без релевантне гносеолошке садржине не може се сматрати доказом.⁴ У суштини, ради се о односу форме и садржине.

Свако инсистирање на формалној страни појма доказа и искључивом утицају процесних норми, независном од доказа као појаве у стварности, оставља овај појам без садржине, као што ни сама садржина, неукључена у оквире судске процедуре, не поседује својство судског доказа. Из тих разлога, свако наглашавање само материјалних елемената (материјалне дефиниције), или искључиво процедуралних карактеристика (формалне, процесне дефиниције), доследно не одређује овај појам. У разматрању свих неоподних

2. Детаљније о томе: З.Симић-Јекић: Докази и истина, Београд, 1989. стр. 9 и даље.

3. З.Симић-Јекић наводи да у теорији кривичног процесног права постоји само једна дефиниција у којој се истиче појам доказа у формалном смислу, али се ни она не може сматрати правом процесном дефиницијом јер се односи само на једну фазу поступка, на извођење доказа. То је дефиниција Б.Марковића по којој: "Под речи доказ имају се разумети све оне процесне радње, управљене на то, да се утврди истинитост чињеница, које су од важности за судску пресуду. Ово је доказ у формалном смислу и, као што се види, овај појам је индентчан са доказним поступањем." З. Симић-Јекић: *op. cit.* стр. 13.

4. Почетне фазе развоја доказног права и судске процедуре, формализам у извођењу доказа, карактерише поштовање пуне форме у извођењу доказа, при чему такав доказ садржински, спознајно није у вези са предметом доказивања.

елемената који одређују шта се у кривичном поступку подразумева под појмом доказ, нужно је истовремено сагледавање и материјалних и формалних елемената.⁵

1. 1. Материјални аспект доказа

Уколико даје и општу и посебну материјалну дефиницију доказа, теорија кривичног процесног права најчешће полази од појма чињенице.⁶ Овај појам представља окосницу свих радњи које се предузимају у кривичном поступку,⁷ а истовремено, на теоријском плану, спада у групу основних појмова који се у доказном праву различито тумаче и око којих се сучељавају различита схватања. Као по правилу, од овог појма се полази као од општепознатог, па отуда, чак и у делима која се систематски и врло исцрпно баве проблемом чињеница и њиховог утврђивања у кривичном поступку, нема детаљнијег разматрања самог појма чињенице.⁸

И у свакодневном говору често се употребљава израз "чињеница".⁹ Истицањем да је нешто "чињеница", износи се снага неког аргумента, тврди се да је нешто тако а не другачије, истиче се да је нешто доказано као такво и да тако постоји, јер наше искуство то поврђује. Лексички, чињеница се одређује као нешто што је искуством потврђено, као учин, дело или чин, и потиче од израза чинити.¹⁰

- 5 И код аутора који говоре о материјалном и формалном појму доказа као одвојеним појмовима указује се на њихову повезаност. Тако Б. Марковић наводи да "...овоме појму доказа у формалном смислу одговара други један појам доказа у материјалном смислу". Б. Марковић: *op. cit.* стр. 4, 5. З.Симић-Јекић раздваја материјални и формални појам доказа, истичући да се први односи на доказ као појаву у стварности, независну од законских одредаба, док на изграђивање другог, формалног, појма "...утичу искључиво кривично процесне норме, па је он независан од дефиниције доказа као појаве у стварности", али наводи да "...све ове особености пружају довољно оправдање за теоријско осамостаљење процесног појма доказа који са материјалним појмом доказа чини једну синтезу, јер даје комплетан приказ свих процесних обележја доказа у току кривичног поступка". З.Симић-Јекић: *op. cit.* стр. 9-13.
- 6 Б. Марковић: *op. cit.* стр. 322; В. Петровић -Р. Коленц: *Кривични поступак*, Београд, 1956: стр. 248; Д. Димитријевић: *op. cit.* стр.184; М. Илић: *Кривично процесно право*, Сарајево, 1973. стр. 176; Т. Васиљевић: *op. cit.* стр. 294; J. Glaser: *op. cit.* стр. 346; C. Bertel: *Grundriss des oestereichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975. стр. 67; M.S. Strogović: *op. cit.* стр. 97.
- 7 О томе: Г.Ф.Горски, А.Д.Кокорев, И.С.Елјкин: *Проблеми доказаелства в советском уголовном процессе*, Москва, 1978. стр. 96 и даље.
- 8 Тако: М. Грубиша: *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1980.
- 9 Овај израз употребљен у законском тексту може да има и сасвим супротно значење од оног који има у свакодневном говору: "У свакодневном говору израз чињеница означава један процес, поступак у коме је оснажена или доказана нека тврдња. Законска формулација ("чињенице које треба доказати"), међутим, целу ствар поставља на главу и однос који у свакодневном говору постоји између израза "доказ" и израза "чињеница" потпуно окреће." Види: J. Kuehl: *Processgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*, Hanover, 1987. стр. 26.
- 10 Речник српскохрватског књижевног језика, Матица српска, Нови Сад, 1972. стр. 641, 881.

Научна тумачења овог појма су различита. Најчешће произилазе из различитих филозофских опредељења, и углавном су условна, важе само за област у којој су употребљена и врло често остају недовољно аргументована.¹¹

Разматрање појма чињенице у доказном праву повлачи за собом и низ питања гносеолошке природе, било да се ради о општефилозофском питању природе спознаје, или о питањима посебности процеса спознаје у кривичном поступку.¹² Најшире прихваћено тумачење у процесној теорији одређује чињенице као делове, фрагменте стварности апстраховане из свеопште повезаности ствари и одражене у свести субјекта спознаје.¹³ Разложеност гносеолошке проблематике, прихватање става да је бит спознаје у вези објекта и субјекта спознаје и јединству чулне, емпиријске спознаје и рационалног мишљења, чини ову дефиницију оперативом и у проблематици доказног права.¹⁴

11 Б. Шешић: Основи методологије друштвених наука, Београд, 1978. стр. 198.

12 Б. Перих: Правна знаност и дијалектика, Загреб, 1978. стр. 23; С.Л.Рубинштајн: О мишљењу и путевима његовог истраживања, Београд, 1981. стр. 25. Посебну дефиницију чињенице у кривично процесном смислу, под којом се подразумевају: "...све појаве у стварности у којима се састоје услови материјалног кривичног права за примену санкција у конкретном случају и услови процесног права за вођење кривичног поступка и вршење процесних радњи..." даје V. Bayer: *op. cit.* стр. 4. У складу са касније изнетим ставом да се докази не могу сматрати чињеницама, ова дефиниција не обухвата доказе, који као чињенице имају сасвим одређено процесно значење, иако се не односе на услове за вођење поступка и обављање процесних радњи. Из тих разлога, обзиром да се не односи на доказе, као есенцијални део посебне фазе кривичне процедуре, доказног поступка, ова дефиниција чињенице у процесном смислу не може се сматрати потпуном. О специфичној категорији чињеница у кривичном поступку види: В. Водинелић: Неутрални компаративни узорци у кривичном поступку и криминалистици, Н. Законотост, 81/10.

13 В. Водинелић: Криминалистика и доказивање, Скопје, 1985. стр. 110-115; Узимајући у обзир исте елементе, Б. Шешић чињеницу као општи филозофски и логички појам дефинише као мисаоно чулном делатношћу утврђено објективно, реално постојање неке ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа тих предмета спознаје. Б. Шешић, *op. cit.* стр. 198. V. Bayer замера овој дефиницији да не узима у обзир неке важне околности, и истиче да се у ситуацији када се о постојању неких појава сазнаје из извештаја друге особе или коришћењем теничких снимака, не може рећи да је сам субјекат спознаје до сазнања дошао властитом мисаоно - чулном делатношћу. V. Bayer: *op. cit.* стр. 4. Међутим, оно што разликује процес спознаје у овим ситуацијама, јесте само то што се до спознаје долази посредним путем, на пример слушањем или гледањем репродукованог снимка (дакле и тада мисаоно - чулном делатношћу), а не непосредним опажањем саме појаве. У једном и у другом случају природа спознајног процеса остаје иста. Садржаји из спољашње средине који се примају чулима, оно што видимо, чујемо, додирујемо, одражавају се у свести субјекта спознаје, мисаоно обрађују, упоређивањем са појмовима садржаним у искуству и стеченим практичним дељањем, да би се створила коначна слика, односно свест о ономе што смо чули или опазили. Види: Н. Рот: Општа психологија, Београд, 1984. стр. 66.

14 В. Водинелић: Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права, Анали Правног факултета у Београду, 5/92

Међутим, треба напоменути да насупрот тумачењу које у одређивању шта се подразумева под појмом доказ у кривичном процесном праву полази од чињенице као суштинског елемента, постоје и схватања која негирају такву везу и истичу да између доказа и чињеница, као посебних појмова, постоји јасна и одређена разлика. Прихватање чињенице као суштинског елемента појма доказа критикује V. Bayer и истиче да је сматрање доказа у ужем смислу чињеницама, не само погрешан начин мишљења, него и врло штетан став јер замагљује увид у право стање проблема. "Ово схватање, које сматра доказе чињеницама, не омогућује основну теоријску дистинкцију између предмета доказа (предмет доказа су чињенице) и самога доказа. Без такве дистинкције није могућа било каква теорија о доказима. Нашем схватању не противуречи околност да и међу доказима налазимо често чињенице ("доказне чињенице" или индиције). Основна је природа доказних чињеница (индиција) да су оне докази, извори сазнања о правом предмету доказа, тј. о правно релевантним чињеницама."¹⁵ Дефиниције доказа које полазе од чињенице као основног елемента неприхватљивим сматра и З. Симић-Јекић.¹⁶

Из тих разлога критички прилаз схватању о доказима у кривичном поступку као чињеницама, нужно поставља питање да ли се уопште докази могу тумачити као чињенице ако се истовремено и предмет доказивања одреди као скуп (спорних правно релевантних) чињеница.

У суштини, недоследност и контрадикторност у оваквом дефинисању доказа у односу на предмет доказивања не постоји. Наиме, методолошки се чињеница у теоријским разматрањима узима као општа логичко-филозофска категорија, а не искључиво као део објективне стварности, независан од спознајног процеса у оквиру кога се разматра. Објективно и реално постојање јесте битна одлика чињенице¹⁷, али "чињенице" нису просто елементи или делови објективне стварности. Не постоје "чињенице" потпуно независне од субјекта спознаје и процеса у коме се спознају. Поистовећивање чињеница са самом реалношћу, са методолошког аспекта указује на апсолутизацију објективних елемената појма чињенице на штету субјективно-сазнајних чинилаца.¹⁸

15 Нешто касније, у истом делу, након критике става да чињенице представљају полазни елемент у дефинисању доказа износи се тврдња контрадикторна пртходном ставу: "...јасно је да чињенице морају бити садржане у доказима..., но, докази у ужем смислу ријечи морају нужно садржавати барем још један елемент осим чињеница, јер када тога не би било, не би било ни разлике између чињеница и доказа у ужем смислу ријечи..." V. Bayer: *op. cit.* стр. 19, 20.

16 З. Симић-Јекић: Докази и истина, Београд, 1989. стр. 11, 12.

17 И у случају "негативних чињеница" ради се о објективном и реалном постојању одређених чињеница. Суштина негативних чињеница јесте у томе што у конкретної ситуацији не постоје чињенице које би према редовном току ствари морале да постоје, али уместо њих увек постоје неке друге чињенице (што може да буде изузетно важно, на пример, за откривање тзв. фингираних кривичних дела). Види: В. Водинелих: Негативне чињенице као сигнали у кривичном поступку, JPKK, 74/2; Alsberg, Nuesse, Meyer: *Der Beweisanspruch im Strafprozess*, Koeln, Berlin, Bon, Muenchen, 1983. стр. 194.

18 У том смислу и Bender, Roeder, Nack, разматрајући чињеничну подлогу индицијалног доказа, истичу да не постоје "чињенице по себи". Bender, Roeder, Nack: *Tatsachenfeststellung vor Gericht I*, Muenchen, 1981. стр. 201

Старија теорија кривичног процесног права јасно и доследно разликује предмет доказивања и доказе, мада узима чињенице као суштинску и полазну основу у дефинисању оба појма. У том смислу још је Ј. Гласер тврдио: "Општи разлог да се једна чињеница сматра истинитом даје само друга чињеница, која је већ неспорна и која са чињеницом коју треба утврдити стоји у таквој вези да спорна чињеница проистиче из ње. Ова логичка повезаност између две чињенице изражава се тиме што се каже да је таква чињеница доказ друге чињенице, да је доказује. Прва чињеница је предмет доказивања а друга доказ."¹⁹ Дакле, полазна тачка у раздвајању основних појмова доказног права јесте разликовање релевантних чињенице у кривичној процедури на оне које се доказују и оне којима се доказује.²⁰

Новија процесна теорија највећим делом прихвата исто схватање односа појма "чињеница", као опште логичко-филозофске категорије, и појмова доказ и предмет доказивања, као основних института доказног права.²¹

Чињенице, међутим, саме по себи нису, и не могу бити, доказ. Поставља се питање како реалне животне околности, делови свакодневнице, добијају правно значење, односно која су то својства, која их издвајају из објективне реалности и претварају у кривично-правно и кривично-процесно релевантне чињенице од значаја за утврђивање спорног чињеничног стања, у доказе.

Кривично дело које се доказује у кривичном поступку није апстрактна правна категорија, него пре свега догађај који се одвија у стварности, реална животна ситуација повезана са другим појавама, другим лицима и стварима. Ма колико се учинилац трудио, у општој повезаности и међузависности ствари, лица и појава, његово дело никада не остаје сасвим изолован догађај. Временске и просторне одреднице извршеног кривичног дела јесу друга збивања, конкретне особе и одређени предмети, који су били или јесу у вези са извршеном радњом дела. Процес спознаје у кривичном поступку креће се од последице ка узроку. О извршеном кривичном делу и његовом учиниоцу закључује се на основу онога што је као последица остало иза њих. У време трајања кривичне процедуре кривично дело више не постоји. Његово откривање и доказивање омогућавају промене у спољашњој средини узроковане његовим извршењем. У том смислу, судски докази јесу обичне чињенице реалног света, односно исте оне појаве реалне свакодневнице које судски докази постају само утолико уколико својом повезаношћу са спорним догађајем постају значајне за утврђивање важних чињеница, због чега и улазе у оквир судског поступка.

Гносеолошки гледано, докази у кривичном поступку јесу све промене у средини припремања, извршења, прикривања и уживања плодова кривичног дела, које су у релевантној вези са тим делом. Због објективне везе са кривичним делом, докази су незамењиви и непоновљиви. Они настају са кривичним делом и проистичу из њега, "изнутра" су повезани и увек су секундарни у односу на извршено дело и учиниоца, као примарне елементе.²² Да није извршено убиство, не би било ни дактилоскопских трагова,

19 J. Гласер: *op. cit.* стр. 346. Исто и Б. Марковић: *О доказима*, Београд, 1921. стр. 4.

20 H. Gerland: *Der deutsche Strafprozess*, Leipzig, 1921. стр. 42.

21 Види: K. Peters: *Fehlerquellen im Strafprozess*, 3. Band, Karlsruhe, 1974. стр. 57 и даље, 71.

22 В. Водинелић: *Криминалистика и доказивање*, И део, Скопје, 1985. стр. 1099-1113.

крвних мрља на одећи, трагова крви на сечиву. Доказ да је окривљени извршио убиство ударцима ножем није употребљени нож сам по себи, него због тога што се на њему налазе трагови крви, као карактеристична промена тог предмета настала извршењем кривичног дела.

При томе је битна само објективна, аутентична веза неког предмета или лица са кривичним делом. Случајна веза некој чињеници не даје својство доказа. "Релевантност доказа јесте унутрашње, чињеници иманентно својство да одражава и изражава у својој конкретности њену битну објективну везу са спорном чињеницом (и то само такву повезаност која је узајамна), везу која није небитне и случајне природе."²³

Као релевантну везу доказна теорија углавном узима каузалну везу доказне чињенице и предмета доказивања. Јасно је, међутим, да појаве у стварности не везује искључиво узрочно-последични однос, због чега је за процес доказивања неопходно да се повезаност доказних чињеница и спорних релевантних чињеница разложи и ван оквира каузалности. Остављање таквих чињеница изван процеса доказивања у кривичном поступку, због непознавања или непризнавања других типова веза осим каузалне, представља значајни недостатак у стварању чињеничне подлоге за доношење судске одлуке. Наиме, свођење целокупног односа узајамне повезаности и зависности само на каузалну везу читав кривични поступак и укупну делатност откривања дела и прикупљања доказног материјала осиромашује и усмерава на типизирани ток, што може да да има изузетно негативан утицај на крајњи исход укупне процедуре. Из тих разлога се теоријско питање природе везе доказних чињеница и спорног чињеничног стања, мада га процесна теорија ретко поставља²⁴, може означити изузетно значајним, пре свега са становишта практичног делања у процедури доказивања.

Кривични догађај, као и свака друга појава, повезан је у простору и времену и са другим појавама одвојеним од њега. Истовремено постоје и везе између појаве као целине и њених саставних делова, као и између самих делова, тако да се појава, осим спољашњим везама у оквиру којих се трага за узроцима појаве, објашњава и тумачењем унутрашњих веза.²⁵

Поред каузалне повезаности, као несумњиво најзначајније за расветљење спорног чињеничног стања, у сваком конкретном случају увек постоји низ других важних података, па се тако и селекција релевантних и ирелевантних чињеница не састоји само у испитивању узрочно-последичне повезаности. Осим генетичке, каузалне, у теорији доказног права као релевантна наводи се и индивидуализирајућа и супсидијарна повезаност, затим повезаност у простору и времену или конгруентна веза, као и функционална, супстанцијална и веза прображавања.²⁶ Свака од ових веза у

23 Ibidem

24 Р. С.Р. Белкин: Собрание, исследование и оценка доказательств, Москва, 1966. стр. 75-84; Теория доказательств в советском уголовном процессе, у редакцији: И.В.Жогин, И.И.Карпец, В.Н.Кудрявцев, Д.И.Кочаров и Д.М.Миньковский; Москва, 1972. стр. 53-59; В.Водинелић: Криминалистика и доказивање I, Скопје, 1985. стр. 450 и даље

25 Види: Р. Лукић: Социологија, Београд, 1984. стр. 73, 74

26 Р. С.Р. Белкин: *op. cit.* стр. 75-84; Теория доказательств, Москва, 1972. стр. 53-59; В. Водинелић: *op. cit.* стр. 450 и даље

конкретној ситуацији може да буде изузетно важна за разумевање укупних релација унутар спорног чињеничног стања и свака од њих поседује извесне специфичности везане за начин откривања и тумачења, што може да има изузетну вредност управо код индицијалног доказивања.

Индивидуализирајућа веза се открива апстраховањем одређених обележја из целине кривичног дела, а истиче, као и индиције, и оне чињенице које се са кривичним делом не налазе у генетичкој повезаности.

Супсидијарна веза значи повезаност кривичног дела са споредим чињеницама, које у својој укупности чине важан доказ о постојању дела и кривици окривљеног. Често се означава и као паралелни облик узајамне повезаности и као таква не доказује безусловно да постоји објективна повезаност.

Повезаност чињеница у простору и времену, конгруентна веза, не доказује аутоматски да постоји објективна веза између кривичног дела и одређене особе. Судске заблуде често настају управо зато што је и свака каузална веза ситуирана у одређеном времену и простору, па се значење просторне и временске везе често погрешно повезује са кузалном везом, тако што се својства прве приписују другој.

Функционална повезаност указује на зависност неких варијабилних величина од других, и не појављује се само као пропратна појава генетичке везе, него се врло често спаја и са другим облицима узајамне повезаности. Функционалном везом се утврђује да нека појава увек наступа или се мења онда када наступи или се мења нека друга појава. Тесна функционална зависност назива се корелација и често се тумачи као узрочна повезаност, мада се њоме не могу утврдити узрочне везе, већ само то да су конкретне варијабиле у симетричном односу, при чему увек треба имати у виду да је могуће да постоји неки скривени узрок који истовремено проузрокује обе појаве у корелацији.²⁷

Супстанцијална веза истиче неодвојивост неког материјалног објекта, и као целине, и као дела, од одређених својстава или обележја, због чега је на основу обележја делова могуће доношење поузданих закључака и о објекту, и обрнуто.

Везу преображавања карактерише мењање, односно преображавање својстава која нису приступачна непосредном визуелном опажању.²⁸

1.2. Формални, процесни аспект доказа

Доказивање у кривичном поступку не представља само слободни процес логичке аргументације у извођењу истинитости једног става на основу других ставова за које се зна да су истинити, чиме се постиже гносеолошко напредовање у поступку спознавања спорног чињеничног стања. У оквирима кривичне процедуре доказивање представља оперативну делатност усмерену на то да постојање материјално релевантне везе између доказне и спорне чињенице добије и формално-процесну вредност, односно, ради се о "систематском саставу оперативних активности помоћу којих се долази до сазнања релевантних чињеница у поступку".²⁹

27 Види: Р. Лукић: *op. cit.* стр. 74; Ђ. Игњатовић: *Криминологија*, Београд, 1996. стр. 83.

28 В. Водинелић: *op. cit.* стр. 453.

Доказивање у кривичном поступку представља, дакле, кретање у сазнању од непознатог ка познатом процесом логичког аргументовања постављене тезе, али истовремено подразумева и предузимање мноштва практичних радњи, за које је неопходно да се одвијају искључиво на начин одређен законом. Само информације о делу и учиниоцу прибављене на начин и у форми коју одређују одговарајуће законске норме, могу да се користе као докази. Из тих разлога се као конститутивни елеменат, а не као посебна дефиниција, овог појма, мора узети и захтев да је материјални супстрат овог појма, релевантна веза доказне и спорне чињенице, фиксирана и коришћена искључиво у форми и на начин одређен законом и искључиво од стране надлежних кривично-процесних субјеката.²⁹

Следећи динамику кривичног поступка може се запазити да, зависно од конкретне процесне ситуације у којој се налази, доказ, односно његова материјална садржина, добија специфичне процесне одлике. У том смислу се може говорити о специфичним законски регулисаним процесним фазама кроз које се доказ креће током развоја кривичне процедуре, па је могуће разликовати предложени или од стране суда одређени доказ, изведени, проверени, оцењени и образложени доказ. Међутим, и у овим ситуацијама се не ради о посебном, самосталном процесном појму доказа.

Захтев да се доказна информација прибавља и користи само у законски одређеним оквирима судске процедуре, на одређен начин и од стране одређених субјеката, као конститутивни елеменат појма доказа конзумира све појединачне конкретне процесне ситуације и покрива његове, процесно специфичне појавне облике. Суштина доказа, релевантна веза са спорним чињеницама добијена и коришћена од стране законом одређених субјеката на начин нормиран законом, остаје иста без обзира на то који конкретан процесни облик доказ има, независно од тога да ли се ради о предложеном, изведеном, провереном, оцењеном или образложеном доказу.

Наравно, иако се не ради о посебном, независном, процесном појму доказа, динамичка компонента процесног поступања у доказивању неопходна је за разумевање процедуре доказивања у кривичном поступку. Ниједан доказ не може да буде изведен ако није предложен и прихваћен или одређен од стране суда, као што ниједан доказ не може да буде оцењен, ако није изведен и проверен. При томе се о предложеном доказу ради у свим ситуацијама у којима надлежни процесни субјекат (окривљени при првом испитивању, окривљени са браниоцем пре завршетка истраге, странке и оштећени на главном претресу, овлашћени тужилац у оптужном акту) реализује своје право или дужност изношења доказа путем којих образлаже одређени захтев.

Прихваћени доказ настаје усвајањем предлога за извођењем одређених доказа, и обзром да закон не говори изричито о прихватању доказа, него наводи последице одбијања предлога за њихово извођење, о прихваћеном доказу је реч у свим оним ситуацијама у којима није дошло до одбијања предлога за његово извођење. У случајевима када судско веће, односно председник судског већа без предлога странака нареди прибављање нових

29 Д.Димитријевић, М.Златић, Ђ.Лазин: Кривично процесно право, 1986. стр. 186.

30 У том смислу докази се могу одредити као "процесно оформљени информациони садржаји који омогућавају суду да донесе одлуку у једној кривичној ствари". Тако: Ж.Алексић, З.Миловановић: Криминалистика, Београд, 1994. стр. 98.

доказа за главни претрес, ради се о доказу одређеном од стране суда. Изведени доказ настаје окончањем поступка који је законом прописан за извођење сваког доказа појединачно, односно свих доказа у целини.

За разлику од изведеног доказа који је обавезан и увек остварљив процесни облик доказа, проверени доказ се јавља само у одређеним ситуацијама када се предузимају посебне активности ради утврђивања веродостојности већ изведеног доказа, на пример суочење или реконструкција. У другим случајевима суд не предузима овакво проверавање доказа, него се самим постојањем два или више различитих сагласних или противуречних доказа омогућава логичка контрола њихове веродостојности. Оцењени и обр-разложени доказ јавља се у поступку доношења судске одлуке као резултат обавезе суда да без формалних доказних правила сваки доказ цени појединачно и вези са другим доказима и да у пресуди изнесе образложење своје одлуке³¹.

2. Доказ, доказно средство, доказни извор

Уколико се појам "доказ" одреди на начин образложен у претходном излагању, очигледно је да исти израз не може да се користи и у значењу доказног средства, односно доказног извора.

Процесна теорија, међутим, најчешће доследно не разграничава ове појмове. Тако постоје схватања да је доказ општи појам и да обухвата и доказна средства и доказне основе³², затим да треба разликовати доказ у правом смислу речи и доказ у неправом смислу речи, при чему први подразумева доказни основ, доказ, а други доказно средство или извор доказа³³, као и да се може говорити о доказима у ужем смислу и о доказима у ширем смислу речи³⁴. Према неким ауторима, реч доказ може да се користи на три начина: у смислу делатности доказивања, у смислу доказног средства и, најзад, у смислу резултата доказивања, због чега при употреби ове речи увек треба добро пазити на то које значење има.³⁵

Са друге стране, и када се доказно средство не изједначава са доказом, него се одређује као посебан појам, у теорији не постоји јединствена дефиниција.³⁶ Под доказним средством се подразумевају средства, тј. лица и ствари на основу којих суд може да створи уверење о постојању или непостојању неке чињенице³⁷, с тим што неки аутори дају исту општу одредбу, али доказним средствима сматрају, не лица и ствари, него доказну радњу, саслушање сведока, саслушање вештака. Овај појам се дефинише и као "све оно чиме се доказ изводи" FH. Gerland: *op. cit.* стр. 132. или врло често и као "извор из кога се добијају доказне чињенице"³⁸, чиме се појмови доказно

31 Ibidem, стр. 14, 15, 16.

32 В. Петровић: Кривично судски поступак, Београд, 1957. стр. 49

33 Д. Димитријевић: *op. cit.* стр. 184.

34 V. Bayer: *op. cit.* стр. 16.

35 H. Zipf: *Strafprozessrecht*, Berlin, 1973. стр. 163.

36 Види: K. Peters: *Fehlerquelle im Strafprozess*, 3. Band, Karlsruhe, 1974. стр. 15, 16.

37 R. Hauser: *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Basel und Stuttgart, 1978. стр. 142; W. Grynski: *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, 1974. стр. 444; Uporedi: Alsberg, Nuesse, Mayer: *Der Beweissantag im Strafprozess*, Muenchen, 1983. стр. 165; J. Roedig: *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Heidelberg, 1973. стр. 245, 246.

средство и доказни извор поистовећују. Alsberg Nuesse, Mayer тврде да, поред тога што у процесној теорији нема сагласности у погледу тога шта се подразумева под појмом доказ, у вези појма доказно средство не би смело да буде сумње, јер из закона произилази да су то: сведок а не исказ сведока, вештак а не налаз и мишљење, затим предмети увиђаја и исправе. Међутим, у односу на појам доказа, према истим ауторима, доказно средство јесте, уколико се под доказом подразумева сама делатност доказивања, сваки објекат те делатности, односно, доказним средством се може сматрати исказ вештака, сведока, садржај исправе, уколико се под доказом подразумева резултат доказивања³⁹.

Чини се да нема краја правом лавиринту у разграничењу основних појмова доказног права, због чега не чуди чињеница да у процесној теорији постоје и мишљења, додуше изузетно ретка, да је инсистирање на разликовању појмова доказ, доказно средство и доказни извор, теоријски сувишно, а практично, у крајњој линији, непотребно⁴⁰.

Посматрано са чисто термилошког аспекта, а у односу на функцију коју имају у процедури доказивања, ови појмови доказног права у већој мери изазивају недоумице, него што целу ствар чине јаснијом.⁴¹ Израз "средство" повезује се првенствено са материјалним објектима, па када се говори о доказним средствима, овај назив је одговарајући за, примера ради, исправе. Међутим, тешко може сасвим адекватно да се употреби код сведочења или вештачења (једино ако се као средство могу узети и лица), док код увиђаја изгледа сасвим неупотребљив, јер увиђај сам по себи није ни доказ, тешко се може термилошки подвести под израз средство, а у строгом смислу речи није ни извор доказа.

Уважавајући логику и суштину кривичне процедуре у доказивању, функцију ових доказних института, као и термилошке особености ове проблематике, чини се да следеће схватање даје основу за јасније сагледавање релације доказ-казно средство-казни извор: "Доказно средство је појам различит од појма извор доказа. У нашем језику, под изразом извор сматра се објекат из кога нешто произилази. Увиђај не може бити извор доказа нити сам доказ. Наиме, самим увиђајем као таквим не доказује се ништа, него само његовим резултатом: изналажењем и интерпретацијом трагова и предмета кривичног дела...Увиђај је само процесно оформљена методика, систем средстава и начина откривања, прикупљања и асервирања стварних доказа...Оно што класична школа назива доказним

38 Териа доказателств, група аутора, Москва, 1972. стр. 176; Уголовниј процес, група аутора у редакцији Алексеев, Лукашевнич, Елјкинд, Москва, 1968. стр. 193; М.С.Строгович: *op. cit.* стр. 298; Б. Марковић: О доказима, Београд, 1908, стр. 4; Т. Васиљевић: Систем кривичног процесног права, Београд, 1981. стр. 301; Советски уголовни процес, група аутора у редакцији М. У. Бажанов, Москва, 1980. стр. 122. М. Марковић: Грађанско процесно право, Београд, 1957. стр. 106.

39 Alsberg, Nuesse, Meyer: *op. cit.* стр. 116.

40 Тако: Г. Ф. Горски, А. Д. Кокорев, И. С. Елјкинд: Проблеми доказателств в советском уголовном процессе, Москва, 1978. стр. 97; Упореди: J. Roedig: *op. cit.* стр. 247, 248, 249.

41 О томе: В. Водинелић: Научни проблеми на релацији доказни извор-каз-казивање у кривичном поступку, Анали Правног факултета у Београду, 3-4/94.

средством, у ствари јесте радња (методика, јединство адекватних средстава и начина), којом се остварује процес доказивања... Доказна радња јесте и сам процес саслушања сведока (сведочење по процесним правилима и правилима технике, тактике и методике саслушања добронамерних сведока), извор доказа је ту сам сведок (као "спремиште" доказне информације), а садржај добијених доказа је вербална или писмена информација"⁴²

Истом логиком, примера ради, у случају вештачења, као доказно средство означава се сама процесна радња вештачења (а не предмети, објекти вештачења), налаз и мишљење вештака јесте доказ, објекти вештачења су носиоци доказних информација (а не доказно средство), док вештак има функцију извора доказа. Дакле, средство којим је прибављен доказ, односно садржина налаза и мишљења или садржина датог исказа код сведочења, јесте посебна радња у оквиру процедуре доказивања. Вештак, односно сведок, није средство доказивања, него је захваљујући својој стручности, односно томе што има одређена сазнања о делу и учиниоцу, само подобан да пружи потребну доказну информацију. Сам по себи он и не даје такву информацију јер је изван кривичног поступка, без контакта са спорним питањима доказне процедуре. Тек посредством истражне, или расправне, радње вештачења, односно саслушања сведока, он ступа у оквире кривичног поступка и реализује своју подобност за утврђивање конкретних спорних чињеница. На тај начин, средство доказивања повезује извор доказа и предмет доказа, задржавајући извесну самосталност у односу и на једно и на друго. Сам поступак (методика) вештачења, односно сведочења, ништа не доказује, него на неки начин "мирује". Потребан је извор доказа који ће се активирати и од кога ће се посредством одређене радње доћи до доказне информације.

Таква процесна радња, дакле доказно средство, у овом случају има две конститутивне компоненте. Суштина првог елемента састоји се у томе што се њеним предузимањем ствара нова информација о спорним чињеницама које се доказују и чини корак даље у сазнању о извршеном делу и његовом учиниоцу. Како сваки доказ, поред сазнајног, садржи у себи и формалне, процедуралне карактеристике (захтев да буде фиксиран на начин и у форми коју одређује закон), тако и доказна радња, као средство доказа, мора да се одвија у одређеном процесном поретку. Из тих разлога, друга основна компонента сваког средства доказивања, односно доказне радње, јесте строго одређена законска форма. Закон о кривичној процедури, не само што регулише начин обављања и основне облике докзних радњи, него и ограничава њихов број таксативним набрајањем. Другим речима, доказна средства су законом таксативно одређена и сви докази се могу прибавити искључиво посредством неких од њих. То значи да је поштовање или непоштовање законске форме доказних радњи, односно доказних средстава, од пресудног значаја за питање да ли ће нека доказно вредна информација моћи да стекне својство доказа. Формална, процесна компонента у доказном средству тако, у крајњој линији, одређује и сам доказ, јер се на правно неваљаним доказима не може заснивати судска одлука. Овакви докази по свом садржају испуњавају функцију доказа, али по форми ("правно неваљани") то нису.

У том смислу се у процесној теорији поставља питање да ли постоји *numerus clausus* доказних средстава. По неким схватањима, којима би се могла

приговорити неразграниченост појмова доказ и доказно средство, свака директна или индиректна енумерација доказних средстава искључује принцип слободне судијске оцене доказа и право на доказ, које начелно дозвољава да се ради разјашњења спорних питања користи свака погодна околност, због чега се не може говорити о строго ограниченом броју доказних средстава.⁴³ Други аутори наглашавају *numerus clausus* доказних средстава⁴⁴, док Р. Хаусер наводи да у овом тренутку спор у вези питања дозвољености других доказних средстава у доказивању, осим оних таксативно набројаних, односно питање да ли постоји или не постоји *numerus clausus* доказних средстава у кривичном поступку, није посебно значајно. Наиме, магнетофонске траке, филмови, фотографска мерења брзине и слично, која су до сада била најчешћи предмет ове контроверзе, представљају објекте увиђаја, а нека друга савремена средства и поступци, као детектор лажи или наркоанализа, због повреде људског достојанства јесу правно недозвољена средства доказивања. Генерално посматрано, сматра Хаусер, број и врста процесних радњи у доказивању не може да се ограничи нормом, мада је потребно на општи начин законским путем онемогућити коришћење активности у вези са утврђивањем спорног чињеничног стања којима се нарушава интимна сфера грађана.⁴⁵

Питање појма и природе доказних средстава у кривичној процедури, посебно у вези тога да ли постоји *numerus clausus* доказних средстава, не треба изједначавати са разликовањем на тзв. строги и слободни доказ у немачкој процесној теорији. Строги доказ (*Strengbeweis*) се односи на доказивање кривице и учинилаштва неког лица и ограничен је на доказна средства таксативно наведена у закону: испитивање окривљеног, саслушање сведока, вештачење, исправе и увиђај. Слободни доказ (*Freibeweis*) се односи на утврђивање процесно важних чињеница и тиче се свих других погодних доказних средстава, на пример: телефонски разговор, коришћење неких писмених аката.⁴⁶ При томе се као проблем поставља питање могућности строгог и последног разликовања материјално правних, с једне, и процесно правних питања, са друге стране.⁴⁷ Такође се поставља и питање да ли се у случају слободног доказа, обзиром да се важне чињенице доказују свим другим погодним доказним средствима различитим од испитивања окривљеног, саслушања сведока, вештачења, исправе и увиђаја, ради о доказним средствима *sui generis*, или је само реч о доказним средствима која се могу користити ван оквира које постављају принципи усмености и непосредности.⁴⁸ Примера ради, наводи се да телефонски исказ неке особе,

43 G. Walter: *Freie Beweiswürdigung*, Tuebingen, 1979. стр. 303, 304.

44 C. Bertel: *Grundriss des oesterreichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975. стр. 67.

45 R. Hauser: *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Basel und Stuttgart, 1978. стр. 142.

46 Види: C. Roxin: *Strafverfahrensrecht*, Muenchen, 1987. стр. 138, 139; Неки аутори истичу и разлике у односу на принцип непосредности, што представља другу страну претходно изнесеног начина разликовања. Тако: E. Schmidt: *Deutsches Strafprozessrecht*, Goettingen, 1967. стр. 97. Види: E. Schluechter: *Das Strafverfahren*, Muenchen, 1983. стр. 490.

47 E. Schluechter: *Das Strafverfahren*, Muenchen, 1983. стр. 373, 492.

48 Тако: H. Rueping: *Das Strafverfahren* Muenchen, 1983. стр. 130, 131.

који се готово редовно узима као пример за слободни доказ, није ништа друго по својој суштини него исказ сведока.⁴⁹

У оквиру питања да ли је сврсисходно лимитативно набрајање доказних средстава, односно да ли ван овог круга постоје и доказна средства *sui generis*, не треба губити из вида и проблем реконструкције догађаја и експеримента. Независно од, теоријски спорног питања, да ли ове активности могу да се тумаче као самостална доказна средства, односно доказне радње, или као део неке друге радње⁵⁰, у законски нормираном систему доказних средстава експеримент представља, или део вештачења, фазу реконструкције догађаја, или саставни део динамичког увиђаја. Реконструкција догађаја се нормативно везује за увиђај, мада је предвиђена независно, посебном законском одредбом (чл. 239. ЗКП), а и у судској пракси се узима као самостална истражна радња.⁵¹ Из тих разлога, као и због немогућности да се у оквирима овог рада ово питање детаљније размотри, природа реконструкције догађаја у контексту проблема *numerus clausus* доказних средстава остаје спорна.

У том смислу, као и вези питања да ли се у случају тзв. слободног доказа ради о доказним средствима посебне врсте, доказним средствима *sui generis*, значајно је следеће гледиште: "Сви до сада доступни извори информација, иако непознати и можда непредвидљиви у времену категорисања доказних средстава, без тешкоћа се сврставају у неку од ових врста (фотографија, снимак на магнетофонској траци, запис телепринтера, телефакс). Групације су довољно широке и не би било претерано рећи да су свеобухватне. Не видимо зато бојазни да се у догледном времену може појавити такав извор обавештења, који се због одређености врста доказних средстава не би могао употребити у сврху доказивања. Међутим, не сме се претендовати да се употреби један извор информације тако да се не уврсти у неко од одређених доказних средстава. То би допустило да се пријем или добијање информације спроведе изван процедуралних правила за то прописаних, што никако није дозвољено (на пример да се уместо сведочења пред судом, са истим значајем употреби писмена изјава сведока)."⁵²

Суштина природе доказних средстава, према томе, јесте у специфичној повезаности доказа и доказних средстава, у њиховој комплементарности. Гносеолошки елемент доказа унапред није одређен, па се законом не може предвидети нити нормативно уопштити, јер су све конкретне спорне ситуације крајње различите и не дозвољавају никакву унификацију у поступку доказивања. Захтев да судски докази буду правно ваљани, у том смислу значи потребу да се конкретна спознаја процесно оформи на нормативно предвиђен начин, што се постиже строгом законском регулативом доказних средстава. Са друге стране, доказно средство истовремено треба да буде подобно да из одговарајућег извора прибави доказе, односно, доказно средство треба да одговара доказном извору, због

49 О томе: К. Bertel: *op. cit.* стр. 68.

50 О томе: В. Водинелић: *Криминалистика и доказивање*, Скопје I, 1980. стр. 556 и даље.

51 Види: Ј. Павлица, М. Лутовац: *Закон о кривичном поступку у практичној примени*, Београд, 1985. стр. 355.

52 Б. Старовић, Р. Кеча: *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 1995. стр. 227. Упореди: Ж. Алексић, З. Миловановић: *Криминалистика*, Београд, 1994. стр. 98.

чега, примера ради, вештаку као извору доказа одговара доказна радња вештачења, а не увиђај или сведочење.

Чини се да доследно разликовање појмова доказ, доказно средство и доказни извор, на начин приказан у претходној анализи, никако није теоријски сувишно и практично непотребно. Осим што доприноси теоријској систематичности и прегледности, инсистирањем на чињеници да доказно средство на специфичан начин повезује доказни извор и предмет доказивања и да је између појмова доказ, доказно средство и доказни извор увек неопходна, садржински потпуно одређена комплементарност, чије непоштовање повлачи конкретне последице, јасно се истиче и сасвим извесна и значајна практична импликација у области доказног права.

Summary

THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS OF THE EVIDENCE - MEANS OF EVIDENCE AND SOURCE OF EVIDENCE RELATIONSHIP

There are surprisingly many disagreements in the field of theory of evidence in the criminal adjective law, concerning the basic, initial notions, including: evidence, means of evidence and source of evidence. The paper deals first with the various interpretations of the notion of evidence, including a special analysis of the substantive and formal aspect of this notion, on the basis of which a transition is made to an analysis of the theoretical and practical problems of the conceptual and factual disharmony in the scope of the evidence - means of evidence - source of evidence relationship. The essence of the nature of the means of evidence lies in a special linkage between evidence and means of evidence, in their complementariness. Thegnoseological element of evidence is not determined in advance, so that it can be neither determined by law nor be generalised normatively, since all concrete disputable situations are extremely differing ones and do not permit any unification in the probation proceedings. In that respect, the necessity for the court evidence to be legally valid means the necessity for a given cognition to be procedurally formed in the normatively determined manner, which can be done on the basis of strict regulation of the means of evidence. On the other hand, a means of evidence should also be suitable for obtaining evidence from the relevant source, meaning that it should be suited to the source of evidence, which is why, for example, an expert, as a source of evidence, prefers the giving of expert opinion rather than investigation or testimony.

The fact that a means of evidence links up in a special way the source of evidence and subject matter of evidence - because of which a fully determined complementariness, the non-observance of which produces specific consequences, is always essential - points at certain important practical implications of this matter in the law of evidence.

Др Бранислав Симоновић
 ванр. професор Правног
 факултета у Крагујевцу

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА ДИЈАГНОСТИЧКИХ ГРЕШАКА И ЊИХОВИХ ПОСЛЕДИЦА

КЉУЧНЕ РЕЧИ: *несавесно
 лечење болесника, дијагностич-
 ка грешка, доказивање, елемен-
 ти бића кривичног дела,
 доказивање узрочности
 (узрочног односа),*

УДК: 343.6 (045)

УВОД¹

У савременом европско - кон-
 тиненталном кривичном поступку,
 терет доказивања постојања кривич-
 ног дела и кривичне одговорности
 окривљеног је примарно на тужиоцу
 и секундарно на суду. Тужилац је тај
 који подиже и заступа тужбени зах-
 тев, предлаже извођење доказа, зах-
 тева доношење осуђујуће пресуде.
 Терет доказивања је секундарно и на
 суду кога обавезује начело актив-
 ности судијске делатности, обавеза
 установљивања истине, обавеза пот-
 пуног и истинитог утврђивања чи-
 њеничног стања. Терет доказивања
 у кривичном поступку не лежи на
 окривљеном. Он није дужан да до-
 приноси утврђивању своје кривице,
 али има право да предлаже извођење
 доказа који му иду у прилог. Предло-
 ге за извођење ових доказа суд мора
 да прихвати, они улазе у предмет
 доказивања. Уколико суд не прихва-
 ти њихово, извођење мора аргумен-
 товано да образложи своје одбијање.
 Окривљени у кривичном поступку
 има читав низ привилегија које
 олакшавају његов положај и у бит-
 ној мери усмеравају и одређују до-
 казну делатност пред кривичним
 судом.

Оквири и специфичности дока-
 зивања сваког кривичног дела су
 одређени законским уобличињем
 бића кривичног дела као и реалним
 могућностима утврђивања оног чи-
 њеничног стања на чије је уста-
 новљивање обавезао кривични закон
 формулисањем кривичног дела. Мо-
 гућности доказивања правно реле-
 вантног чињеничног стања у
 кривичном поступку (тј. бића кри-
 вичног дела) су ограничене на једној

1 Рад је изложен на саветовању: "Лекарска дијагноза као медицински и правни проблем". Организатори саветовања су били Југословенско удружење за медицинско право и Институт за судску медицину Медицинског факултета у Београду. Саветовање је одржано у Београду 19. и 20. 11. 1997.

страни, доказним правилима и забранама које регулишу судијску спознајну делатност и на другој страни развојем криминалистике и других форензичких наука које се баве разрадом метода утврђивања чињеничног стања. Према томе, спознајна и доказна ограничења форензичких наука (криминалистике, судске медицине, форензичке токсикологије и других) као и њихова несавршеност, у одлучујућој мери лимитирају могућности утврђивања правнорелевантних чињеница које су кривичним законом одређене као битне за установљивање законског бића кривичног дела. Уколико Законодавац приликом нормирања бића кривичних дела не уважава ова објективна ограничења форензичких наука у погледу могућности утврђивања чињеничног стања, утолико ће и норме кривичног закона да представљају само пуку декларацију и жељу Законодавца, без могућности (или пак са врло ограниченим могућностима) да реално заживе у пракси остварујући сврху кажњавања и заштиту друштва од криминалитета.

Доказивање постојања дијагностичких грешака и њихових последица као и уопште доказивање кривичне одговорности лекара за несавесно лечење болесника садржи читав низ специфичности и тешкоћа које се негативно одражавају по утврђивање истине у судској пракси и самим тим заслужују посебно изучавање.

ДОКАЗИВАЊЕ ДИЈАГНОСТИЧКИХ ГРЕШАКА И ЊИХОВИХ ПОСЛЕДИЦА

Приликом доказивања постојања дијагностичких грешака којима је остварено законско биће кривичног дела несавесног лечења болесника, потребно је пред судом установити: постојање очигледне дијагностичке грешке којом је остварена радња кривичног дела; виност учиниоца; погоршање здравственог стања (или пак смрт) лица које је подвргнуто медицинској интервенцији; и узрочни однос између дијагностичке грешке и погоршања здравственог стања.

а) Доказивање постојања очигледно погрешне дијагнозе као елемента радње кривичног дела несавесног лечења болесника.

Погрешна лекарска дијагноза која је од кривично правног значаја у смислу члана 126. Кривичног закона Србије, постоји уколико лекар није дијагностичковао болест, а што је могао имајући у виду обољење које је у конкретном случају постојало и дијагностичке методе које су му у датом тренутку биле на располагању. "При оцени чињеница да ли је лекар савесно поступао при постављању дијагнозе служи у првом реду оцена, да ли је извршио подробен клинички преглед и колико је труда уложио да овим прегледом дође до тачне дијагнозе. Несавесност лекара при постављању дијагнозе може се утврдити кроз оцену начина рада и метода рада које је при постављању дијагнозе употребио. Лекар може кривично одговорати за погрешно постављену дијагнозу и све њене кобне последице по болесника једино у случају када је погрешна дијагноза резултат његовог несавесног рада".²

Приликом установљивања постојања лекарске грешке, суд треба најпре да утврди које је у конкретном случају радње предузео лекар. Доказивање постојања очигледне грешке приликом постављања дијагнозе се састоји у установљивању да ли је лекар у конкретном случају извршио клинички преглед пацијента у складу са прописима медицинске струке. При том је потребно установити да ли је приликом постављања дијагнозе поступао несавесно и површно.³

Поступање лекара приликом постављања дијагнозе се у конкретном случају утврђује: анализом медицинске документације; из обдукционог налаза; узимањем исказа од лекара и евентуално од оштећеног или његове родбине.

Након тога суд треба да установи који медицински стандарди, правила поступања важе као узор оптималног медицинског поступања у типичним ситуацијама које су адекватне конкретном случају који се пресуђује. Треба установити како медицинска наука и савремена медицинска пракса налажу лекару да се у типичним ситуацијама понаша (које радње, поступке, дијагностичка и терапеутска средства да примени). Ове медицинске стандарде оптималног поступања лекара приликом постављања дијагнозе прибавља суд од вештака медицинара који су специјалисти дотичне медицинске области. Корисно је да правници (тужилац, судија, адвокат тј. законски заступник оштећених) косултују медицинску литературу како би могли да поставе критична питања вештаку, разумеју и прошењују његово излагање. За разлику од иностраних, наши правници који учествују у споровима ове врсте, по правилу, то не чине.

И под три, на основу анализе поступања лекара у конкретном случају и упоређивања истог са медицинским стандардима, утврђује се постојање евентуалне дијагностичке грешке. Дијагностичка грешка се установљава тако што ће се доказивати да ли је лекар у конкретном случају **очигледно** одступио од медицински усвојених и важећих стандарда. Према томе, не може се свака дијагностичка грешка лекара сматрати очигледном грешком. Потребно је установити велико, **очигледно одступање од онога што је лекар могао и морао у конкретном случају да учини**, а што је у складу са правилима медицинске струке и науке. Кривично право толерише извесне стручне грешке лекара, оно један степен ризика преваљује на пацијента. У питању су само **грубе дијагностичке грешке** које у великој мери излазе изван оквира дозвољене медицинске толеранције. Међутим, толеранција кривичног права и кривичних судова не може бити безгранична.⁴

Приликом доношења одлуке о постојању **очигледног** одступања од усвојених и важећих медицинских стандарда, треба узети у обзир конкретне дијагностичке и терапеутске могућности које су у датом моменту биле на располагању лекару у конкретној ситуацији. Као стандард треба да послужи могуће оптимално поступање стручног и савесног лекара у датој ситуацији.

Правни живот, 6/1964, стр. 7-8.

3 С. Белеслин, *Ибидем*, Један од најважнијих чинилаца за постављање тачне дијагнозе долази особа лекара, његово знање, искуство тј. стручност и његов морални лик. Морални лик лекара у вези са постављањем дијагнозе може се рашичланити на савесност, човекољубље и бригу о болеснику. стр. 6.

4 О овоме и Ј. Ђирић, Радња извршења кривичног дела несавесног лечења болесника од стране лекара, ЈРКК, 1/1991, стр. 84.

Питање очигледног огрешења о правила медицинске науке и струке је конкретно питање и оно не може на исти начин да буде третирано у нпр. условима сеоске амбуланте, у којој су дијагностичке могућности сужене, и у условима које има савремени клинички центар.

Приликом процене да ли је у конкретном случају остварена радња кривичног дела, суд треба да цени објективну и субјективну страну делања лекара. Објективну страну делања лекара чини испољена (не)стручност у конкретном случају, односно утврђивање постојања очигледног, грубог одступања од правила медицинске струке. Субјективну страну лекаревог односа према пацијенту сачињава утврђивање постојања евентуалног огрешења о моралне и етичке стандарде лекарске делатности. Потребно је утврдити да ли је лекар показао бригу према пацијенту, жељу да помогне, да се удуби у проблем, или се његово понашање може окарактерисати као брзоплето, незаинтересовано за пацијента, бахато или грубо. "У избегавању или површном вршењу прегледа, огледа се и несавестан рад лекара при постављању дијагнозе."⁵

Уколико се у конкретном случају установи постојање оба елемента: начињена груба дијагностичка грешка; и огрешење о принципе медицинске етике опхођења са пацијентом, тј. несавесност лекара, тада је доказивање постојања радње извршења овог кривичног дела знатно лакше.

У једном случају је лекар болесника са повредама на глави, који се јавио за помоћ у 22 сата ноћу, погледао кроз прозор осветливши га цепном електричном лампом и утврдио је да је повреда лака. Болесник је сутрадан умро услед излива крви у мождано ткиво. Лекар је проглашен кривим.⁶

У пракси се показало тежим, доказивање постојања радње кривичног дела несавесног лечења болесника, уколико се утврди само постојање очигледне дијагностичке грешке, поред тога што је то сасвим довољан услов за постојање радње дела. У таквим случајевима се одбрана лекара заснива на томе да је он савесно поступао, али услед атипичног развоја болести, или других објективних услова, није могао да сагледа све елементе потребне за доношење исправне одлуке.

б) Установљивање последице дијагностичких грешака као последице кривичног дела несавесног лечења болесника

Последица дијагностичке грешке се огледа у погоршању здравља или смрти пацијента. Међу правницима не постоји сагласност у погледу јасног одређења последице код овог кривичног дела, што се (посредно) одражава на доказивање његовог постојања.

По једном мишљењу, последица кривичног дела несавесног лечења болесника састоји се у проузроковању погоршања здравственог стања лица које је подвргнуто медицинском третману.⁷

5 Ј. Ђирић, Радња извршења кривичног дела несавесног лечења болесника од стране лекара, ЈРКК, 1/1991, стр. 82.

6 С. Белеслић, Нетачно постављена дијагноза и кривична одговорност лекара, Правни живот, 6/1964, стр. 7.

7 Б.Чејовић, Кривично право, посебни део, Београд, 1980, стр. 245; Бачић-Шепаровић, Кривично право, посебни део, Загреб, 1989, стр. 256.

По другом схватању, проузроковање погоршања здравственог стања представља објективни услов инкриминације, а под последицом се може сматрати стварање, изазивање конкретне опасности да наступи извесна штета. Дакле, последица кривичног дела је стварање конкретне опасности за живот или здравље болесника.⁸

Независно од разлика које ова два схватања поседују, и која имају свој утицај при утврђивању виности, у сваком конкретном случају треба доказивати настанак погоршања здравственог стања лица, односно тешко нарушавање здравља или смрт. Терет доказивања последице дијагностичке грешке пада на тужиоца и на суд, међутим у њеном егзактном установљивању неопходна је помоћ медицинских вештака и извештај са обдукције.

У једној пресуди Савезног суда Југославије се изричито наводи да чињеница погоршања здравственог стања мора бити утврђена у поступку пред судом да би се извршилац могао огласити кривим за то дело. С обзиром да првостепени суд то није учинио у конкретном случају, Суд је због тога пресуду поништио.⁹

По правилу, у судској пракси најчешће није велики проблем доказивање погоршања здравственог стања лица. Оно се доказује пре свега обдукцијом и вештачењем.

ц) Утврђивање виности код кривичног дела несавесног лечења болесника

Мада се ово кривично дело може извршити са умишљајем или из нехата, у пракси се најчешће среће постојање несвесног нехата код учиниоца. О врсти виности која је постојала у конкретном случају, закључује се на основу анализе понашања лекара приликом постављања дијагнозе и његовог односа према пацијенту и његовој болести.

Приликом испитивања, треба утврдити постојање свести код лекара да је прекршио медицинске стандарде оптималног понашања приликом утврђивања дијагнозе на које је био обавезан, односно ако тога није свестан - да је према датим околностима и према својим личним својствима био дужан и могао тога да буде свестан.

Треба разјаснити да ли се понашање здравственог радника приликом постављања дијагнозе може одредити као неспретно, необазриво, непажљиво, немарно¹⁰, односно као незаинтересовано за пацијента.

Корисно је разјаснити мотиве због којих здравствени радник није поступао у складу са медицинским правилима у конкретном случају. Због чега на пример, у конкретном случају није извршио детаљан преглед пацијента, а то је могао и био дужан да учини.

У теорији кривичног права се истиче да могућност погоршања здравственог стања неког лица није обухваћена вионошћу извршиоца, јер ова околност представља објективни услов инкриминације.¹¹

8 Видети Ј. Ћирић, Кривично дело несавесног лечења болесника, (магистарски рад), стр. 57-58.

9 Савезни суд Југославије, Кж. 92/63. Видети: Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 597.

10 Б. Чејовић, Субјективни елемент кривичног дела несавесног лечења болесника, Правни живот, 1/1973, стр. 43-45.

д) Доказивање каузалитета између дијагностичке грешке и погоршања здравственог стања или смрти пацијента

а) Проблем утврђивања каузалитета између дијагностичке грешке (и на тој основи примењене терапије) и погоршања здравственог стања пацијента у науци и судској пракси

Утврђивање каузалитета између радње овог кривичног дела, која се огледа у очигледној грешци медицинског радника и погоршања здравственог стања лица које је подвргнуто медицинском третману, је први кључни проблем код доказивања несавесног лечења болесника.

Кривични закон Србије у члану 126. прописује да је лекар одговоран за ово кривично дело уколико својим очигледним огрешењем о правила медицинског третмана, **проузрокује** тиме погоршање здравственог стања неког лица. Кривични закон, дакле, налаже утврђивање каузалне везе између грубе грешке лекара (или другог медицинског радника) и погоршања здравља.

Овај став је прихваћен и у судској пракси. На пример, Савезни суд Југославије у једној својој одлуци изричито наводи да је суд дужан да утврди и узрочну везу између делатности извршиоца дела с једне, и погоршања здравственог стања неког лица, с друге стране.¹²

Ово решење Кривичног закона и став судске праксе подржавају и теоретичари кривичног права. Рецимо проф. Д. Атанацковић изричито наводи: "Треба увек утврдити да ли постоји узрочна веза између несавесног поступања лекара и наступелог погоршања здравственог стања. Неће се радити о овом кривичном делу чак и ако је лекар несавесно поступао - ако је погоршање здравственог стања наступило независно од тога".¹³ Проф. Лазаревић заступа исти став: "Између несавесног лечења и погоршања здравља мора међутим постојати узрочни однос; не постоји ово кривично дело ако и поред несавесног лечења није наступило погоршање здравља или је ово погоршање наступило из неких других узрока, а не услед несавесног лечења."¹⁴

Теоретски би се овом ставу могло приговорити да се кривична одговорност лекара везује за настајање чињенице која је изван виности лекара и независна од његовог делања. Од два лекара који су начинили грубу грешку, одговараће само онај, код чијег пацијента дође до погоршања здравственог стања (и то само ако се докаже узрочни однос). Један лекар који је несавестан, и начини грубу грешку, неће бити кривично одговоран,

11 Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 1991, стр. 381; На пример Лазаревић наводи да умишљај треба да обухвати свест да се у пружању лекарске помоћи очигледно поступа супротно правилима медицинске науке и струке, односно да се несавесно поступа у пружању медицинске помоћи или у вршењу друге здравствене делатности и да услед тога може бити проузроковано погоршање здравственог стања неког лица, Кривично право, посебни део, стр. 217.

12 Видети: Б. Чејовић, Кривично право у судској пракси, друга књига, посебни део, Београд, 1986, стр. 596.

13 Д. Атанацковић, Кривично право, посебни део, Београд, 1981, стр. 320.

14 Љ. Лазаревић, Кривично право, посебни део, Београд, 1981, стр. 217.

уколико код пацијента није дошло до погоршања здравственог стања, рецимо због изузетне одбрамбене снаге организма. Други лекар који је несавесно поступао и начинио грубу лекарску грешку, неће бити одговоран, ако се не докаже да је погоршање здравственог стања његовог пацијента проузроковано управо његовим дељањем. Код свих ових лекара је испољена друштвена опасност; управо несавесним обављањем лекарске професије која је подобна да угрози здравље пацијента.

Кривична одговорност лекара се везује за утврђивање директне каузалне везе, што је такође немогуће доказати у судској пракси. У судској пракси је веома тешко доказати да је штетна последица настала као узрок лекарске грешке, а не услед деловања других околности.

Имајући у виду овако високо постављен законски услов постојања дела, медицински вештаци из већ познате лекарске солидарности, чак и у ситуацијама екстремно грубе грешке лекара, па и када не могу да негирају несавесност у лекарском третману, доводе у питање постојање узрочне везе. У судској пракси се у вештачењима код очигледних (грубих, екстремних) грешака лекара, дозвољава могућност несавесног поступања лекара у конкретном случају, али се доводи у питање (или пак негира) каузалитет, наводећи да би тешке последице настале и да се лекар понашао на другачији начин. Одговорност лекара за несавесно лечење болесника се покрива непредвиђеним компликацијама, допуштеним ризиком лекарске интервенције, слабостима органа, статистиком. Овиме се у пракси везују руке суду и тужиоцу.

Судско медицински вештаци чак и не морају да негирају постојање узрочне везе, већ је само доводе у питање, и тиме иницирају доношење ослобађајуће пресуде (по правилу *in dubio pro reo*) услед недостатка доказа.

Доказивање каузалитета се у судској пракси појављује као непремостива тешкоћа и у на први поглед једноставним случајевима, када између радње (несавесног поступања лекара којим је начињена груба грешка) и последице (смрти пацијента) нису утврђени релевантни побочни фактори који би могли да прекину или да закомпликују каузални ланац.

У једном случају је извршена хируршка интервенција на материци. Неколико сати након операције је наступила смрт пацијенткиње. Обдукцијом је утврђено да хирург-гинеколог није подвезао неке велике крвне судове, па је дошло до унутрашњег искрваљења. Конци на крвним судовима су само били ушивени, али нису били стегнути, јер да је то учињено на ткиву крвних судова би се налазио траг од стегнутог конца. То је наведено у обдукционом извештају. Међутим, судскомедицински одбор је у своме налазу и мишљењу навео да би смрт можда наступила и да тај пропуст није учињен и тиме је негирао каузалну везу између лекарске грешке и последице смрти. Суд прихвата ово мишљење и ослобађа лекара.¹⁵

Доказивање каузалитета се још у израженијем виду појављује као непремостива тешкоћа у ситуацијама када је проблем доказивања објективно компликован, када није једноставно са сигурношћу (на самом почетку преткривичног поступка или у фази одлучивања да ли да се покрене истрага) закључити која је тачно груба грешка учињена, и то посебно у ситуацијама када је у медицинском третману учествовало више

15 Овај случај ми је изложио лекар, судскомедицински патолог који је вршио обдукцију у конкретном случају. На жалост није могао да ми наведе број пресуде како бих је потражио.

медицинских радника. У таквим случајевима је једино јасно да је у питању највероватније нечија груба грешка, и да је живот пацијента изгубљен. С обзиром на чврсту еснафску међуповезаност лекара и непостојање жеље да се помогне правосудним органима у откривању кривца, такви случајеви се по правилу завршавају одустајањем од кривичног гоњења.

Тридесетогодишња акушерска сестра је порођена царским резом у недељу. Од уторка се жали на јаке болове у стомаку, несвестицу и још не може да устане из кревета. У среду добија пролив и још увек нема снаге да се подигне. У четвртак стомак почиње да јој отиче, осећа лупање срца, несвестицу и добија осип по кожи који лекар дијагностикује као алергију. Пацијенткиња и родбина траже детаљан преглед. Један лекар одговара да јој није ништа, а да при том није извршио преглед. Други лекар изјављује родбини да је пацијенткиња размажена и да зато кука. У ноћ субота-на недељу пацијенткиња гласно плаче и запомаже да су је чули чак пацијенти из суседне собе, међутим нико од лекарског особља је не обилази. У недељу јој је стомак велики као пре порођаја. Муж пацијенткиње се обраћа дежурном лекару, а овај одговара да не зна, да је са његове стране све у реду, и не обилази пацијенткињу, већ из ходника улази у лекарску собу. Родбина "подиже узбуну на одељењу", и тек након тога пацијенткињу примају на интензивну негу. У понедељак је шаљу хитно у Београд на Гинеколошко-акушерску клинику где је истог дана извршена операција. Констатована је сепса дела материце која се проширила на цео стомак. После две недеље пацијенткиња је умрла. Истражни судија предузима истражне радње саслушања лекара и родбине. Лекари одбацују кривицу са себе и истичу да су сви савесно поступали. Лекари из београдске клинике су органима унутрашњих послова и родбини изјавили да је узрок смрти сепса коју је пацијенткиња добила у породилиштву. Лекар који је пацијенткињу оперисао у Београду, након операције је оперативним радницима и родбини изјавио да се на породилиште које је обавило царски рез може слободно ставити натпис: "Штала". Међутим на саслушању код истражног судије у својству сведока нису били тако категорични. Имајући у виду њихове изјаве као сведока, одустало се од вештачења. На основу предузетих оперативних и истражних радњи, тужилаштво и истражни судија закључују да нема услова за покретање кривичног поступка јер није могуће идентификовати кривца нити обезбедити доказе.¹⁶

Примера ради, и у немачкој судској пракси се доказивање каузалитета појављује као озбиљан проблем. Код њих не постоји овакво кривично дело којим се у суштини привилегује положај лекара, већ се одговара за тешку телесну повреду или убиство, тј. у зависности од последице. Лекарска одговорност постоји само ако се може утврдити директан каузални међусобни однос између грубе грешке лекара и настале штете по здравље. У литератури се наводи пример у коме лекар и поред високог патолошког налаза у мокраћи, који је указивао на тешку болест бубрега, није предузео никакве терапеутске мере те је смрт пацијента убрзо наступила. У другом случају се помиње да лекар у првих 32 сата након оперативног захвата уопште није контролисао пацијента над којим је извршена тешка операција са великом вероватноћом настанка компликација. Излаже се и пример, да лекар након операције није констатовао настале компликације и није применио терапеутске мере којима су се могле отклонити, што је условило смрт пацијента. У овим случајевима, није могла бити доказана кривица лекара због немогућности доказивања каузалитета. У питању су одлуке о којима је одлучивао Савезни суд Немачке.¹⁷

16 Материјали Општинског јавног тужилаштва у Чачку, бр. КТП-2/95, од 23. 05. 1995.

17 Dieter Giesen, Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung, Juristen Zeitung, 13/1982, стр.

Имајући у виду проблеме који се у погледу доказивања каузалитета појављују у немачкој судској пракси, у литератури се среће предлог да би у случају постојања грубе грешке лекара, требало усвојити став да је довољно установљивање вероватног каузалитета између ње и наступиле штете по пацијента. Требало би дакле доказивати да ли је лекарска грешка генерално подобна да проузрокује штету по здравље пацијента.¹⁸

Што се тиче наше судске праксе, мислимо да се може бранити став, да наши судови нису у стању успешно да изађу из лавиринта доказивања каузалитета између дијагностичке грешке, односно очигледно погрешног медицинског третмана и погоршања здравља.

б. Погрешно одређење предмета доказивања узрочности код кривичног дела несавесно лечење болесника и критика ове праксе

Предмет доказивања¹⁹ код овог кривичног дела се неретко погрешно одређује (изокреће се) чиме се још више компликује дефинисање и доказивање узрочности. Дилему о постојању узрочности између погрешне дијагнозе у конкретном случају и погоршања здравља (смрти пацијента) не треба постављати у облику који се креће изван каузалног ланца настанка конкретног друштвено опасног догађаја (за који се још не зна да ли се може приписати кривици лекара), као што се то често чини. Тврдња вештака или одбране, да би смрт наступила и да је постављена правилна дијагноза (и на основу тога предузета правилна терапија), излази из оквира предмета доказивања. Да је постављена правилна дијагноза, не би постојала лекарска грешка и не би било основа за постављање сумње о одговорности лекара, без обзира на негативни исход лечења. У науци кривичног права и судској пракси се среће мишљење, да и ако је донета погрешна дијагноза (односно начињена лекарска грешка), неће постојати кривична одговорност лекара уколико би пацијент умро и када ње (погрешне дијагнозе) не би било. Овакво схватање је по нашем мишљењу крајње погрешно и веома опасно. Њиме се потпуно изокреће предмет доказивања узрочности код овог кривичног дела. Ово схватање уноси две хипотетичке околности од којих је

453.

18 Dieter Giesen, Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung, Juristen Zeitung, 13/1982, стр. 453. О томе како се проблеми доказивања решавају у немачком грађанском поступку видети: Ј. Радишић, Правична расподела терета доказивања у парницама против лекара- пракса Немачких судова, Правни живот, 11-12/1994, II том, стр. 1847-1861.

19 У правничкој литератури се наилази на мишљење, да на пример, ако је хирург заборавио газу у трбушној дупљи пацијента, питање које треба разјаснити је, да ли би болесник добио запаљење трбушне марамице и у случају да газа није заборављена. Чини се да је проблем погрешно постављен. Потребно је у конкретном случају утврдити, са вероватноћом високог степена, да ли је остављена газа условила или могла да допринесе, проузрокује настанак запаљења у конкретном случају? Да ли је остављање газе у стомаку по правилу (у начелу) подобно да доведе до перитонитиса? Треба поћи од теорије посредног узрока. Није предмет доказивања да би пацијент можда добио запаљење марамице и да није заборављена газе, јер то нико не може да гарантује, али што је најважније, то и није предмет доказивања, већ да ли је остављање газе могло да представља посредни услов у узрочном ланцу наступања последице.

једна у конкретном случају апсолутно непостојећа и уопште није предмет доказивања.

Прва хипотетичка околност је: шта би било да је на пример постављена исправна дијагноза, односно да није начињена лекарска грешка. Ово уопште није предмет доказивања, јер је у конкретном случају ипак донета погрешна дијагноза. Лекарска грешка постоји, она је реалност и у логици размишљања треба поћи од ње, јер се у противном фалсификује чињенично стање и врши насиље над логиком. Једна истинита реално постојећа чињеница се замењује непостојећом хипотезом која се потом третира као реалност. Циљ сваког логичког и судијског доказивања је да се смањи број хипотетичких претпоставки и да се полази од реалног (постојећег) тока ствари. Уколико погрешна дијагноза (лекарска грешка) постоји, та се чињеница појављује као одлучна и правно релевантна с обзиром да сачињава законско биће кривичног дела несавесног лечења болесника. Ијено негирање и пребацивање терета доказивања на хипотетичку ситуацију да рецимо није било грешке, представља грубо фалсификовање доказног материјала и огрешење о предмет доказивања.

Друга хипотетичка тврдња је да би дошло до погоршања здравља или смрти и да је постављена исправна дијагноза. То нико не може доказати, али и није предмет доказивања. У овакве спекулације суд не треба да се упушта. Шта би било да је донета исправна дијагноза није кривичноправно и доказно питање, а управо на њему падају многи судски предмети у којима се отвори дилема о постојању кривичноправне одговорности лекара за несавесно лечење.

ц. Покушај разрешења проблема доказивања узрочног односа код кривичног дела несавесног лечења болесника у оквиру постојећег законског решења

С обзиром да наш Кривични закон налаже постојање каузалне везе између радње (лекарске грешке) и последице (односно објективног услова инкриминације) - погоршања здравља, поставља се питање како при постојећем законском решењу најоптималније приступити питању утврђивања каузалитета.

При доказивању узрочности код овог кривичног дела (као и код сваког другог) треба смањивати број хипотетичких теза и доказивати само реалне околности које сачињавају законско биће овог кривичног дела. Према томе, треба одбацити предлог за доказивање хипотетичке околности: шта би се догодило, да је било, оно што у стварности није постојало (наступила би смрт и да није било погрешне дијагнозе тј. грубе лекарске грешке). У доказивању треба поћи искључиво од постојеће (утврђене) погрешне дијагнозе тј. лекарске грешке. Питање на које суд треба да одговори (уз помоћ вештака) је да ли је конкретна погрешна лекарска дијагноза у конкретном случају **проузроковала**, односно била **подобна**, могла да **проузрокује** настале последице по здравље и живот пацијента. Постојање лекарске грешке треба доказивати са апсолутном сигурношћу (извесношћу), а постојање узрочног односа између лекарске грешке (која је апсолутно доказана) и последице треба доказивати минимално са утврђивањем високог степена вероватноће. Ово је због тога што у медицини, по правилу, није могуће доказати са апсолутном сигурношћу да је одређена груба дијагностичка (или друга) грешка директно проузроковала смрт или

погоршање здравственог стања пацијента. Узрочност у медицини нема карактер закона у физици где један узрок увек и без остатка проузрокује одређену последицу (нпр. брзина кретања и маса возила проузрокују одређену снагу удара при судару возила). Међутим, неки постулати, општа медицинска искуства и знања представљају ноторне чињенице које по правилу доводе до одређених последица. На пример, запаљење слепог црева које није дијагностиковано и медицински третирано, по правилу доводи до његовог прскања и перитонитиса (запаљење трбушне марамице). Уколико је у оку страно тело, а оно при прегледу није дијагностиковано и извађено, неминовно ће пре или касније доћи до великог запаљења због кога може доћи до губитка вида, итд. Имајући у виду да је утврђивање каузалитета у медицини, по правилу, немогуће на директан, непосредан начин, потребно је примењивати посредну методу која се састоји из две фазе.

Најпре треба установити да ли дијагностичке грешке дате врсте по правилу, најчешће, у медицинској пракси доводе до тешких последица. Треба доказивати да ли је одређена очигледна, груба дијагностичка грешка, која затим доводи до грешке у третману, односно терапији, *подобна* да доведе до тешких последица или смрти. Треба поћи од разумне сумње која почива на општем медицинском и животном искуству. Потребно је потом установити и да ли је конкретна грешка при постављању дијагнозе *могла* да услови последице које су настале у конкретном случају. Ако медицински вештак у налазу и мишљењу наведе како би пацијент умро и да није начињена груба лекарска грешка, треба се задржати на разјашњавању питања да ли је конкретна груба лекарска грешка *умањила* пацијентове шансе за преживљавање и у којој је мери, односно да ли је утицала на убрзавање настанка фаталног исхода. Према томе, потребно је утврђивати пред судом да ли груба дијагностичка или друга грешка представља *посредни* услов у узрочном ланцу наступања последице.

Уколико се утврди да то јесте тако, може се сматрати да је испуњен први услов за доношење позитивног закључка о постојању каузалитета.²⁰ У овој, првој фази доказивања каузалитета, треба установити постојање хипотетичког, вероватног (претпостављеног) каузалитета између погрешне дијагнозе и последице.

У немачкој правничкој науци веома значајни ауторитети сматрају да је утврђивање каузалног односа између грубе грешке и последице на нивоу хипотетичког каузалитета потпуно довољно за доказивање кривичне одговорности лекара.²¹ Неки правници који се опредељују за хипотетички каузалитет, као допуну и његово ограничење, уводе квантитативни

20 У новијој немачкој судској пракси и науци постаје све значајније мишљење да уколико груба лекарска грешка доведе до умањења шанси за преживљавање или пак скрати живот пацијента за неколико дана или чак сати, а што је доказано са вероватноћом високог степена (по некимa је потребно да се постојање овог узрочног односа докаже са сигурношћу), може се сматрати да су испуњени услови за постојање кривичне одговорности лекара због несавесног лечења. Ово схватање још увек није доминантно, трпи критике, али изгледа да добија све више присталица. Видети: Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, стр. 139-141.

21 Dieter Giesen, *Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung*, *Juristen Zeitung*, 13/1982, стр. 453.

критеријум. При одлучивању о кривичној одговорности лекара за погрешно постављену дијагнозу (или пак другу лекарску грешку) прихватају вероватни каузалитет о постојању узрочности између грешке и последице, али захтевају установљивање вероватноће високог степена, при чему се залажу за толерисање ризика од 0,5 до 0,6% (у суштини је у питању степен вероватноће о кривици лекара који се граничи са извесношћу).²² Схватање које се заснива на прихватању вероватног каузалитета као довољног за установљивање узрочног односа између грубе лекарске грешке и погоршања здравља или смрти пацијента, свој основ налази у теорији повећаног ризика до кога је дошло погрешним поступањем лекара. Несавесним поступањем и непоштовањем правила медицинске струке и науке, односно *њиховим очигледним, грубим кршењем*, лекар је у сваком случају повећао ризик за настанак тешких последица или смрт пацијента, тако да се услед тога може на његову штету урачунати и евентуални ризик који постоји приликом прихватања вероватног каузалитета. Пребацивање ризика на лекара због тога што је начинио грубу грешку, и на тој основи задовољавање са установљивањем вероватног каузалитета између грешке и тешке последице по здравље или живот пацијента је подвргнуто критици у немачкој правној науци зато што се противи темељном правилу кривичног процесног права да у сумњи треба донети одлуку која је у корист окривљеног (*in dubio pro reo*), а не на његову штету.²³

Имајући у виду горе наведене аргументе, сматрамо да утврђивање вероватног каузалитета између грубе лекарске дијагностичке (и друге) грешке и настале последице треба да буде само прва фаза у доказивању да се настала последица може приписати несавесном понашању лекара.

Уколико се добије позитиван одговор на питање да је конкретна груба дијагностичка (или друга) грешка вероватно проузроковала погоршање здравља или смрт пацијента (тј. била је подобна за то), тада треба утврђивати да ли су постојали у конкретном случају неки побочни фактори који су допринели настанку последице, односно да ли постоје неки други фактори који прекидају каузални однос између погрешне дијагнозе и последице. Уколико постоји један могући ток развоја узрочног односа на релацији грешка (последица, а није утврђено постојање других медицинских фактора који су могли да прекину каузални ланац, има се сматрати да постоји узрочни однос који је довољан за осуду лекара за конкретно кривично дело.

Неопходно је егзактно, конкретно утврдити евентуалне побочне факторе који су прекинули каузални ланац између очигледно погрешно постављене дијагнозе (лекарске грешке) и настале последице смрти или погоршања здравља. Након установљивања побочних фактора, потребно је доказати са високим степеном вероватноће да су они могли да прекину претходно успостављени каузални ланац. Треба доказати са високим степеном вероватноће да су побочни фактори допринели, проузроковали или пак били подобни да проузрокују погоршање здравља или смрт пацијента прекидајући каузални ланац који је настао грубом лекарском грешком и његовим несавесним поступањем. На пример, лекар услед очигледне грубе дијагностичке грешке није констатовао запаљење слепог црева, услед чега

22 Наведено по: Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, стр. 136-137.

23 Klaus Ulsenheimer *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, стр. 134.

је дошло до његовог прскања и перитонитиса, али уколико се као побочни фактор појавио срчани удар који је проузроковао смрт, тада се може сматрати да је дошло до прекидања каузалног односа између лекарске грешке и смрти пацијента и лекару се не треба приписати одговорност за смрт пацијента; или ако се утврди да је код пацијента постојала велика телесна слабост и исцрпљеност и ослабљен имунолошки систем итд.

Уколико се побочни фактори који прекидају каузални ланац између грубе лекарске грешке и погоршања здравља не могу утврдити, тада се може сматрати да је у конкретном случају доказана узрочност и да су испуњени законски услови кривичне одговорности лекара.

д. Примена предложеног решења на случајеве из судске праксе

Родитељи су девојчицу довели на преглед код очног лекара увече 19. 8. 1985. због повреде ока. Лекар није извршио детаљан преглед ока, већ је само санирао рану на очном капку (концем ушио капак) и дете пустио кући. Родитељи наредног дана (20) поново доводе дете код лекара истичући да се оно све лошије осећа. Лекар опет не врши детаљан преглед ока, већ само преврћа рану на очном капку и дете отпушта кући. Родитељи наредног дана, 21. опет доводе дете, наглашавајући да се оно све лошије осећа. После контролног прегледа дете се упућује на Очну клинику у Београд где бива примљено тек 24. Извршен је детаљан преглед, и установљено је да има страног тела у јабучици ока (иверак од дрвета). Око није могло да буде спасено. Судскомедицински одбор Медицинског факултета у Београду у своме стручном мишљењу наводи: "Само спољашњи преглед очних капака код повреде ока, а што је урађено приликом прегледа пацијенткиње, је непотпун, недовољан и није у складу са принципима медицинске науке... Окривљени лекар, с обзиром да није извршио потпуни преглед ока, није могао да запази страног тела у очној јабучици и да изврши вађење тог страног тела-што је у оваквим случајевима апсолутно индиковано. С друге стране, питање је да ли би исход лечења био исти да је лекар Н.Н. извршио потпуни преглед ока и екстракцију страног тела, јер су овакве повреде саме по себи веома озбиљне и исход лечења је неизвесан".²⁴ У допунском вештачењу износи се следећи категорични закључак: "Највећи број оваквих повреда, а у којима је благовремено оперативном интервенцијом, се завршава губитком вида. У конкретном случају да је лекар Н.Н.одмах по пријему пацијенткиње извршио детаљан преглед ока и вађење страног тела, вероватно да би исход лечења био исти, односно дошло би до губитка вида на десном оку".²⁵

У овом случају је повређен предмет доказивања. Питање које се овде постављало је: да ли је конкретним несавесним поступањем лекара проузрокован губитак вида на једно око, а не да ли би вид био изгубљен и да је лекар деловао у складу са прописима своје струке, о чему се изјаснио Судскомедицински одбор вештака. Суд из овога очигледно није могао да изађе, када је допуштено да наступи апсолутна застарелост кривичног гоњења. Интересантно је, да се сличан предмет појавио пред Савезним судом Немачке, и услед немогућности доказивања каузалитета, донета је ослобађајућа пресуда (био је у питању погрешан третман пацијента који је ослепео).²⁶

24 Решење о обустави кривичног поступка услед апсолутне застарелости донето 13. 10. 1995. од стране Општинског суда у Крагујевцу број К-1108/86. Записник о вештачењу бр. 14/86, од 23. 6. 1986, стр. 5.

25 Допуна вештачења бр. 14/86, од 30. 12. 1987, стр. 2.

26 Dieter Giesen, Beweisrechtsprobleme in der Rechtsprechung, Juristen Zeitung, 13/1982, стр.

У конкретном случају предмет доказивања је био: 1) да ли је начињена груба грешка приликом вршења прегледа и постављања дијагнозе; 2) да ли је установљена груба лекарска дијагноза била *подобна да доведе до губитка вида* односно да *допринесе његовом губитку*; 3) да ли су конкретним поступањем лекара: несавесним прегледима и медицинским третманом који карактерише велико одуговлачење умањене објективне шансе за спасавање вида, односно да ли је лекар својим несавесним понашањем умањео шансе позитивног исхода лечења; 4) Да ли су постојали неки побочни фактори који су прекидали каузални ланац између несавесног поступања лекара настале последице. Овај случај може да подстакне и дискусију о необјективности и пристрасности медицинских вештака у случајевима постављања питања кривичне одговорности њихових колега.²⁷

И у раније поменутом случају хируршке интервенције на материци у коме хирург гинеколог није подвезао велике крвне судове и где је наступило искрваљење и смрт пацијенткиње, начињена је груба повреда предмета доказивања. Суд је прихватио налаз судскомедицинских вештака да би смрт наступила можда и да пропуст није начињен и применио је правило *in dubio pro geo*, међутим уопште није установио факторе који су наводно прекинули каузални ланац настао грубом лекарском грешком. Суд је негирао једну постојећу чињеницу: грубу лекарску грешку, а прихватио ничим доказану паушалну хипотезу да би смрт можда наступила и да грешке није било. У конкретном случају је требало доказивати: 1) постојање грубе грешке (неподвезивање великих крвних судова); 2) могући (вероватни) утицај такве грешке на фатални исход; 4) смрт пацијенткиње; 3) постојање побочних фактора који су могли да утичу на прекидање насталог каузалног ланца.

е) " *In dubio pro geo* " и доказивање узрочности код кривичног дела несавесног лечења болесника

Сматрамо да судови исувише произвољно и недозвољено широко примењују правило *in dubio pro geo* приликом решавања питања узрочности у случајевима лекарске одговорности за несавесно лечење болесника. Ово правило налаже суду да у случају постојања сумње да постоје неке чињенице које иду у корист окривљеном, треба поћи од тога као да оне стварно постоје. Овим правилом се оштећује установљење истине и окривљени ставља у привилеговани положај. Међутим без обзира на нека схватања да правилу *in dubio pro geo* нема места у кривичном поступку, зато што га Закон о кривичном поступку ни на једном месту не помиње, а уз то и Закон изричито прописује да се све чињенице морају утврђивати несумњиво, ипак савремено кривичнопроцесно право и судска пракса свих цивилизованих земаља уважавају његову примену. С обзиром да је правило *in dubio pro geo* у супротности са начелом истине, на изврстан начин изузетак у процесу

453.

27 О овоме више: Б. Симоновић, Проблеми доказивања кривичноправне одговорности лекара за кривично дело несавесног лечења болесника. Рад је изложен на Саветовању: Право и медицина (додирне тачке-спорна питања) које је одржано на Копаонику 27-30. 3. 1997. Реферати су објављени под насловом: "Право и медицина (додирне тачке-спорна питања)", Издавач: Српско удружење за кривично право, 1997, стр. 265-287; Овај чланак је објављен под истим називом у часопису: Наука, безбедност, полиција, издавач Полицијска академија, Београд, бр. 1/1997, стр. 50-70.

доказивања, нужно зло, треба га само изузетно примењивати када је због објективних разлога немогуће установити истинито чињенично стање.

Примена правила *in dubio pro geo* се нарочито често користи у судској пракси управо у случајевима (не)доказивања узрочности између несавесног (нестручног) лечења, тј. погрешене дијагнозе (и на њој заснованој неадекватној терапији) и последице односно смрти пацијента. С обзиром да постоје озбиљни и објективни проблеми доказивања чињеничног стања и узрочности код доказивања постојања овог кривичног дела и евентуалне одговорности лекара, судови веома често прихватајући мишљење вештака, посежу за применом *in dubio pro geo* и доносе ослобађајућу пресуду, или још чешће кривични поступак се уопште не покреће или обуставља у раној фази. Када је у питању доказивање постојања кривичног дела несавесног лечења болесника и кривичне одговорности лекара, примена *in dubio pro geo* није изузетак већ правило. Сама ова чињеница је фрапантна, и довољно указује колика је немоћ правосуђа при доказивању постојања овог кривичног дела. Ово несумњиво говори Законодавцу да је лоше конципирао биће овог кривичног дела, тако да оно у пракси више представља "правни украс", а мање, односно нимало, једну реалну норму коју је могуће спровести у дело и са којом се може остварити сврха заштите друштва.

Мислимо да се може говорити, не о примени *in dubio pro geo* у поступку доказивања постојања овог кривичног дела, већ о његовој злоупотреби. Судови крајње произвољно примењују *in dubio pro geo* у кривичном поступку не темељећи одлуку на реалним чињеницама, већ произвољним и објективно недоказаним спекулацијама и претпоставкама, најчешће некритички усвајајући судско медицинско вештачење. У случајевима када није могуће оспорити постојање очигледно грубе дијагностичке или друге грешке лекара, а последица је очигледна јер је пацијент умро, судско медицински вештаци потпуно произвољно, паушално и ничим доказујући негирају постојање узрочног односа. Ако и наводе неке аргументе онда се једино позивају на статистику по којој су шансе за остварење позитивног ефекта мале. С обзиром на стручну инфериорност правника (судија и тужилаца) у односу на лекаре вештаке (уколико су пристрасни), иницирају се одлуке у којима није утврђена истина, већ је примењено мучно *in dubio pro geo*.²⁸

У науци кривичнопроцесног права је неспорно да сумња на којој се темељи *in dubio pro geo*, односно његова примена, мора да буде заснована на реалном чињеничном материјалу, не може да буде произвољна и мора да има одређена квантитативна и квалитативна обележја. "И сумња мора да има своју основу у реалној стварности"²⁹ и мора да буде подупрta логичким и прихватљивим аргументима. Истиче се да би суд применио правило *in dubio pro geo* у конкретном случају, мора да постоји најмање основана сумња у постојање чињеница које окривљеном иду у прилог, а чије је постојање немогуће доказати у конкретном случају.³⁰ Основана сумња представља

28 О овоме више у раду: Б. Симоновић, Проблеми доказивања кривичноправне одговорности лекара за кривично дело несавесног лечења болесника, "Право и медицина (додирне тачке-спорна питања)", стр. 265-287.

29 В. Водинелић, Криминалистика, откривање и доказивање, I том, Скопје 1985, стр. 94.

виши ниво сумње од обичне и произвољне сумње која није поткрепљена никаквим чињеницама. За разлику од обичне, неаргументоване сумње која није заснована на реалном чињеничном материјалу, постоји сумња која се у кривичнопроцесној науци и у доказном праву назива основи сумње. Основе сумње карактерише могућност (која јесте реална и несумњиво утврђена нпр. статистички подаци и извештаји) да постоје одређене чињенице, или неки каузални однос, али њихово постојање није доказано.³¹ Међутим, прихваћено је схватање да се примена правила *in dubio pro geo* не може заснивати на основима сумње.³² Основи сумње су по квалитету, квантитету, тј. степену доказаности недовољни за примену *in dubio pro geo* и доношењу судске одлуке по том правном основу. Примена правила *in dubio pro geo* се може заснивати само при постојању основане сумње у егзистирање одређених чињеница или каузалног тока који окривљеном иде у прилог. Основана сумња је такав степен сигурности знања које је поткрепљено реалним чињеницама и аргументима на основу којих се може закључити да је вероватно постојање неких чињеница или каузалног тока који иде у прилог окривљеном. Ђ. Лазин, који је докторирао на теми " *in dubio pro geo* " истиче: "Уколико се изричито заузме став да се сумња у случају у коме се примењује правило *in dubio pro geo* увек мора састојати у основаној сумњи, онда се увек подразумева, без обзира што прихватамо формулацију "у сумњи, пресуди у корист окривљеног", да се ту практично ради о основаној сумњи. У овом раду смо се определили за овакав приступ, полазећи од тога да је реч о класичној формулацији овог правила које је опште прихваћено у теорији и пракси."³³ По горе наведеном аутору, правило *in dubio pro geo* се може применити и на основу тога донети ослобађајућа пресуда, једино када су разлози за истинитост неке чињенице једнаки разлозима против њене истинитости.³⁴ У науци кривичног процесног права се истиче да у свим случајевима примене правила *in dubio pro geo*, постојање основане сумње суд оцењује на основу слободног судијског уверења које се формира на основу изведених доказа, и то како сваког доказа појединачно, тако и свих у целини. Ово уверење мора у пресуди да буде образложено, и може путем жалбе да буде подвргнуто контроли од стране вишег суда.³⁵

Према томе, примена правила *in dubio pro geo* у случајевима утврђивања узрочног односа између грубе грешке (дијагностичке и друге) и последице се не може заснивати на вештачењу у чијем се мишљењу само паушално доводи под сумњу узрочност у конкретном случају. Такво мишљење суд не сме да прихвати, јер у противном недозвољено проширује примену правила *in dubio pro geo*. Што је посебно важно, суд не треба да се везује за такво неаргументовано мишљење вештака. Нагласак треба ставити на доказивање очигледне грубе дијагностичке (или друге) грешке и њен директан или

30 Ђ. Лазин, "In dubio pro geo" у кривичном поступку, Београд, 1985, стр. 28.

31 По Лазину основи сумње постоје, ако је могућност да је окривљени извршио кривично дело, која се заснива на одређеним чињеницама и околностима, мања од могућности да он то није учинио. Види наведено дело, стр. 19.

32 Уколико постоје само основи сумње, суд не би могао да примени правило *in dubio pro geo*. Горе наведени рад, стр. 28.

33 Ibid.

34 Ibid.

35 Ibid. стр. 29.

посредан допринос настанку последице (умањење шанси за преживљавање или опоравак, убрзање настанка фаталног исхода). Егзактним утврђивањем или пак неутврђивањем побочних фактора који су могли да прекину каузални ланац, посредно се добија одговор на питање узрочног односа између очигледне дијагностичке грешке и последице.

Summary

BURDEN OF PROVING DIAGNOSTIC ERRORS AND THEIR CONSEQUENCES

The paper deals with the difficulties encountered in the determination of the elements of felony in unscrupulous treatment of patients, with particular reference to the proving of diagnostic errors. Recommendations are presented concerning the ways and means of dealing with the problems encountered in court practice. Particular attention is paid to the proving of the causal relationship, and some new solutions are suggested. The erratic application of the *in dubio pro reo* rule in court practice in connection with the proving of criminal liability of physicians is criticised.

Kam C. Wong

Assistant Professor of Law, Government and Public Administration, Chinese University of Hong Kong. B.A. (Hons.), J.D., Indiana University; Diploma, National Institute of Trial Advocacy, Northwestern University School of Law; M.A., Ph.D., State University of New York (Albany) - School of Criminal Justice; Member, State Bar of Michigan

РАЗМИШЉАЊЕ О КАЗНИ ЗА ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

A REFLECTION ON CORPORATE CRIME PUNISHMENT

КЉУЧНЕ РЕЧИ: казна;
привредни криминал; теорија
одмазде

Introduction

УДК: 343.2.01:343.97:33 (045)

The question of crime and punishment has perplexed human kind.¹ What is punishment,² why do we punish,³ what activities should be punished,⁴ who should be

- 1 Ted Honderich, **Punishment: The Supposed Justifications** (1984) p.12 (hereinafter **Punishment**) („The general claim, that one cannot but regard punishment as in need of justification, is itself a judgement of a moral nature...“)
- 2 See **Punishment**, *ibid*, pp.14-20. (Punishment has been defined as „an authority's infliction of a penalty on an offender...“) *Ibid*. p.19. See H.L.A. Hart, **Punishment and Responsibility** (1968), pp.4-5 (hereinafter **Punishment and Responsibility**). (Professor Hart defined „punishment„ in terms of five elements: (i) It must be painful or unpleasant. (ii) It must be for conduct against legal rules. (iii) It must for his offence. (iv) It must be intentionally administered. (v) It must be administered by a legal authority.)
- 3 See generally discussion in **Punishment and Responsibility**, *ibid*; Packer, **The Limits of Punishment** (1966); C.L. Ten, **Crime, Guilt and Punishment** (1987); Pincoffs, **The Rationale of Legal Punishment** (1966) and Moberley, **The Ethics of Punishment** (1966).
- 4 See generally Lord Devlin, **The Enforcement of Morals** (1959) (society should punish immorality which goes contrary to the „community of ideas„); H.L.A. Hart, „Social Solidarity and The Enforcement of Morals,“ 35 *U. of Chicago Law Rev.* 1 (1967) (society should only punish deviation from „common morality which is essential to society„); J.Mills,

punished,⁵ how should punishment be administered⁶ are the perennial major concerns of the public, policy makers, and academicians alike. Theories of punishment abound. As a penologist observed:

"There are three traditional views of what we are doing when we punish: (a) that we are attempting to deter or prevent future crime or wrongdoing; (b) that we are attempting to reform a person who has done wrong; and (c) that we are indulging in retribution, inflicting a just return on the wrongdoer for an offense."⁷

The relative merits and efficacy of different theories of punishment polarizes political debates and sets national agenda.⁸ No definitive answer or common consensus is in sight.

Utilitarianism (1863) (society should only punish acts harmful to others, not self); **Home Office Scottish Home Department Report of The Committee on Homosexual Offenses and Prostitution** (Wolfenden Report) (1957) ("14. It is not, in our view, the function of law to intervene in the private lives of citizens, or to seek to enforce any particular pattern of behavior ..."); Criminal Justice Reform Act of 1973, S. 1, 93d Congress., 1st Sess., Jan. 4, 1973, Section 1-1A2: "This code aims at articulation of the nation's fundamental system of values..."; *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) (a person should not be penalized for being in a status of a drug addict); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (government regulations do not reach into "the sanctity of a man's home and the privacy of life...")

- 5 Who should be punished raises two kinds of question. First, whether a person's involvement in a criminal conduct is sufficient enough to be criminalized? Wayne R. LaFare, **Modern Criminal Law**, 2d. ed. (1989), p.704; *Hicks v. United States*, 150 U.S. 442 (1893) (mere presence at a murder without active participation by word or action is not punishable). Second, whether a person is sufficiently culpable to be criminally liable. To be criminal responsible a person's conduct must be voluntarily done and with the requisite mens rea. See generally Chapter IV and V in **Punishment and Responsibility**, op. cit., note 3; *Hill v. Baxter* (1958) 1 All E.R. 193 (1958) 1 Q.B. 277 ("the onus of proving the defendant was in a state of automatism was on him."); *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952) (unless clearly expressed by legislature, intent is required to convict for a felony of converting government property). See Packer, "Mens Rea and the Supreme Court," 1962 **Sup. Ct. Rev.** 107.

- 6 See U.S. Constitution, amend. VIII, "Cruel and unusual Punishments (shall not be) inflicted;," *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 189 (1976) (opinion of Steward, Powell, and Stevens, JJ) ("When discretion is afforded a sentencing body on a matter so grave as the determination of whether a human life should be taken or spared, that discretion must be suitably directed and limited so as to minimize the risk of wholly arbitrary and capricious act."); *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878) ("punishments of torture... and all others in the same line of unnecessary cruelty, are forbidden."); *In re Kemmler*, 136 U.S. 436, 447 (1890) (cruel as used in the Eighth Amendment, "Implies there is something inhuman and barbarous, - something more than mere extinguishment of life."); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910) (12 years of hard labor for falsifying public records is cruel and unusual punishment); *Trop v. Dulles*, 368 U.S. 86 (1958) (punishing desertion with denaturalization is excessive in relationship to the crime); *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) (punishing the status of narcotic addiction as a criminal offense is cruel and unusual punishment); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978) ("sentence in capital cases must be permitted to consider any relevant mitigating factor."); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) ("the death penalty is not invariably cruel and unusual, but it must not be "excessive" in relationship to the crime committed.).

- 7 Gahringer, "Punishment and Responsibility," 66 **J. Philos.** 291-293 (1969).

- 8 See David Rothman, **Conscience and Convenience** (1971) for a compelling account of the emergency of rehabilitation ideal as a goal of punishment. See Stuart A. Scheingold, **The**

The greatest difficulty in such punishment debates is in reconciling the fundamental differences of various schools of thoughts; their basic assumptions and value postulates.⁹ Such debates are much more heated when come to white collar criminals. The issue of fairness becomes a dominant concern. The unfairness issue was most graphically illustrated by the case *United States v Berman*¹⁰ wherein, the defendant Bergman, a white collar criminal, who defrauded the government a total of \$1.2 million in Medicaid and tax was only given a sentence of 4 months.¹¹ The New York Times squarely raised the issue:

"A second popular notion about sentencing is that it should show the criminal justice system to be even-handed. At a time when the Legislature is moving toward mandatory sentences of three years for juveniles convicted of serious crimes, a four month sentence for a rich felon, guilty of a million-dollar fraud, can only reinforce cynicism about the realities of equal justice under the law."¹²

The fact that the white collar criminals are being treated more leniently is no longer in doubt.¹³ The only question is whether the disparity in treatment is justified or more to

Politics of Law and Order (1984) for a discussion of the political nature of crime and punishment policy and practices. See Anthony Platt, *The Child Savers* (Chicago: University of Chicago Press, 1969) for a vivid account of how politics converge with treatment ideology in defining juvenile reform policy. Cesare Beccaria with his little book *Dei delitti e delle pene* (1764) was able to introduce rationality into what has been thus far an abusive and excessive process, while Karl Menninger argued in *The Crime of Punishment* (1966) for a more scientific and less punitive approach to punishment and laid the necessary groundwork for rehabilitation / treatment of offenders in the 60s and 70s. Robert Martinson, "What Works? - Questions and Answers About prison Reform," *The Public Interest* 35 (Spring, 1974) demonstrated "conclusively," that rehabilitation did not work and buried the rehabilitation ideal for good, as A von Hirsch, *The Choice of Punishments* (1978) called for a return to the justice principle in sentencing practice and paved the way to sentencing reform of the 80s. The intractable nature of punishment debate is openly recognized by the United States Sentencing Commission. The Commission decided not to decide and drew up the federal sentencing guidelines without a dominant theoretical perspective. See Kenneth R. Feinberg, Chair, *The New Federal Sentencing Guidelines* (1988), pp.9-10.

- 9 Herbert Packer has described the debate as "the dilemma of punishment." *The Limits of Criminal Sanction*, op. cit., note 4, p.9. ("Today as always criminal law is caught between two fires. On the one hand, there is the view that punishment of the morally derelict is its own justification. On the other, there is the view that the only proper goal of the criminal process is the prevention of anti-social behavior."). *The New Federal Sentencing Guidelines*, ibid, p.10. (The United States Sentencing Commission did not reconcile the divergent and conflicting penal theories by arguing that in the end there is not going to be much differences in the outcome.) Some scholars have preferred a mixed model. See *Punishment and Responsibility*, op. cit., note 3, p. 25. (H.L.A. Hart argued that just desert principles should be used to set limits to punishment based on utility.); Norval Morris, *The Future of Imprisonment* (1974), p.74. (Punishment should be based on utility as confined by justice.)

10 416 F. Supp. 496 (1976).

11 For an excellence account of the development of the case, see Professor Wayne R. LaFave, *Modern Criminal Law*, 2d.ed (1989), pp.27-39.

12 The sentiment is best captured by this N.Y. Times item on June 18, 1976, A.22, col. 2.

13 See Leonard Orland and Harold R. Tyler, Jr. (eds.), *Justice in Sentencing: Papers and proceedings of the Sentencing for the First and Second U.S. Circuits* (1974), pp. 159-160 ("plain indications that white collar defendants, predominantly white, receive more lenient treatment as a general rule."); J. Hagan and A. Palloni, "Club Fed' and the Sentencing of White Collar Offenders Before and After Watergate," *Criminology* 24, no.4 (1986), pp. 616-617. ("relative to less-educated common criminals, white collar offenders were more

the point whether it is fair? Issues of fairness in punishment are properly the concerns of retributionists. Whether it is fair to punish corporate criminal¹⁴

The study of white-collar crime has been plagued by a lack of definitional focus.¹⁵ The problem started with Sutherland. He first defined the term „white-collar crime,“ as „crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation,“ but proceeded to include in his book fraud in different repair businesses, fraud in income tax return, and fraud by a shoe salesman.¹⁶ Later, Clinard and Quinney who divided white collar crimes in two categories - „occupational crime,“ („offenses committed by individuals for themselves in the course of their occupations and the offenses of employees against their employers,“) and „corporate crime,“ („the offenses committed by corporate officials for their corporation and the offenses of the corporation itself,“).¹⁷ Yet a third classification is possible - that of organizational criminality.¹⁸ A business corporation is a legal entity recognized by the state and vested with rights and responsibilities to facilitate the transaction of business, public or private. Though the definition is restricted to legally incorporated entities, the reasoning and findings of this study may have broader applications, e.g. they equally apply to other organizational such as business partnership or street gang. In fact **The Proposed Guidelines for Sentencing of Organizations** of the U.S. Sentencing Commission (46 CrL 2001 - 2024) defined organization broadly as „a person other than individual.“¹⁹ Thus defined organizations include corporations, unions, and partnerships. The broader conceptual framework for analysis, which this study does not address and only tangentially deals with, is the fairness of punishing collectivity acting through its members. cannot be answered by other consequentialist theories²⁰ - i.e. with reference to deterrence²¹ or rehabilitation.²²

likely to be imprisoned after Watergate than before, but for shorter periods.); H. Hagan and P. Parker, „White Collar Crime and Punishment: The Class Structure and Legal Sanctions of Security Violations,“ *American Sociological Review* 50 (1985), pp.302-316; K. Johnson, „Federal Court Processing of Corporate, White Collar, and Common Crime Economic Offenders Over the Past Three Decades,“ *Mid-American Review of Sociology*, 11, no.1 (1986), pp.25-44 (corporate and white collar lawbreakers received more lenient sentences than those convicted of common property crime). The sentencing disparity between white collar and common criminals was well displayed in the public eye, see Lesley Oelsner, „Wide Disparity Mark Sentences Here,“ *New York Times*, September 27, 1972, p.1: Black Fleetwood and Arthur Lubow, „America's Most Coddled Criminals,“ *New Times* (September 19, 1975); Michael C. Jensen, „Watergate Donors Still Riding High,“ *New York Times*, August 24, 1975, sec. 3, pp.1,7. For a summary of research in sentencing disparity see Jeffrey Reiman, *The Rich Get Richer and Poor Get Prison*, 3d. ed. (1990), pp.98-115.

14 A clear definition of the object and scope of this study is very important. The principle of retribution may justify the punishment of individuals but not corporations. It may justify punishing small corporations but not large ones. This paper confines itself to the study of a special sub-class of white-collar criminals, those perpetrated by the business corporations.

15 See Ronald C. Kramer, „Corporate Criminality: The Development of an Idea,“ in Ellen Hochstedler (ed.) *Corporations as Criminals* (1984) pp.15-6.

16 See Sutherland, *White Collar Crime* (1949), p.9.

17 *Criminal Behavior Systems: A Typology* (1973), p. 188.

18 M. David Ermann and Richard J. Lundman, *Corporate and Governmental Deviance: Problems of Governmental Deviance*, 3d. ed. (1978) (organization as a collection of replaceable people with jobs, positions, skills, power rules, and reward). See also Diane Vaughan, *Controlling Organizational Behavior: Social Structure and Corporate Misconduct* (1983).

19 18 U.S.C. Sec. 18.

20 Utilitarianism, which Jeremy Bentham called „moral science,“ argues for the maximization

Fundamentally, two fairness arguments exist: Is the imposed sanction fair to the „individual, criminal? ¹⁸ This question encompasses two questions: (1) Whether it is ever just to punish the collective for the work of the individual? This is the attribution of guilt issue. (2) Whether it is just to punish the individual for the work of the collective? This is the collective guilt issue. ¹⁹ Is it fair to others who are „similarly, situated? The first deals with individual justice issues, the later distributive justice ones. Scholars and the public who are concerned with sentencing disparity have been more concerned with the second question than the first. Ultimately, the question that needs to be answer is: on account of our understanding of the retribution theory what punishment properly fits corporate crime and criminal? More generally, does retribution theory help us in setting punishment for the corporate criminals? This paper is devoted these issue.

There are two reasons why the study of criminal responsibility and moral culpability of a corporation is in order:

First, business organizations diverge from individuals in two key dimensions. First, corporations as legally created entity are vested with rights and responsibilities not shared by individuals. Second, corporations are rational entity, not capable of thought and feelings. Thus our traditional notion of criminal responsible and common understanding of moral culpability may not apply to them. ²⁰ As observed by Fisse:

„The concept of wrongdoer is highly individualistic. It presupposes personal qualities: the capacity to have an intention and choice... (with organization offenders) ... The focus is on a social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the bureaucratic dynamics that produce that condition... the costs and burden of reformation are placed on the organization, not because it has done wrong, in either a literal or metaphorical sense, for its neither intention nor will, but because reform is needed to remove a threat to constitutional values by the operation of the organization... ²¹

Second, corporate America holds disproportionate and pervasive influence in economic, social and political matters. ²² Corporation is fast becoming „the, way of doing business and a fact of life. ²³ How they should be dealt with is an important concern to the scholars, public and policy makers. ²⁴ The most controversial issue is whether corporate

an end, e.g. punishing the innocent or punishing excessively to generate the desired deterrent effect. See **Punishment**, op. cit., note 2, p.66-74.

16 Jeremy Bentham, the founder of Utilitarianism, has suggested that punishment may prevent the occurrence of offenses in three ways: (1) by making it impossible or difficult for an offender to break the law; (2) by deterring both offender and others; (3) by providing an opportunity for the reformation of others. See **Punishment**, op. cit., note 2, p.52.

17 See Justice Stewart's famous dicta in *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962) („Even one day in prison would be cruel and unusual punishment for the „crime, of having a common cold.“)

18 This question encompasses two questions: (1) Whether it is ever just to punish the collective for the work of the individual? This is the attribution of guilt issue. (2) Whether it is just to punish the individual for the work of the collective? This is the collective guilt issue.

19 See Fisse, „The Supreme Court 1978 - Forward: The Forms of Justice,„ 93 *Harv. L.Rev.* 1, 22-23.

20 See Fisse, „The Supreme Court 1978 - Forward: The Forms of Justice,„ 93 *Harv. L.Rev.* 1, 22-23

21 See Alfred F. Conard, et. al., **Enterprise Organization** (1972), pp. 720-21.

22 See John K. Galbraith, **The New Industrial State** (1967).

23 See William H. Whyte, Jr., **The Organization Man** (1956).

24 It was once observed that the public was not concerned with the „morally neural, business transgressions. See Kadish, „Some Observations on The Use of Criminal Sanctions in

criminality should be dealt with civilly or criminally. If they should be punished who and how should they be punished? ³⁰ Both questions hinge on our understanding of the justifications for punishment in general, and retribution in particular. This paper is divided into three parts. Part I discusses the theoretical framework of retribution and its related principles. Part II provides some observations, comments, and critiques about the application of retribution theory to corporate criminality. Does the retribution theory apply to corporate crime? What kinds of corporate misconduct should be punished? Who should be punished? How much should they be punished? What are some of the conceptual and practical difficulties in applying the retribution principles to corporate criminality? Part III provides a summary and conclusion to the paper. The major thesis of this paper is that the retribution theory of punishment cannot be made to apply to corporate criminals without some very major revisions to its underlying premises. I

29 It was once observed that the public was not concerned with the "morally neutral" business transgressions. See Kadish, "Some Observations on The Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations," 30 *University of Chicago Law Rev.* 423, 446 (1983) (the purpose of criminal law is not to anticipate or built morality but reflect moral consensus). The lack of public concern may be due to the low visibility, diffused effects, delayed impacts, and incremental and cumulative nature of corporate criminal conducts. See John Braithwaite and Gilbert Geis, "On Theory and Action for Corporate Crime Control," *Crime and Delinquency* (1985) p.292. There are indications that the public are getting more sensitized to the issue of corporate criminality and liability issues as a result of a few highly publicized corporate crime cases. See for example, the Pinto case (Ford corporate executives deliberately failed to make an \$11.00/car improvement that would have prevented 180 deaths based on a cost-benefit analysis), see Mark Dowier, "Pinto Madness," *Mother Jones*, September/October 1977:2-13, the Kepone case (Allied Chemical Corporation intentionally discharged pesticide into the waterways of Virginia for nearly a decade) see CBS, *Sixty Minutes*, Dec.14, 1975, and the heavy electrical equipment antitrust cases (high corporate officials of reputable companies, e.g. GE and Westinghouse, were indicted for anti-trust violations for fixing bid prices for the Tennessee Valley Authority project), see Richard A. Smith, "The Incredible Electric Conspiracy," *Fortune*, 63 (April, 1961) pp.132-7, and 63 (May, 1961), pp.161-164. The policy makers were made to face the issue by pressures from dedicated public interest advocates such as Ralph Nader. See *Unsafe at Any Speed: The Designed-In Dangers of the American Automobile* (1969). Chapter 3 in Fisse and Braithwaite, *The Impact of Publicity on Corporate Offenders* (1983). The academicians and scholars were galvanized by the leadership of Sutherland and the radical criminologists. The press sized the opportunity to cater to the growing interests in corporate criminality, see Sandra S. Evans and Richard J. Ludman, "Newspaper Coverage of Corporate Crime," 21 *Criminology* 519-541 (1983) ("newspapers protect corporate reputations by failing to provide frequent, prominent, and continue coverage of common corporate crimes such as price-fixing.") and the government started to devote more time and energy into the enforcement of white collar crime laws. See Jack Katz, "The Social Movement against White Collar Crime," in Egon Bittner and Sheldon L. Messinger, (eds.) *Criminology Review Yearbook*, vol.2, (1971) pp.161-184. In all, the public has grown to be more critical about corporate crimes in the 1980s. See James Frank et. al., "Sanctioning Corporate Crime: How Do Business Executives and The Public Compare," in 8 *American Journal of Criminal Justice* 139, 140 (1989).

30 Ibid.

I. RETRIBUTION

Introduction

Retribution,²⁶ deterrence²⁷ and rehabilitation²⁸ are the three most commonly recognized justifications for imposing punishment.²⁹ Of the three, retribution has the most instinctive appeal.³⁰ It is the oldest³¹ and most universally accepted.³² It is certainly the most popular with the general population.³³ It has been accepted as a proper objective to punish by the Supreme Court.³⁴

26 See definition and discussion *infra*.

27 "In everyday usage the word 'deterrence'... refer to any process by which someone is prevented from doing something... more accurately... a person was deterred from doing something if he failed to act because he feared the extrinsic consequences of that action." See Deryck Beyleveld, *A Bibliography on General Deterrence Research* (1980), p.xv. Deterrence can include incapacitation, i.e. totally deprivation of freedom or death.

28 Rehabilitation is the restoration of criminals to a law-abiding way of life through treatment. John E. Conklin, *Criminology*, 3d ed. (1989). The rehabilitation process is by definition therapeutic, any incidental deprivation and pain induced are not purposive.

29 Text books introduce them as basic concepts in punishment, Kadish and Paulsen, *Criminal Law and Its Processes*, 3d ed. (1975) (law school text), Dix and Sharlot, 3d ed. (1987) (undergraduate law text), Jon E. Conklin, 3d ed., *Criminology* (1989) (undergraduate criminal justice text). Scholars expounded on them. For a classical treatment of retribution, see Immanuel Kant, *The Philosophy of Law* (1791). For a detail discussion of the theoretical foundation of deterrence, see Jeremy Bentham, *Principles of Morals and Legislation* (1789). For a modern treatment of deterrence theory and literature, see Deryck Beyleveld, *A Bibliography on General Deterrence Research* (1980). For a developmental view on rehabilitation, see David Rothman, *Conscience and Convenience: The Asylum and its Alternatives in Progressive America* (1971). Policy makers relied on them, Kenneth R. Feinberg, *The New Federal Sentencing Guidelines* (1988). Legislation referred to them, see *General Code Reform Act of 1973*, S. 1400, 93d Congress., 1st Sess., March 27, 1973, Section 102. State and federal judicial officials pay tribute to them, see *Commonwealth v. Ritter*, Court of Oyer and Terminer, Philadelphia, 13 D. & C. 285 (1930), *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

30 J.L. Mackie, "Morality and the Retributive Emotion," *Criminal Justice Ethics* (1982); Richard D. Alexander, *The Biology of Moral Systems* (1987) and Robert Ardrey, *The Social Contract: A personal Inquiry into the Evolutionary Sources of Order and Disorder* (1970)

31 The ancient Bible is replete with retributive admonitions: "When one man strikes another and kills him, he shall be put to death." Genesis 27:45. "And if any mischief follow, then thou shalt give life for life, eye for eye, tooth for tooth, hand for hand, foot for foot, burning for burning, wound for wound, stripe for stripe." Exodus 21:22-23

32 Retributive is commonly shared by other cultures. Retribution found expression in primitive cultures as in Melanesia, B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (1982), see also E. Adamson Hobel, *The Law of Primate Man* (1954), as well as in advanced civilizations, such as China, see Ch's T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China* (1961). See John P. Conrad, *Crime and Its Correction* (1967), p.13. (An eighteen countries survey revealed that punishment and treatment is very much influenced by equity considerations and public opinions.)

33 Richard Maxwell Brown, "The American Vigilante Tradition," in Hugh Davis Graham and Ted Robert Gurr, ed. *Violence in America: Historical and Comparative Perspective* (1979) and George Gerbner and Larry Gross, "Living with Television: The Violence Profile," *Journal of Communications* 26 (Spring, 1976): 173-97. (Movies like *Dirty Harry*, *Death*

Retribution is defined as: „deserved punishment, in an English dictionary ⁴⁰ and „something given or demanded in repayment, esp. punishment, in an American dictionary. ⁴¹ The concept of „deserve, and „repayment, has long been made part and partial of the concept of retribution and engraved in our national conscience. ⁴² It has been observed that the Western culture has a powerful taboo against intentional violence, yet it does not hesitate to inflict pain for purposes of retribution or revenge. ⁴³

Retribution is commonly known as the just desert theory of criminal punishment. Punishment is permitted or required because it is just to do. It is just to punish because the criminal deserves to the punished. There are many schools of thought in retributionism.

The tradition or classical school⁴⁴

Retribution and moral right

Immanuel Kant best summed up the classical or pure retribution tradition:

Juridical Punishment can never be administered merely as a means for promoting another Good either with regard to the Criminal himself or to Civil Society but must in all cases be imposed only because the individual on whom it is inflicted has committed a Crime. But what is the mode and measure of Punishment which Public Justice takes as its principle and Standard? It is the just scale of Equality ... Hence it may be said: „If you slander another, you slander yourself: if you steal from another, you steal from yourself, if you kill another, you kill yourself.... Whoever has committed Murder, must die. There is, in this case, no juridical substitute or surrogate, that can be given or taken for the satisfaction of justice. There is no Likeness or proportion between Life, however painful, and Death; and therefore there is no Equality between the crime of Murder and the retaliation of it but what is judicially accomplished by the execution of the Criminal... Even if a Civil Society resolved to dissolve itself with the consent of all of its member... the last murderer lying in the prison ought to be executed before the resolution was carried out... for otherwise they might all be regarded as participators in the murder as a public violation of Justice ⁴⁵

Retribution and annulment of rights

Ted Robert Gurr, ed. *Violence in America: Historical and Comparative Perspective* (1979) and George Gerbner and Larry Gross, „Living with Television: The Violence Profile,“ *Journal of Communications* 26 (Spring, 1976): 173-97. (Movies like *Dirty Harry*, *Death Wish*, and *Star Chamber* glorify the need for quick and clean retributive justice.)

39 Retribution is neither „a forbidden objective nor one inconsistent with our respect for the dignity of men.“ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 183 (1976) (opinion of Steward, Power, and Stevens, JJ announcing the judgment of the Court).

40 *Longman Dictionary of Contemporary English* (1978)

41 *The American Heritage Dictionary*, 2d. ed. (1982)

42 The just desert principle of punishment is loosely copulated with these terms: deserved, just desert, retributive, equivalent, proportional, commensurate, reciprocal, corresponding, fitting, merited, according to the offence, according to our right or the offender's rights. They are termed „desert-locution,“ by one author. See *Punishment*, op. cit. note 2, p.210. Though the desert-locutions are not identical in meaning, they share a general „get-even,“ connotation.

43 See Carole Tavis, *Anger* (1982) p.60.

44 The classical or pure retributionism is sometimes referred to as intrinsic retributionism. See *Punishment*, op. cit., note 2, p.212.

45 See Kant, *Philosophy of Law* (1791), translated and edited in Clarence Morris, *The Great legal Philosophers* (ed.) (1971), pp.257-8.

Hegel argued for punishment as an annulment of a crime - or righting a wrong. Thus we are obligated to punish so as „to annul the crime, which otherwise would have been valid, and to restore the right.“⁴⁶ A crime is a denial of a moral principle; a punishment is thus required to restore the principle's vitality and integrity. Punishment is thus not to pay back the victim or society, but to ratify the deficit in morality to a place.⁴⁷ The criminal also deserves and expects the punishment because „If we respect personality, we must respect responsibility. If we respect responsibility, we must respect the right of the offender to be punished for their offence.“⁴⁸

Functional retributionism⁴⁹

Functional retributionists also believe in a right to punish. Unlike, classical retributionists, the functional retributionists postulate that the punishment is functional to promote other worthy goals. Suffering is thus not intrinsically good but justified with respect to other goals.

Retribution and social fairness

Retribution as social fairness is built on the foundation of social contract.⁵⁰ Thomas Hobbes observed that men in nature have no right but liberty. He must kill or be killed in order to survive. Civil government is formed to tame the individual will for the benefits of all.⁵¹ Rousseau observed that „man was born free, and every where he is in chain.“⁵² Individualism gives way to collectivism in the promotion of general welfare. „The need of self-preservation dictated a contract, formed by the free will of all; and the society so created in the establishment of justice and the attainment of ... morality.“⁵³ Social contract theorists provide the justification for punishment based on a breach of contract. Those who enjoyed the benefits of a civilized society are expected to give something in return, i.e. obedience to rule.⁵⁴ Morris argued that the retributive punishment is due because an individual, in violating a criminal law, takes „unfair advantage„ of the society and its members. Like the other social contract theorists he observed that social rules are for the benefits of all. The fundamental rules of criminal law are to prohibit violence and deceptions thus benefiting all those whom come under its protection. The benefit a person derives is a sense of security as those envisioned by Hobbes. It consists of security of non-interference by others and general protection. When a person violates a law, he is breaching

46 G.W. Hegel, *Philosophy of Right*, translated by T.M. Knox (1942), p.69.

47 See also Professor Hart, *Law Liberty and Morality* (1963), p.63.

48 See Ernest Barker, *Principles of Social and Political Theory* (1951), p.179. For a general discussion of Hegel's position, see *Punishment*, op. cit. note 2, pp.45-49.

49 As far as I know no one use the term functional to describe retribution. The main reason is functionalism is a consequentialist brainchild whereas retribution in the pure form is not end regarded.

50 See general discussion in *Crime, Guilt and Punishment*, op. cit. note 4.

51 See Thomas Hobbes, *Leviathan*, Chapter XIII and XIV in *The Great Legal Philosophers*, pp.109-113.

52 See Rousseau, *The Social Contract* (1762), Chapter I.

53 See *Social Contract*, pp. xiii, xxxii.

54 Rousseau talked in terms of subjugating the individual will to the common will, which is not a quantitative aggregate of all the individual wills. Ibid. xxxiii. Hobbes postulated that individual members of a civilized society give up their natural (unbounded) rights once a society is formed. Ibid. xiii.

the boundary of self-restraint at the expense of others. Punishment is justified to remove the unfair advantages enjoyed by the criminal and restoring the equilibrium of relative benefits and burdens before the disruption.⁵⁵

Retribution and social solidarity

Durkheim argued that though punishment is mechanic and non-reflective, it does serve useful functions. „Its true function is to maintain cohesion intact, while maintaining all its vitality in the common conscience.„ Punishment serves an affirmative function in the process of rejecting wrong. It also serves to heal the wound inflicted upon the collective sentiments. The denial of punishment in the face of wrong will lead to a general breakdown of social solidarity. Crime without punishment will result in moral decay and social disintegration.⁵⁶

Retribution and social symbolism

Feinberg observed that:

Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation and of judgments of disapproval and reprobation on the part of the punishing authority himself or of those „in whose name, the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties...

Punishment surely expresses the community's strong *disapproval* of what the criminal did. Indeed, it can be said that punishment expresses the *judgment* (as distinct from any emotion) of the community that what the criminal did was wrong. It is a symbolic way of getting back at the criminal, of expressing a kind of vindictive resentment by the community as a whole.

If we reserve the less dramatic term „resentment,„ for the various vengeful attitudes and the term „reprobation,„ for the stern judgment of disapproval, then perhaps we can characterize condemnation (or denunciation) as a kind of fusing of resentment and reprobation.⁵⁷

In this sense, retribution acts as a social condemnation serving useful social functions and purposes. It makes possible the performance of such symbolic functions as „authoritative disavowal,„⁵⁸ „symbolic non-acquiescence,„⁵⁹ „vindication of the law,„⁶⁰ and „absolution of others.„⁶¹ The great jurist and legal historian Stephen were quick to add that the infliction of punishment legitimizes vengeance. Punishment ratifies hatred excited by the commission of an offense. „Deliberate anger and righteous disapprobation,„ is a proper and healthy release of penned up emotion.⁶²

55 See Herbert Morris, „Persons and Punishment,„ in Jeffrey G. Murphy (ed.) **Punishment and Rehabilitation** (1977). John Finis, „Old and New in Hart's Philosophy of Punishment,„ *The Oxford Review* (1978). See also **Crime, Guilt and Punishment**, op. cit., note 4, pp. 50-60.

56 See generally, E. Durkheim, **The Division of Labor in Society**, W.D. Halls (1984). Lord Devlin made the same point. He argued that a society is a community of ideas, which he called „morals.„ The transgression of morals should be made a crime or punished, otherwise the society will drift apart. He went so far as to equate criminals as rebels against the rightness of the society. **The Enforcement of Morals**, op. cit., note 5, p.9-10.

57 J. Feinberg, **Doing and Deserving** (1970), p.98.

58 The punishment serves as formal and official denunciation of the act. *Ibid.*

59 Failure to punish is a tacit acceptance of what is being done and endorse its practices. *Ibid.*

60 „A statute honored mainly in the breach begins to lose its character, unless, as we say, it is vindicated (emphatically reaffirmed).„ *Ibid.*

61 Punishment relieves others of suspicion and informally absolves them of blame.

Retribution and revenge

Justice Holmes once observed that retribution is but vengeance in disguise.⁵⁸ To the general public, the two terms are hardly distinguishable.⁵⁹ Historically, private grievances were settled by blood feuds. Personal revenge was accepted and expected.⁶⁰ Conceptually retribution is not to be confused with revenge. Hegel rightly observed that: „When the right against crime has the form of revenge, it is only right implicit, not right in the form of right, i.e. no act of revenge is justified.“⁶¹

Revenge is personal in nature and emotional in substance. It satisfies an internal psychological need.⁶² Our yawning for vengeance may have a more enduring biological-physiological roots.⁶³ Penalty is made equivalent to grievance felt by the victim.⁶⁴ Retribution is found on a universal principle. It is based on reason supported by logic. Penalty is made proportionate to the gravity of the crime.⁶⁵ Revenge resulted from a harm done to an injured person. „Retribution is done for a wrong, while revenge may be done for any injury or harm or slight and need not be a wrong.“⁶⁶ The most significant difference for our purpose is that revenge is not bound by any principle other than to quench the thirst of vengeance. Retribution is guided in its exercise by established principle as to what to punish, who to punish and how to punish.

the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite.)

- 58 O. Holmes, *The Common Law* (1881), p.45; Pincoffs, *The Rationale of Legal Punishment* (1966) p.16 („the theory is but a cover for a much less commendable motive than respect for justice: elegant draping for naked revenge.“)
- 59 *Report of the Royal Commission on Capital Punishment* (1973), 17-18. („Discussion of the principle of retribution is apt to be confused because the word is not always used in the same sense. Sometimes it intended to mean vengeance, sometimes reprobation.“)
- 60 The See Henry Burns, Jr., *Corrections* (1975), p.80 (In the primitive society demands for vengeance was settled by „orderly retaliation.“) See also Chapter 4, „Liability“, in Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922). (Private feud was eventually replaced by public punishment. „Penalty of reparation“ was imposed by law to reduce the need for „vengeance.“) *Ibid.*, p.74.
- 61 Hegel, *Philosophy of Right*. Translated by T.M. Knox (1967), p.141.
- 62 Honderich and others have coined this „satisfaction theory“, - punishment exists to quench the first for blood. See *Punishment*, op. cit., note 2, p.28. John Cottingham, „Varieties of Retribution“, *The Philosophical Quarterly* 29 (1979), pp.241-2.
- 63 See Sidney L. Barnes, „A Review of The Philosophical, Theoretical and Practical Aspects of Legalized Punishment“, in Killinger et. al., *Penology* (1979), p.36.
- 64 The judicial system gives vent to the victim's psychological and emotional need by restitution, see 18 U.S.C. Section 3579 (a) (1), the Victim and Witness Protection Act. The law provides „restitution to any victim of the offense“, in addition to authorized penalty. The amount restitution is determined in part by „the loss sustained by any victim as a result of the offense.“ 18 U.S.C. Section 3580. Some states have broadened the participation of victims in the disposition of a crime case, e.g. a Maryland statute allows for a Victim Impact Statement before sentencing. The law requires that pre-sentence report to include information about the victim's economic loss, physical injury, personal life disruption and psychological adjustment. Md. Ann. Code, Art. 41, Section 4-609(c) (1986).
- 65 See *Coker v. Georgia* 433 U.S. 584 (1977) („death is indeed a disproportionate penalty for the crime of raping an adult woman.“) for an articulation of the proportionality test in the context of capital punishment.
- 66 See Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (1981), p.366.

II. RETRIBUTION AND THE PUNISHMENT OF CORPORATE CRIMINAL

Introduction

The corporation evolved from its early days (14th century) as a depository of property and privileges for the church, towns and boroughs, and guilds, to the 16th century as a vehicle for capitalization and management,⁷² e.g. East India Co., to the modern day as a business entity of collective ownership and shared responsibilities.⁷³ The medieval law based on individual responsibility has not been able to keep up with the rapid change in the size, function, complexity and problems of the corporation.⁷⁴ In fact, few if any „had given ... systematic thought to whether the law's approach makes sense vis-a-vis corporations, labor unions, foundations, and the like - the „atoms„ of contemporary social action.“⁷⁵

The law in seeking to control corporations confronts conceptual as well as practical problems.

Conceptually, since the corporation cannot act and think for itself, it can do no wrong.⁷⁶ Practically speaking, it is very difficult to pin point legal responsibility on any one employee, in as much as „the information and acts are distributed among many different employees engaged in various functional groups within the corporation.“⁷⁷ It is as difficult to hold senior management responsible. They are naturally not informed of operational details. Some of them are also deliberately sheltered from bad news from below.⁷⁸

In sum, it is very difficult to assess blame and place responsibility upon a collective entity with shared mission but divided responsibilities. Nowhere is the difficulty made more apparent than in the application of the concept of restitution to a corporate criminal.

Retribution and the corporate person

Retribution is an ethical concept. It is concerned with justice, fairness and above all morality - ideas and principles that only highly developed persons can share.⁷⁹ The fundamental concept of retribution from the Old Testament⁸⁰ to Kant spoke in terms of

72 Christopher Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* (1975), pp.11,16.

73 Ibid. Chapter 4.

74 Ibid. Chapter 2

75 Ibid. p.xiii.

76 The common law makes the corporation civilly liable for the acts of its agents acting within their scope duty (*Mound v. Monmouthshire Canal Co.*, 104 Eng. Rep. 991 (K.B. 1812); in the course of employment (*Limpos v. London General Omnibus Co.*, 158 Eng. Rep. 993 (Ex.1862) and with malice (*Citizens Life Assurance Co. v. Brown* (1904) A.C. 426. In criminal law the corporation is held responsible for some crimes and not others, e.g. treason or murder. *Queens v. The Great North of England Ry. Co.* 115 Eng. Rep.1294, 1298 (Q.B. 1846). The most difficult problem is to define what constitute criminal intent for corporate criminals. The common law's approach is to impute intent.

77 *Where the law Ends*, op. cit., note 68, p.53.

78 Ibid. p.62.

79 Lawrence Kohlberg theorized that people's cognitive development evolved in stages which he called „stages of moral development„. He identified six stages organized into three levels. The recognition of autonomous moral principles happens, if at all, only after 13 years of age or approaching young adulthood. See „Stage and sequence: The cognitive development approach to socialization,„ in D.A. Goslin (ed.), *Handbook of socialization theory and research* (1969).

culpable individuals deserving retributive punishment and moral wrong requiring reparatory adjustment. In the punishment of corporate criminal, especially in the application of retribution principles, three questions can be raised:

What corporate conducts should be punished?

Who should be held responsible for corporate misconduct?

(3)How should corporate criminals be punished?

What corporate conducts should be punished?

Retribution and moral wrong

All retribution theorists start from one basic premise: a moral wrong has been committed requiring reparation. The theorists differ not only in what they consider to be an immoral conduct but also how to look for it. The Old Testament borrowed heavily from the biblical teachings as revealed by the Holy Spirit. Kant spoke in terms of natural law made evidence by pure reason to be incorporated in positive laws. Morris looked at the law protecting the general will and common welfare. Feinberg relied on public attitude to register their „resentment and indignation,“ of wrong doings. None of the theorists are very helpful in deciding what corporation conducts are morally wrong.

Kant and moral wrong

Kant is not very informative as to what substantive crime pure reason will disallow.⁷⁶ Kant observed that:

Laws of Morality is not drawn from observation of oneself or of our animal nature, nor from perception of the course of the world in regard to what happened... Reason commands how we ought to act ... nor does Reason give any regard to the Advantage which may accrue to us by so acting ...⁷⁷

Thus stated, the idea of right or wrong is unconditional and non-experiential. It exists *a priori*, prior to any posterior and relative knowledge. It is unaffected by human nature nor influenced by personal experience, nor is it concerned with social conditions and practical consequences.⁷⁸ The „supreme principle,“ of the „science of morals, is the „categorical imperative,“ i.e. „act according to a Maxim which can likewise be valid as a Universal Law.“⁷⁹ The only substantive moral rule is „every Action is right which in itself, or in the maxim on which it proceeds, is such that it can co-exist with the freedom of every other, according to a universal Law, any one does me a wrong who hinders me in the performance of this condition.“⁸⁰

Since, pure reason of a person is not susceptible to validation or challenge by others,⁸¹ Kant's „categorical imperative,“ cannot be disputed. Because the categorical imperative is

75 „When one man strikes another and kills him, he shall be put to death. When one man injures and disfigures his fellow-countryman, it shall be done to him as he had done; fracture for fracture, eye for eye, tooth for tooth.“ Leviticus 24:20

76 See Lewis White Beck, „Apodictic Imperatives,“ in Robert T. Paul Wolf (ed.), *Kant: Foundations of The Metaphysics of Morals* (1969), p.144.

77 See Kant in *The Great Philosophers*, p.240.

78 Ibid. pp.ix-xi.

79 Ibid. p. 241.

80 Ibid. p.242. This maxim makes every moral agent and autonomous legislature unto himself. Kant: *Foundations of The Metaphysics of Morals*, op. cit., note 79, p.107.

not experiential and material based, it is not subjected to empirical verification.⁸⁷ What makes for a universal rule promoting individual freedom is highly speculative and overtly subjective. In the end, the rejection of experientialism and consequentialism does not readily provide a practical way to ascertain right and wrong.⁸⁸ The discovery of moral wrong becomes an endless debate and constant struggle with no end in sight.

In sum, pure reason unaffected by personality and devoid of experience is a logical impossibility. One who is not informed of the past nor instructed about the future has no value foundation to work from. „A priori cognition, constrained only by the „categorical imperative, and „universality maxim, does not inform upon what constitutes right and wrong, much less be able to provide a basis for conduct guide, policy debate, legislation enactment, and judicial decision making. As aptly pointed out by one scholar:

„The moral law (the categorical imperative) springs from pure reason, i.e. from our reason in that mode of its operation which is not to any extent conditioned by empirical (material) factors. Issuing as it does from pure reason, the moral law is therefore by necessity a merely formal paradigm, an abstract form, completely indeterminate in so far as reference to the empirical dimension of reality is concerned. Our maxim, on the other hand, which need to be tested in some way or other by this prescriptive law, are material principles, concrete principles, namely empirically determined (and subjective) rules of voluntary action.“⁸⁹

All choices are logically acceptable - if they are derived from free will. In this sense the classical retributionists fail to articulate clear and ascertainable substantive principles to guide our search for corporate misconduct. It also fails to provide us with objective means to evaluate the „correctness, of a corporation's moral choices. Last, but not least, it fails to provide the corporation executives with rules and guidance in interpreting and applying the moral imperatives they discovered.

Public opinion and moral wrong

Some have suggested that as a compromise people should look at public sentiments. Lord Devlin would ask the „man in the Chapam omnibus.“⁹⁰ Public opinion poll may be a rough indicator.⁹¹ Legislature, grand juries and trial juries all reflected public moral

86 Julius Ebbinghaus, „Interpretation and misinterpretation of categorical imperative,“ in *ibid*, p.100. (If pure reason is effectively separated from personality and devoid of experience, free will became unconditional and autonomous. It has no master but itself. Everyone can will what he or she likes without due regard to what others' will.)

87 *Ibid*, p.97.

88 Paul Dietrichson, „Kant's criteria of universalization,“ *ibid.*, pp.163 - 173, esp.167.

89 *Ibid* p.166

90 See Lord Patrick Devlin, „Morals and The Criminal Law,“ in R.M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (1977), p.78.

91 See Marvin E. Wolfgang, „Crime and punishment,“ *N.Y. Times*, March 2, 1980, E-21; Laura Schragger and James F. Short, „How serious a crime? Perceptions of organizational and common crimes,“ in G. Geis and E. Stotland, eds., *White Collar Crime: Theory and Research* (1980) pp.14-31; „Cullen, F.T., B.G. Link and C.W. Polanzi, „The Seriousness of crimes revisited: have attitudes toward white-collar crime changed?,“ 20 *Criminology* 83-102 (1982); Cullen, F.T., R. Mathers, G. Clark, and J.B. Cullen, „Public Support for punishing white-collar crime: blaming the victim revisited,“ 2 *Journal of Criminal Justice* 481-493 (1983); Cullen F.T., G. Clark, B.G. Link, R. Mathers, L. Niedospial and M. Sheahan, „Dissecting white-collar crime: offense type and punitiveness,“ *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice* (1985).

stance.⁸⁷ In this regard, the Court has opted for a mechanic approach to ascertaining the notion of fairness.⁸⁸ However, all of these fall far short of what is required by Kant: "The act of Choice that can be determined by *pure reason*, constitutes the act of Fee Will. The act which is determinable as a sensuous impulse or stimulus would be irrational brute Choice."⁸⁹

Public opinions expressed through legislature, juries, or polls, hold no sway with Kant's idea of right and wrong and cannot be used to guide public policies or used as conduct norm for the following reasons: First, the opinion of the public may or may not be guided by pure reason and likely to be influenced by personal disposition, self-interests, emotions, feelings, and external influences and pressure.⁹⁰ Second, the search for the right moral rule is an individual determination process and not a collective deliberation exercise.⁹¹ Third, individual will as informed by pure reason is exercised autonomously. Public consensus or parliamentary majority cannot be used to over-ride individual autonomous will.⁹²

*Categorical (moral) imperatives and practical (material) maxims*⁹³

Given an ascertainable categorical imperative, there is still a problem of extracting the proper conduct norms (practical maxims). Whether a conduct is right or wrong cannot be answered totally in the abstract. Conduct norm cannot be deduced from moral principles without any contextual reference. Killing another human being becomes a murder when it is done under morally unacceptable circumstances.⁹⁴ What is or what is not morally acceptable depends on the attending facts and circumstances of each case. A person, who

87 See *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) ("Eighth Amendment judgement ... should be informed by objective factors ... attention must be given to the public attitude concerning a particular sentence history and precedent, legislative attitudes, and the response of juries reflected in their sentencing decisions are to be consulted..")

88 In deciding whether capital punishment is offensive to the Eighth Amendment, the Court has consistently resorted to counting death penalty states vs. abolitionist states. This mechanical jurisprudence does not conform to the dictate of arriving at a moral principle by pure reason. *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 179.

89 To the extent that public opinion polls, political elections and jury determinations are more affected by impulses than based on pure reason, the resulting judgment does not fit Kant's methodological considerations. More significantly, if pure reason is the guide, head counts is a poor substitution for enlightened debate and reflective judgment on moral issues.

90 A responsible social agent is different and more than a rational person. To be truly an autonomous agent worthy of Kant's respect, one has to give due consideration to all aspects of ones human existent, which rationality form but a small part. People have endowed personality, acquired appetite, and developed emotions. See George A. Schrader, "Autonomy, heteronomy, and moral imperatives," in *Kant: Foundations of The Metaphysics of Morals*, op. cit., note 79, p.126.

91 See note 75, op. cit..

92 Julius Ebbinghaus, "Interpretation and misinterpretation of categorical imperative," in *Kant: Foundations of The Metaphysics of Morals*, op. cit., note 79 p.106. ("If he subjects himself to the arbitrary will of another, cannot possibly have the character of a law for his will, and therefore cannot possibly be a categorical imperative; for such a law would make him have no will of his own at all- and consequently he would also cease to be a person..")

93 See generally Lewis White Beck, "Apodictic imperatives," in *ibid*, pp.134-162

94 Every time a judge or jury decide to acquit a criminal, he/they are drawing a line on the morality map, explicating what is acceptable or unacceptable. Criminal law violations, enforcement, prosecution and convictions all help to continuously define the outer boundary of morality.

is unaware that the victim does not consent to having sexual intercourse, cannot be held accountable for rape.¹⁰⁰ A person who does not know all the facts cannot be expected to tell the whole truth.

The moral law (the law of pure practical reason) is an empirically empty principle, a purely formal principle. A maxim, on the other hand, is an empirically determined principle and a material rule of action with the following linguistic structure: when I am in such-and-such a type of empirical circumstances, I will adopt such-and-such rule as my action guide.

It is obvious that the completely formal (empirically empty) law of pure practical reason is not a standard of evaluation that can be applied directly to our material (empirically determined) rules of action, any more than the universal, completely formal categories of transcendental understanding are frameworks of cognition that can be applied directly to our particular, material, manifolds, sensory based intuitions.¹⁰¹

Indeterminacy of corporate responsibilities

The standard case for the retribution model is one of: a discrete act, perpetrated by a single individual, happened at a point of time, targeted at an identifiable victim, and causing immediate, noticeable injury or damage. Finally there are limited contextual, circumstances and situational factors to be considered. The typical example would be murder, which Kant used to illustrate his theory of retribution. The moral imperative is clear: "thou shall not kill." The conduct norm (maxim) is easy to derive: "thou shall not kill unjustifiably." The interpretation and application of the maxim is unproblematic. When the applicable rule (categorical imperative, practical maxim, and interpretation rule) is clear and attending circumstantial considerations few - right and wrong can easily be established. Moral imperative and practical maxim converged. There is no need to draw any exceptions. Moral indignation¹⁰² is high when damage is tangible, harm is focused, victim and offender are identifiable and fear of crime is transferable.¹⁰³ Then and only then, is moral responsibility not questionable.

These conditions usually do not obtain in the modern business world, where corporate morality and criminality has to be determined amidst a large array of circumstantial facts and situational factors. Corporation misconduct is often characterized by the fact that they are the products of an amalgamation of many inter-dependent and inter-related activities and events. It can be a culmination of events conducted over a protracted period of time. It can be a combination of activities occurring at the same time. Most of the activities, viewed independently, are of a morally neutral nature. Taken together they breached a

100 See e.g. *D.P.P. v. Morgan* (1976) A.C. 182, (1975) 2 W.L.R. 913 (1975) 2 ALL E.R. 347 where the defendants were acquitted, on the basis of mistake of fact, of raping the wife of an N.C.O. when they construed the struggle of the victim as "a charade stimulating her sexual excitement..."

101 See Paul Dietrichson, "Kant's criterion of universalization," in *Kant: Foundations of The Metaphysics of Morals*, op. cit., note 79, pp.173-4.

102 Kant's principle of retribution is based on pure rationality. The common notion of revenge is founded on raw emotion. There is however a nexus. The principle of retribution legitimizes revenge and feuds emotions. Revenge calls for a formal finding of retribution in giving vent to its proper release.

103 By transferability of fear I mean that others come to share the loss and feel the anguish suffered by the victim. Fear transference is based less on cognitive awareness of objective risk but depends more on emotional response to common risk and harm. See Chapter 5 in Wesley G. Skogan and Michael G. Maxfield, *Coping with Crime: Individual and Neighborhood Reactions* (1981).

moral norm. Each of the activity is a necessary but not sufficient condition for attaching moral guilt. All are necessary to demonstrate a moral transgression. The moral wrong can thus be described as a set of patterned or structured activities. This scenario raises the ultimate question: which event or activity, in sequence or combination, constitutes a corporate immoral conduct. Given the multitude of business activities being conducted, it is difficult to come up with any universal moral principle, which, when applied, is not subjected to some exceptions. A priori categorical moral imperative as supplied Kant, even if conceivable in the abstract, will have few utility as conduct guide for the corporation in practice. The contingent nature of the practical maxim, the infinite possibilities generated by the combination of events, the dynamic nature of interacting events, the evolving contextual circumstances, invites ad hoc judgment of the moral propriety of each and every patterned action, in point of time. It is the difference between fixed, absolutism, and universal categorical rules verses evolving and indeterminate practical maxims that allows for the practice of situational ethics; a practice which is condemned by Kant as creating materially based conduct norms not worthy of moral consideration.

In practical terms, the ever changing circumstances and fast moving operational reality of the business environment invites open disregard of any fixed moral and legal norms. The lack of established moral imperatives promotes corporate decisions and conducts which are based on contingent „sets„ of material circumstances. After the fact judgment of right or wrong, though serving emotional needs (retribution or revenge), are not helpful in placing moral blame, especially when the critical events as perceived by the key actors diverge substantially from that of the affected victim, reviewing judge, or interested public. The contingency nature of the conduct norms allows for good faith interpretation and debate. The lack of consensus in turn detracts from the legal correctness, moral authority and political legitimacy of any conduct norm based on retribution.

A categorical imperative or practical maxim governing corporate decisions or conducts must anticipate all the contingencies of such collective and dynamic effort. It also has to make allowance for the changing nature of the make up of the group. General admonition is next to useless. Universal, simple and clear-cut conduct norms are impossible to design.

Given this standard case for modern corporate criminality, the determination of conduct norm or practical maxim cannot be easily ascertained. An action is not morally right or wrong universally and categorically but more or less wrong contextually and relatively. It is only wrong if done in a certain time, manner, place, and under certain conditions and context. The excepting conditions are so many and varied that any universal normative principle is inherently suspected. The deviations from the norm are so numerous that they swallowed the rule. That perhaps is the real reason why people's feelings towards corporate criminality are ambivalent. Clear unequivocal moral principles are easy to communicate, advocate and defend. Simple unambiguous ethic rules arouse strong feelings. A conditional rule, which is contingent on a set of yet to materialized circumstances, is difficult to explain to an audience. An unclear and uncertain rule seldom generates strongly held conviction and elicit deeply felt emotional response. Both the tentativeness nature and future uncertain orientation of the corporate norms, detracts from building a consensus over the wrongfulness of a corporate act.

Distributive justice and individual justice: Bentham or Kant

Most immoral acts that come to mind are without any social redeeming value. Killing a person without justification is murder. Wounding others without excuse is an assault. Having sex with another without consent is a rape. These are all instances of wrongful conduct perpetrated on one member of a society by another member of the same society. One person's gain is another's peril. The activity engaged in has no extrinsic functional

value and intrinsic moral worth. Maiming and hurting has no moral value or instrumental utility beyond satisfying ones subjective needs for revenge or money.¹⁰⁴

Corporate conducts are rarely without any social redeeming value and moral worth. In fact, they are often functional in creating wealth for some and social goods for all. The size of ITT allows it to monopolize the market but also provides more access to long distance phone services through broader coverage and lower rates. Making tires creates pollution but facilitates travel. The Ford pinto killed innocent drivers but saved the consumers an average of \$11.00 per car. Even the victims of the burnt vehicles enjoyed the fruit of consumerism (a cheaper vehicle), until they fell victim to the accident. Extra earnings are made available for other socially beneficial activities; e.g. community development or safety research.¹⁰⁵

The point I am trying to make is that there is not only an individual justice issues - how to repatriate the wrong, which pre-occupies the retributionists and dominant traditional crime and punishment analysts. There is also a distributive justice issue - how social goods should be shared and community welfare improved, which seldom if ever is seriously taken into account in retribution debates. In any one case, the cost benefit analysis may be weighted differently from one case to another but seldom are business decisions not rational and without counterbalancing economic and social utilities; if not even moral ones.¹⁰⁶ No act is in fact categorically bad, as suggested by Kant, only relatively so.

Without a proper moral calculus, which the retributionists refuse to consider, it is difficult to condemn an act as unjust to all those who are implicated or affected by it. The final arbiter of corporate social (moral?) responsibility is not the moral philosopher but practical policy makers as echoing the wants and needs of the public. The best forum to debate the propriety of the corporate conduct is not in criminal courts but in the legislature and court of public opinion.¹⁰⁷

Justice principles in conflict

All along we have assumed the validity and primacy of using retribution as basis of assigning moral and criminal responsibility. The popularity and appeal of Kant's categorical imperative rests with its simplistic elegance. If we should diverge from this simplistic model an interesting, if controversial question, is raised as to how the retribution model

104 When criminals diverge from their self-serving mode, much of our emotional objection is diluted. A person who kills to relieve others of agony of living is not hated. No one ask for revenge or retribution. When Robin Hood and Little John robbed King John blind, people actually felt a sense of „reverse just desert.“ Although theoretically in criminal law the question of motive is not important, but in terms of conviction and sentencing (especially by jury) it is perhaps the most important criteria to determine moral culpability and in turn criminal responsibility. See *Modern Criminal Law*, op. cit., note 6, p.105.

105 At this juncture I am not prepared to question the vitality of our political economic system as a whole and thus avoid raising the more controversial question of whether the free market and capitalistic system benefits human kind, more than other arrangements. Nor am I interested in raising issues with allowing the corporations to channel our important resources. I can concede the evilness of our economic system in allowing for inequitable distribution of resources and still be able to sustain my argument that as a general rule all social choices in whatever political economic system involves the distribution of limited resources benefiting some and hurting others.

106 See „Justice principles in conflict“, *infra*.

can accommodate other conflicting moral principles.¹⁰³ As suggested in the section above corporation actions are not entirely without other social values and moral claims, e.g. promoting social welfare in general or saving life of another in particular. What happens if Kant's categorical imperative comes into conflict with other equally significant moral principles? Should a corporation ever take the life of a person or in the alternative refuse to save the life of a person so that other people's life can be preserved?¹⁰⁴ Should it ever lie to improve human conditions?¹⁰⁵ Should it be able to prioritize its use of resource so that the benefits of its product are available to some and not others?¹⁰⁶ Ultimately should it engage in any business at all? After all industrial enterprises have inherent risks of life and limb.¹⁰⁷ All corporate choice of action has attending costs and benefits. In most instances they are calculated in economic units: financial resources. But the reference to an economic media of exchange should not obscure the ethical nature of such choices. Building a car kills. Installing an air bag saves life. Putting more money in productivity studies (enhancing human potential) means lesser money for other safety-related research (having the effect of destroying life). What is the ultimate justification of saving the life of one over that of another?¹⁰⁸ The refusal to deal with the issue of competing moral principled detracts from the moral strength of the categorical rule. The public is right in rejecting the proposition that corporate misconduct is *entirely* inimical to social welfare or morality, i.e. without social redeeming value of one sort or another. Their lukewarm attitude to corporate crimes reflected as much.¹⁰⁹

103 See James Rachels, *The Elements of Moral Philosophy* (1986)

104 The dilemma of a doctor comes to mind. In deciding to provide a transplant organ for one and not another he is making critical life choices. So must the corporate executives in most business decisions. The routineness of the decision process and administrative overtone of the decision („I will operate on you first,“) should not hide the serious effects of such critical ethical choices.

105 The experimentation with drugs comes to mind. Giving placebo is a form of lying but no one objects to this experimental design. Most test drugs involve some yet to be specified health hazard and ill effects and the society is quite prepared to condone its application to patience. See Joseph Fletcher, *Morals and Medicine* (1954), Chapter 2, „Medical Diagnosis: Our Right to Know the Truth.„ At a more general level, living in a society requires the sacrifice of our most treasured freedom to protect, preserve, and advance those of others. To the extent that Kant refused to consider this social reality and moral dilemma, his theory is flawed both conceptually and when practiced. Rousseau and Hobbes, in realizing this flaw, have made the individual relinquishes his most treasured self - natural freedom, in return for a much tamer version - civil liberty. See generally *Social Contract*, op. cit.

106 The finding of cure over AID comes to mind. The discovery of ATZ saves the life of many. Should the pharmaceutical company be asked to lower its price or even distribute the drugs free on moral ground? If not, and someone die because he/she cannot afford the drug, should the drug company be held liable?

107 The argument that workers assumed the risks by working and consumers agreed to the danger by buying does not address the issue of corporate moral responsibility. As a moral person should the corporation knowingly engage in any activities that have the potential to kill or maim? Alternative, should a corporation not get into a business with a lesser degree of danger to either the workers or public.

108 This basic dilemma in ethical choice appears in many forms. Police officers have to make this kind of decision many times during a day - from lying in the negotiation with hostages to the use of deadly force to stop a fleeing felon in a crowded street.

109 I am not suggesting that the public should not take the corporate criminals seriously. Judging by the polls, they already do. (Though there are substantial problem with the validity and

Who should be held responsible for corporate misconduct?

A latent function of any theory of punishment is to determine who deserves to be punished? Hart called this „distribution of punishment issue.“¹¹⁵ Distribution of punishment raises two broad types of question: whether the corporation should be punished? Who in the corporation should be punished?

Retribution requires that punishment falls only on people who are morally at fault; those who voluntarily and intentionally engaged in a crime.¹¹⁶ In as much as a corporation is not an individual person the question of moral culpability is a question of continuous debate.¹¹⁷ Some have argued that the concept of retribution should change to adjust to social needs.¹¹⁸ Others suggested concurrent punishment of offending corporation and individuals.¹¹⁹ It is now common to quote Baron Thurlow that corporation „has no soul to be damned, and no body to be kicked.“¹²⁰ The statement stresses three fundamental impossibilities in treating the corporation as a jural person: a corporation cannot harbor „evil„ intent because it has no mind of its own, a corporation has no „autonomous„ volition because it cannot act by itself and represents itself in a court of law, and the corporation cannot suffer the pains or guilt of punishment because it has no feeling or conscience. A fourth disability can be added. A corporation, created by state charter to conduct legitimate business, cannot act illegally beyond its legal authority.¹²¹ For retribution debate the critical dimension is whether moral culpability can be imposed on an impersonal entity.¹²²

reliability of such measures.) All I am posturing is that, when confronted with all the facts, the public may be willing to balance specific corporate wrongdoing along with general cooperate contributions in adjusting their overall (retributive) attitude towards the corporation.

115 In punishment debates „justification„ issues are distinguished from „distribution„ issues. The former deals with the question why we punish. See **Punishment and Responsibility**, note 4, op. cit., p.11.

116 Ibid.

117 Owen Fisse once observed: „The concept of wrongdoer is highly individualized. It presupposes personal qualities: The capacity to have an intention and to choose. Paradigmatically, a wrongdoer is one who intentionally inflicts harm in violation of an established norm.“ **The Supreme Court 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice**, 93 **Harvard L. Rev.** 1, 22 (1979). See Mueller, „Mens Rea and the Corporation,„ 19 **U. Pitt. L. Rev.** 21 (1975) (common law mens rea doctrine cannot easily be reconciled with corporate responsibility); L. Leigh, **The Criminal Liability of Corporations in English Law** (1969) (individuals not corporation should be the basis of corporate criminal liability); N.C. Cullier, „Impolicy of Modern Decision and Statute Making Corporations Indictable and The Confusion in Moral This created,„ 71 **Central Law Journal** 421 (1910) (criminal indictment of corporation for personal violent offense not theoretically possible), „Corporate Criminal Responsibility,„ 18 **Illinois Law Review** (1923) (the theoretical and practical reasons for attributing criminal liability to corporation are sound).

118 French, „Types of Collectivities and Blame,„ 56 **The Personalist** 160, 166 (1975) („Conglomerate collectives can be justifiably held blameworthy...“); B. Fisse, „Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions,„ 56 **Southern California Law Review** 1141 (1982) (corporate criminal responsibility is possible under reactive fault concept).

119 See B. Fisse and J. Braithwaite, „The Allocation of Responsibility for Corporate Crime,„ 11 **Sydney L. Rev.** 468-513 (1988) (corporations as well as individuals should be held accountable); „Act, perpetrator, corporation,„ 73 **Journal of Criminal Law and Criminology** (individual should be the ones mainly responsible, corporation should be held liable for lack of supervision or care)

Др Драган Стојановић
ванредни професор Правног
факултета у Нишу

ПАРЛАМЕНТАРНИ ИМУНИТЕТ

КЉУЧНЕ РЕЧИ: посланик;
посланички имунитет

УДК: 342.534.2 (045)

Правни положај посланика заштићен је посебним гаранцијама које се манифестују као појачана заштита појединих основних права и одступање од општег режима који важи за све грађане. Те специјалне основноправне гаранције обухваћене су парламентарним имунитетом. Оне се у првом реду односе на слободу говора и слободу личности посланика. У првом случају омогућава се слобода деловања посланика, док је у другом тежиште на функционалној независности парламента.

Гаранције парламентарног имунитета појављују се у два облика: парламентарна несагласност изумима посланика од општег режима одговорности за противправне радње учињене у вршењу посланичке функције. Посланичка неповредивост, пак, искључује кривично гоњење посланика и друге мере којима му се одузима лична слобода, али за радње које не стоје у непосредној вези за његовом парламентарном делатношћу. Стога се ова димензија имунитета мање види као лична привилегија посланика, а више као гаранција функционалне самосталности парламента. Управо због тога, имунитетом неповредивости располаже парламент, а не посланик.

Основ имунитета налази се у принципу народне суверености и начелу поделе власти које је са њим комплементарно. Као представник народа, посланик мора бити неприкосновен и независан у односу на судске и управне власти. У карајној линији о његовој одговорности одлучује представничко тело чији је он члан. На овај начин лична слобода посланика боље је заштићена, него слобода обичних грађана.¹ За дела учињена у непосредном

1 Л. Марковић, Парламентарно право, Зрењанин 1991, стр. 177.

вршењу посланичке функције он уопште не може да одговара, а за дела која се не урачунавају у посланичку функцију он одговара по правној процедури. Стога се под имунитетом разуме посебан положај чланова парламента с обзиром на њихову одговорност.² Правни и политички циљ овог историјског института парламентарног права је обезбеђивање потпуне слободе аргументовања и гласања и очување домена парламентарне аутономије, нарочито према извршној власти. Без имунитета акционе могућности посланика биле би битно сужене, а независност парламента озбиљно доведена у питање.

1. Посланичка неодговорност

Неодговорност чланова парламента (*l'irresponsabilité parlementaire*) или професионални имунитет (*berufliche Immunität*) искључује позивање на одговорност посланика за изражено мишљење и гласање у парламенту. За радње учињене у вршењу посланичке функције посланик, дакле, није одговоран. За изнето мишљење и изјаве дате изван парламента, путем штампе, на јавном скупу и сл., посланик одговара као и сви грађани. Тиме се посланичка неодговорност показује као квалификована слобода мишљења и говора која се признаје "првенствено ради обезбеђивања слободе претреса у парламенту".³ Потпуно идентични говори и изјаве поновљене изван парламента потпадају под општи режим одговорности. Имуитет неодговорности покрива не само послаников говор и глас, него његов службени рад у целини, па и његове поступке који нису глас и говор.⁴ Одговорност је искључена не само за посланиково деловање на пленарним седницама парламента, него и његов рад у парламентарним одборима и комисијама, посланичким групама и службеним мисијама које би му парламент поверио. Слобода давања гласа такође важи за сва гласања у парламенту и његовим радним телима. Без значаја је за овај облик имунитета да ли се рад парламента или његових тела обавља у згради у којој се редовно заседа или на неком другом месту за које се сам парламент одлучио. Није потребно ни да се седнице одржавају у просторијама у којима се традиционално заседа.

Посланичка привилегија слободе речи нема, међутим, апсолутни карактер. По правилу, она потпуно искључује кривичну и грађанску одговорност, али не и дисциплинску одговорност пред самим парламентом. Аутономно је право парламента да врши дисциплинску власт над својим члановима, тако да су формалне и материјалне границе посланичкој слободи говора постављене парламентарним пословником. У њему се налазе и дисциплинске мере применљиве на посланика који, између осталог, злоупотребава слободу говора.

Имуитет неодговорности за изражено мишљење и дати глас је потпун у том смислу што се посланик не може позвати на одговорност ни по престанку мандата. Накнадно позивање на одговорност уништило би смисао и целу институцију имунитета. Посланик не може да одговара ни са

2 Упор. R. Walter - H. Mayer, *Grundriss des oesterreichischen Bundesverfassungsrecht*, 8. Aufl., Wien 1996, с. 156.

3 Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995, стр. 365.

4 Упор. Сл. Јовановић, *Уставно право Краљевине С.Х.С.*, Београд, 1924, стр. 179.

одобрењем парламента, нити по властитом пристанку.⁵ Спорно је, међутим, да ли је давање гласа апсолутно заштићено имунитетом, на пример, примање мита за дати глас било пре, било после гласања. У теорији се сматра да такво понашање посланика, достојно сваког презира, ипак не може бити санкционирано.⁶ У неку руку оно има карактер легализоване корупције.

Имунитет посланика је привилегија јавноправног карактера којим се преко заштите личности посланика штити и правна позиција самог парламента. Зато се посланик не може одрећи ове погодности. Како основ имунитета неодговорности, али и неповредивости, произилази из начела народне суверености, он се без изузетка гарантује самим уставом, тако да има карактер уставне, а не пословничке категорије.

Имунитет неодговорности у Француској

Француски Устав од 1958, изричито наводи да ниједан члан Парламента не може да буде прогањан, тражен, хапшен, задржан у притвору или суђен због изражених мишљења или гласања у вршењу својих функција.⁷ У теорији се истиче да ова функционална и лична заштита посланика има објективни карактер, јер је конституисана не у интересу посланика, него у интересу мандата.⁸ Разлог неодговорности је у томе да се спречи да посланици буду парализовани страхом од одговорности са којим би се могли сresti током вршења мандата. У основи овим разлогом је објашњив и сам обим неодговорности.⁹

Имунитет неповредивости има порекло у одлуци Националне скупштине од 1789, која је том приликом у обрачуна са краљевском влашћу ушла у сукоб и са судском, која је отворено подржавала монарха. Бранећи себе и своје чланове, Национална скупштина проглашава "бесчасницима и издајницима према нацији све оне који би се усудили да за време или после заседања Националне скупштине гоне, задрже или издејствују да неко други задржи или ухапси посланика због израженог мишљења или говора. Та лица биће сматрана одговорним за капитални злочин".¹⁰ Образлажући неодговорности и неповредивост, један посланик је писао: "То није привилегија створена у корист једне категорије лица; то је мера јавног поретка да би се законодавна власт ставила изнад повреда извршне власти". Из овога логично произилази "да се посланик не може одрећи једне гаранције која није створена за њега већ за целокупну Скупштину".¹¹

Традиционална заштита од одговорности има двоструки карактер. Она се показује апсолутном јер су њоме обухваћене све радње које се могу урачунати у парламентарну функцију. То су говори, питања, извештаји, истраге, предлози, гласања и сл., дакле, све оне активности које су непосредно везане за вршење мандата. Спољне активности посланика, међутим, које се

5 Сл. Јовановић, нав. дело, стр. 180.

6 Види: Н. Trossmann, *der Bundestag - Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Band 28, Tuebingen 1979, С. 96.

7 Чл. 26: ст. 1. Устава Француске.

8 Р. Avril - J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Paris, 1988, p. 41.

9 G. Burdeau - F. Hamon - M. Troper, *Droit constitutionnel*, 24 edition, Paris 1995, с. 570.

10 Цит. према: Р. Avril - J. Gicquel, нав. дело, стр. 41.

11 Ibidem.

изводе из мандата, као што су говори или чланци у новинама, нису покривени имунитетом неодговорности. С друге стране, репродукције говора, као тачно и савесно пренети прикази у штампи, не могу да буду предмет судског гоњења новина или аутографа ових приказа.¹² Када је реч о радњама које је посланик извршио у оквиру привремене мисије коју му је поверила Влада, Уставни савет је заузео став да је у овом случају имунитетска заштита искључена, јер се таква мисија може поверити и лицу које није члан парламента, па је и лишена сваке правне везе са парламентарном функцијом.¹³

Друго обележје имунитета неповредивости је његова сталност. Посланик је заштићен од кривичног гоњења и грађанских тужби и после престанка мандата. Притом је без утицаја основ престанка мандата.

Имунитет неодговорности у Немачкој

У немачком уставном и парламентарном праву имунитет неодговорности нема апсолутни карактер. На основу самог Устава посланик, осим од стране Bundestaga, не сме да се позива на одговорност или да се гони због гласања или датих изјава у Бундестагу или његовом одбору, било судски било управно. Забрања гоњења је трајна, тј. никада се не може предузети, али она не важи за бесрамне увреде.¹⁴ На овај начин слобода говора посланика у великој мери је умањена.

Код имунитета неодговорности се не ради само о процесној сметњи за кривично гоњење, као што је то случај са имунитетом неповредивости, већ о материјално правном разлогу који искључује кривичну одговорност. Ако посланик, међутим, некога увреди у парламентарној дебати, повређеном лицу може да припада право нужне одбране, према начелима општег кривичног права.¹⁵

Привилегија неодговорности није ограничена само на искључивање кривичне одговорности. Она забрањује да се посланик позове на одговорност дисциплински (управно), пред судом части или тужбом пред грађанским судом. Већ је речено да овај облик имунитета не важи за бесрамне увреде, односно "погрдне чињенице које се износе и против властитог убеђења".¹⁶

Имунитет неповредивости покрива деловање посланика не само у пленуму и одборима парламента, него и његова иступања на заседањима парламентарних фракција. Он не може, међутим, да нађе примену за деловање у партијским или изборним телима.¹⁷

2. Посланичка неповредивост

Имунитет неповредивости (*l'inviolabilité; ausserberufliche Immunität*) покрива ванпарламентарну делатност посланика, дакле, радње које нису у

12 G. Burdeau - F. Hamon - M. Troper, нав. дело, стр. 570.

13 Ibidem.

14 Чл. 46. ст. 1. Устава Немачке.

15 Упор. Th. Maunz - R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29 Aufl., Muenchen 1994, С. 262.

16 Ibid., с. 263.

17 Упор. A. Katz, *Staatsrecht - Grundkurs im öffentlichen Recht*, 13. Aufl., с. 178.

непосредној вези са вршењем посланичке функције. За дела учињена изван службене функције посланик сноси одговорност као и сви грађани, али се она не утврђује под одређеним условима и по посебној процедури у којој је незаобилазно учешће представничког тела. Заштита није апсолутна и требало би само да предупреди тенденциозна оптуживања. Имуитет је строго процесне природе, јер само искључује примену општег права при утврђивању кривичне одговорности. Домет овог института је у томе што без одобрења парламента посланик не може бити лишен слободе, нити се против њега може покренути кривични поступак. Према томе, лична слобода посланика више је заштићена, него што је то случај са осталим грађанима. "Имуитет не скида са посланика одговорност за његова дела, имуитет је само јемство да његова одговорност неће бити злоупотребљена".¹⁸

Имуитет неповредивости је процесна сметња једино за покретање и вођење кривичног поступка. Без одобрења парламента, посланик може бити позван на било коју другу правну одговорност; грађанску, управну или дисциплинску. Према обиму, имуитет неповредивости је шири од имуитета неодговорности, јер овај други покрива само кривичну одговорност и то само за мањи број кривичних дела. Према дејству, он је, међутим, ужи, јер нема апсолутни карактер. Док имуитет неодговорности потпуно искључује одговорност посланика, дотле се имуитетом неповредивости само одлаже кривично гоњење док се парламент не изјасни или док траје посланички мандат. Захтев постављен парламенту да одобри покретање или даље вођење кривичног поступка значи прекидање рока застарелости гоњења, док застој застарелости наступа ако парламент ускрати давање одобрења. Према томе, заштита посланика путем имуитета неповредивости је привременог карактера. Најдуже може да траје док траје посланички мандат. У неким државама имуитетска заштита је ограничена само на време док се парламент налази у заседању. С друге стране, негде је ова заштита потпуна, као у случају посланичке неодговорности. То значи да, уколико парламент одбије давање сагласности, кривични поступак постаје немогућ заувек.

Имуитетом неповредивости обично нису покривени флагрантни деликти, тј. случајеви непосредног затицања посланика у извршењу кривичног дела. У овом случају тешко може имати места сумњи за тенденциозно оптуживање. Поред тога, код флагрантног деликта "интереси јавног реда су пречи у односу на разлоге посланичког имуитета".¹⁹ Но, одобрење парламента је и овде неопходно за продужење већ започетог поступка.

При одлучивању о томе да ли ће посланика изручити судским властима, парламент искључиво цени озбиљност или тенденциозност оптуживања. Због тога и захтев да се посланику одузме имуитет мора да буде образложен. Одобрење за вођење кривичног поступка увек се даје за конкретно кривично дело. "То не значи да једно исто дело не може бити друкчије квалификовано у судској пресуди, него у акту којим се захтевало издавање посланика".²⁰

18 Сл. Јовановић, нав. дело, стр. 180.

19 Р. Марковић, нав. дело, стр. 370.

20 Сл. Јовановић, нав. дело, стр. 183.

Имунитет неповредивости се успоставља даном избора и траје све до престанка посланичког мандата. То значи да су њиме заштићени и посланици чији мандати још нису верификовани. Имунитет неповредивости није привилегија која се даје у личном интересу. Одступање од начела једнакости грађана пред законом је привилегија јавноправног карактера која је одобрена у интересу самог парламента. Из овога произилази да се посланик не може одрећи имунитетске заштите, али и да парламент може да успостави имунитет и без изричитог захтева посланика.

2.1. Имунитет неповредивости у Француској

Под имунитетом неповредивости француско парламентарно право подразумева заштиту физичке и интелектуалне слободе посланика од сметњи које би се могле појавити током вршења мандата.²¹ Притом је лична заштита одобрена не у интересу посланика, него у интересу мандата. Зато она има претежно објективни карактер. За радње које су учињене изван посланичке службе посланик је заштићен не само од хапшења, него и од претње кривичног гоњења. Имунитет неповредивости не значи кривичну некажњивост. Он се јавља као процесни имунитет, штитећи од злоупотреба и шиканирања приликом кривичног гоњења посланика из разлога који су страни вршењу мандата, односно разлога који имају за циљ онемогућавање посланичког деловања. Ова заштита је релативна јер искључује гоњење само за кривична дела и прекршаје, али не и за грађанске тужбе или у случају "повреда које се не сматрају довољно озбиљним да би ометале посланика у вршењу свог мандата".²² У сваком случају, имунитетска заштита би требало да спречи кривична гоњења инспирисана политичким мотивима, али никако не би могла да спречи "оправдана" гоњења или хапшења. Зато је режим неповредивости увек компромис између ова два циља. До 1995, када је уставним законом дата нова редакција одговарајућих норми Устава, имунитет неповредивости био је заснован на следећим претпоставкама:

1. У периоду када парламент заседа имунитетска заштита је максимална. "За време трајања заседања ниједан члан Парламента не може бити : оњен или хапшен због кривичних дела или прекршаја без одобрења дома коме припада, изузев када је ухваћен на делу".²³ А *contrario*, заштита се не протеже за гоњења обичних прекршаја, грађанске тужбе или фискална гоњења.²⁴

2. У време када парламент не заседа заштита је ограничена само на допустивост хапшења посланика. Оно је могуће само са дозволом Бироа парламентарног дома којем посланик припада. "Ниједан члан парламента не може, и кад Парламент није у заседању, бити ухапшен без одобрења Бироа дома којем припада, изузев случаја када је ухваћен на делу, када је гоњење одобрено или изречена коначна пресуда против њега".²⁵ Релативни карактер неповредивости потврђен је тиме што се хапшење посланика дозвољава ако до њега долази на основу већ одобреног гоњења или ако је оно последица

21 Упор. G. Burdeau - F. Hamon - M. Troper, нав. дело, стр. 571.

22 Ibidem, стр. 572.

23 Чл.21. ст. 2. Устава Француске.

24 F.P. Avril - J. Gicquel, нав. дело, стр. 42.

25 Чл. 26. ст. 3. Устава Француске.

коначне осуде, односно исцрпљења правних лекова у случају када је гоњење започето изван заседања парламента.

3. Наведене одредбе нису сметња у случају флагрантног деликта, односно кривичног дела које се управо врши или које је управо извршено. У овом случају постојање дела је очигледно и заштита од тенденциозног оптуживања нема смисла.

4. Одузимање парламентарног имунитета врши се сагласно одредбама пословника Националне скупштине.²⁶ На почетку легислатуре и сваке године на почетку редовне априлске сесије образује се парламентарна *ad hoc* комисија која има у саставу 15 титуларних и 15 допунских чланова. У комисије је репродукован политички став Националне скупштине, јер су у њој парламентарне групе репрезентоване сагласно својој јачини. Комисија којој је поднет захтев за одузимање имунитета мора да саслуша односног посланика, при чему он може да буде заступан од стране једног од својих колега. Ако је поднет захтев да се суспендује хапшење или гоњење, комисија мора да саслуша аутора или првог потписника предлога, као и односног посланика или колегу који је преузео дужност да га заступа. Уколико је посланик ухапшен, он се може лично саслушати од стране једног или више чланова комисије, делегираних у том циљу.

Захтеви за одузимање парламентарног имунитета уносе се у дневни ред Скупштине на предлог Владе или на предлог Конференције председника. На јавној седници парламента дискусија се односи само на закључке комисије који су формулисани у облику предлога резолуције. Уколико се ради о захтеву за одузимање парламентарног имунитета, предлог резолуције је ограничен само на чињенице које су наведене у том захтеву. Могу се прихватити једино амандмани који се односе на ове чињенице. Уколико комисија није презентирала закључке, дискусија се односи на захтев који је поднет Скупштини. Скупштина одлучује у меритуму после расправе у којој могу учествовати само известилац комисије, Влада, дотични посланик или његов заступник, као и један говорник за и један говорник против.

Скупштина може да тражи укидање хапшења или суспензију гоњења предузетих против једног од својих чланова.²⁷ Ова прерогатива, логично супростављена одузимању имунитета, омогућава Скупштини да процени природу и озбиљност инкриминисаних чињеница у погледу захтева за вршењем мандата. Поступак који се примењује код захтева за суспензијом хапшења или гоњења у основи је исти као и приликом подношења захтева за одузимањем имунитета. Притом се уношење у дневни ред Скупштине врши од стране Конференције председника, после поделе извештаја комисије, на првој седници резервисаној за питања члановима Владе и одговора Владе. Када је поднет захтев за суспензијом кривичног гоњења ухапшеног посланика, Скупштина може да одлучује само о суспензији хапшења. У случају да се одбаци захтев за суспензијом хапшења или кривичног гоњења посланика, никакав нови захтев који се односи на исте чињенице не може бити поднет у току те седнице.

Уставни закон од 1995. укида сваку претходну дозволу за гоњење посланика. Сада оно може бити започето против посланика као и против ма ког другог лица, уколико се не односи на радње везане за посланичку

26 Чл. 80. Р.А.Н.

27 Чл. 26. ст. 4. Устава Француске.

функцију које су покривене неодговорношћу.²⁸ Што се тиче хапшења и осталих мера лишења слободе, новим чланом Устава укида се претходна дозвола Скупштине.²⁹ Довољна је претходна дозвола Бироа скупштинског дома, која очигледно није неопходна у случају флагрантног деликта или коначне осуде. Сада важећи члан Устава пружа могућност Скупштини да нареди суспензију хапшења и мера лишења слободе, као и гоњења, али само за време трајања заседања парламента.

Новом уставном редакцијом, дакле, мења се презумпција да су гоњења или хапшења наређена из политичких разлога, претпоставка која је оправдала захтев за претходном скупштинском дозволом. Сада је претпоставка да су гоњење и хапшење предузети у оквирима редовне кривичне акције, тако да је довољна дозвола за хапшење коју даје Биро скупштинског дома. Национална скупштина у целини треба да се изјашњава о томе само ако постоји захтев да се преокрене смисао ове претпоставке.³⁰

2.2. Имунитет неповредивости у Немачкој и Аустрији

Имунитет неповредивости је и у Немачкој категорија формалног уставног права. На основу одговарајућих уставних норми посланик може да буде кривично гоњен или ухапшен само са одобрењем Bundestaga, осим ако је ухваћен на делу или током следећег дана. Одобрење Bundestaga је неопходно и код сваког другог ограничења личне слободе или вођења поступка против посланика сходно уставним одредбама о одузимању основних права због њихове злоупотребе.³¹ На захтев Bundestaga прекидају се сваки кривични поступак и поступак одузимања основних права, свако хапшење или свако друго ограничење личне слободе посланика.³²

Имунитет неповредивости штити од кривичног гоњења, али и других мера ограничења личне слободе посланика, као што су прегрес стана, ограничење тајне писма и сл., за радње које нису у вези са посланичком функцијом. Изворни циљ овог имунитета - заштита посланика од монархијске егзекутиве - сада је беспредметан. Уместо тога, његово оправдање се види у "очувању функционалне способности и угледа парламента", а не појединачног посланика, нарочито од "манипулативних промена односа већина".³³ Сходно томе имунитетом располаже парламент, а не посланик. Он не може да одустане од имунитета, нити да захтева од Bundestaga да његов имунитет не укине. Имунитетском заштитом кривично гоњење није трајно искључено. Док се користи имунитетска заштита, застарелост гоњења мирује.³⁴ У теорији је, међутим, спорно да ли је садашњи обим имунитетске заштите правно политички још увек оправдан. У сваком случају циљ имунитета је да судски поступак против посланика не сме да се блокира, ако се тиме не угрожава рад Bundestaga.³⁵

28 FG. Burdeau - F. Hamon - M. Troper, нав. дело, стр. 573.

29 Чл. 26. ст. 3. Устава Француске.

30 FG. Burdeau - F. Hamon - M. Troper, нав. дело, стр. 573.

31 Упор. Чл. 46. ст. 1-3 и чл. 18. Устава Немачке.

32 Чл. 46. ст. 4. Устава Немачке.

33 FK. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl, Heidelberg 1982; Слично Th. Maunz - R. Zippelius, нав. дело, стр. 263.

34 Par. 78b StGB (Strafgesetzbuch).

Bundestag одлучује о имунитетским питањима на основу препорука које му преноси Одбор за испитивање избора, имунитет и пословник.³⁶ Предлози овог Одбора уносе се у дневни ред Bundestaga и обрађују као самостални предлози.³⁷ Захтеви у имунитетским стварима непосредно се од стране председника Bundestaga достављају одбору. Он је обавезан да утврди начелне ставове о поступању са захтевима за укидање имунитета чланова Bundestaga који ће бити полазна тачка у појединачним случајевима за препоруке Bundestagu. Расправа о препоруци одлуке није везана за рок. Она треба да почне најраније трећег дана од поделе предлога, а ако није подељен, предлог се чита. Пре конституисања одбора председник може у имунитетским пословима непосредно да предложи Бундестагу предлог одлуке.³⁸

На основу Устава Аустрије чланови Националног већа смеју да се ухапсе, због учињеног кривичног дела, само уз сагласност Националног већа, осим у случају хватања на делу при извршењу злочина.³⁹ Сагласност је неопходна и у случају захтева да се изврши претрес стана члана Националног већа. Према Уставу, природа ванпрофесионалног имунитета очитује се у томе што члан Националног већа сме да се гони само "ако дело очигледно не стоји ни у каквој вези са политичком делатношћу дотичног посланика".⁴⁰ Имунитет постоји само у погледу гоњења кривичних дела, али не и за грађанске тужбе, без обзира што се оне могу односити на политичко деловање посланика. У теорији се сматра да се на овом сектору управо та делимична заштита посланика види као жељени циљ.⁴¹

Непостојање очигледне везе дела и политичке активности посланика најпре утврђује она власт која је позвана на предузимање гоњења. У случају да она не утврди постојање очигледне везе, гоњење посланика може да се предузме. У супротном, мора да се упути захтев Националном већу да би се добила сагласност за гоњење. Независно од њене сопствене оцене, захтев за сагласношћу мора да се постави ако то тражи дотични посланик, дакле, позива се на имунитет, или трећине чланова имунитетског одбора.⁴² У том случају обавезно се пропушта или прекида свака радња гоњења. Сагласност Националног већа важи као прећутно дата, ако Национално веће у року од осам недеља није одлучило о захтеву власти позваних на гоњење. У циљу правовременог одлучивања председник Националног већа је дужан да такав захтев стави на гласање најкасније последњег дана пре истека овог рока.⁴³

У случају непосредног хватања на делу при извршењу злочина власти су дужне да одмах обавесте председника Националног већа о извршеном хапшењу. Ако Национално веће или, изван његовог заседања, стални одбор којем су поверени ови послови захтева, хапшење мора да се укине или да се уопште прекине са гоњењем.⁴⁴

35 Th. Maunz - R. Zippelius, нав. дело, стр. 263.

36 Пар. 128. пословника Bundestaga.

37 Пар. 75. ст. 1. пословника Bundestaga.

38 Пар. 107. пословника Bundestaga.

39 Чл. 57. ст. 1. Устава Аустрије.

40 Чл. 57. ст. 3. Устава Аустрије.

41 Fr. Walter - H. Mayer, нав. дело, стр. 157.

42 Чл. 57. ст. 3. Устава Аустрије и пар. 106. Пословника Националног већа (Bundesgesetz vom 4. juli 1975, Ueber die Geschäftsordnung des Nationalrates - GeoNR)

43 Чл. 56. ст. 4. Устава Аустрије и пар. 10. ст. 4. GeoNR.

Независно од затицања на делу, ако Национално веће утврди да постоји веза са политичком делатношћу, онда оно истовремено одлучује о давању сагласности за гоњење дотичног посланика.⁴⁵ Уколико Национално веће одбије давање сагласности, онда гоњење посланика не сме да се предузме до окончања његовог правног положаја. Имуитет неповредивости посланика престаје даном конституисања новоизабраног Националног већа.⁴⁶ Према томе, ванпрофесионални имунитет је процесна сметња за гоњење које отпада престанком посланичког мандата. Притом застарелост гоњења не наступа пошто се време у којем не може да се гони не урачунава у време застарелости.⁴⁷

Већ је речено да је хапшење посланика допуштено само при затицању на делу. Према владајућем мишљењу и претрес стана може да се врши само у случају затицања у извршењу злочина. У супротном, ако би се за претрес стана увек тражила сагласност Националног већа, онда би у оквирима имунитетске заштите неповредивост стана посланика била боље заштићена од његове личне слободе.⁴⁸

3. Посланички имунитет у Југославији

У парламентарном праву Југославије садржане су класичне компоненте парламентарног имунитета: неодговорност и неповредивост посланика. У теорији, међутим, још више у пракси, споран је карактер и домет имунитетске заштите. Успостављање или одузимање имунитета често је мотивисано искључиво страначким интересима.

3.1. Имуитет неодговорности

Посланичка неодговорност је гарантована на начин који наговештава њен апсолутни карактер. Уставом се изричито забрањује да се савезни посланик позове на одговорност, притвори или казни за изражено мишљење или гласање у Савезној скупштини.⁴⁹ Мада Устав Србије експлиците искључује само кривичну одговорност, треба узети да су овом имунитетском заштитом обухваћени сви облици правне одговорности за све радње које се могу урачунати у вршење посланичке функције.⁵⁰ Имуитет неодговорности, дакле, искључује не само кривичну, него и грађанско-правну, управну или прекршајну одговорност, као и било који други облик одговорности. Посланик не може бити притворен или позван на било који врсту одговорности, осим дисциплинске за повреду скупштинског пословника, како за изражено мишљење, предлог, дискусију, реплику, питање, интерпелацију и слична деловања, тако и за гласање у скупштини или њеним радним телима.

44 Пар. 10. ст. 5. GeoNR.

45 Пар. 10. ст. 3. in fine GeoNR.

46 Пар. 10. ст. 6. GeoNR.

47 Пар. 58. ст. 3. Strafgesetzbuch (StGB) .

48 FR. Walter - H. Mayer, нав. дело, стр. 158.

49 Чл. 87. ст. 2. Устава СР Југославије.

50 Чл. 77. ст. 2. Устава СР Југославије.

Постоји, међутим, мишљење да уколико посланик злоупотреби своја права и скупштинско заседање, односно говорницу користи тако да, мимо дневног реда и питања о којем расправља скупштина и мимо пословника о раду, својим говором оствари обележје неког кривичног дела, његова одговорност не би била искључена по основу апсолутног имунитета. Тврди се, даље, да се на основу овог имунитета не може искључити кривична одговорност посланика, уколико он искористи своје својство и скупштинску говорницу да другог увреди, оклевета, односно нападне на његову част и углед, те тиме оствари сва објективна и субјективна обележја неког кривичног дела против части и угледа.⁵¹ Разуме се, ово мишљење треба одбацити, јер се њиме имунитет неодговорности практично може у потпуности искључити. Уставна гаранција је овде недвосмислено апсолутна и не дозвољава никакве изузетке. Задржавање посланичке одговорности за неке случајеве се мора предвидети самим уставом, као што је то учинио немачки Устав за тзв. бесрамне увреде. Дисциплинска одговорност пред скупштином сасвим је довољна да спречи злоупотребу посланичких права, а да се притом битније не угрози слобода расправе у парламенту.

Имунитет неодговорности искључује кривичну одговорност за кривична дела која се могу извршити вербално или изношењем личног става у писаном облику. За остала кривична дела учињена у скупштинским просторијама посланик одговара, разуме се, под претпоставком одузимања имунитета неповредивости. У раду југословенских скупштина било је таквих случајева, као што су наношење телесне повреде другом посланику, пружање отпора скупштинском обезбеђењу, ломљење скупштинског инвентара и сл., али се није водио поступак за одузимање имунитета неповредивости.

За мишљење истог садржаја изражено изван скупштине посланик одговара као и сваки други грађанин, наравно под условом да и у овом случају скупштина укине имунитет неповредивости. Ако скупштина не одобри покретање поступка, посланик у овом случају може одговорати само после истека његовог мандата.

3.2. Имунитет неповредивости

И према југословенском парламентарном праву имунитет неповредивости обухвата забрану лишења слободе и покретања кривичног поступка против посланика за дела која нису у непосредној вези за посланичком функцијом. Савезни посланик не може бити притворен без одобрења Већа чији је члан, нити се против њега, ако се позове на имунитет, може покренути кривични или други поступак у којем се може изрећи казна затвора, без одобрења Већа чији је члан. Одобрење скупштинског већа није потребно за флагрантне деликте. Ако је посланик затечен у вршењу кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању дужем од пет година, његово притварање је допустиво и без скупштинског одобрења. Имунитетске заштите посланик се не може одрећи. Ако се посланик није позвао на имунитет, скупштинско веће може одлучити да се имунитет примени,

⁵¹ Р. Станиша, Право имунитета (кривично-правни и процесни аспекти), Финансијски деликти и актуелна питања организације и рада финансијске полиције - Имунитет (актуелна питања), Београд, 1995, стр. 154.

кад оцени да је то потребно.⁵² У основи имунитет посланика на исти начин гарантује и Устав Србије.⁵³

Поступак одузимања или успостављања имунитета неповредивости прописан је скупштинским пословником. Кад се стекну услови против посланика који се позвао на имунитет одреди притвор или кад је против посланика који је затечен у вршењу кривичног дела за које је прописана казна затвора у дужем трајању од пет година одређен притвор, односно кад су се стекли услови да се против посланика покрене кривични или други поступак у којем се може изрећи казна затвора, надлежни орган је дужан да од Већа тражи одобрење за одређивање притвора, односно за одржавање на снази решења о лишењу слободе или за покретање кривичног или другог поступка. Захтев за одузимање имунитета подноси се председнику Већа, који га упућује Одбору за мандатно-имунитетска питања. Одбор је дужан да свој извештај са предлогом поднесе Већу на првој наредној седници. Ако Веће није у редовном заседању, одбор сам одлучује о захтеву, обавештавајући Веће о томе на првој наредној седници. Према томе, Одбор за мандатно-имунитетска питања мериторно одлучује о имунитету посланика само ако Веће није у редовном заседању.⁵⁴

Дато одобрење за покретање и вођење поступка против посланика Већа може да опозове до завршетка првостепеног поступка. Веће може да успостави имунитет посланику који се на њега није позвао. У овом случају неопходан је предлог Одбора за мандатно-имунитетска питања. Ако Веће не да одобрење за одређивање притвора, односно за одржавање на снази решења о лишењу слободе или за покретање кривичног или другог поступка, као и у случају да примени имунитет посланику који се на њега није позвао, притвор одређен према посланику се укида, а уколико је покренут кривични или други поступак, тај поступак се обуставља.⁵⁵

Пословник Народне скупштине садржи и додатне гаранције за имунитет неповредивости. Тако се признаје право народног посланика да буде обавештен о одржавању седнице Административног одбора на којој се разматра питање његовог имунитета.⁵⁶ То значи да народни посланик има право да буде саслушан, тако да без уредног обавештавања дотичног посланика Административни одбор не може да одлучује. Уколико је посланик ухапшен, могло би се применити решење француског парламентарног права, тј. да један или више чланова одбора лично саслуша посланика. Логично је дозволити и да посланик пред Административним одбором буде заступан од стране неког свог колеге.

Ако је посланику ускраћен имунитет одлуком Административног одбора, на његов предлог Народна скупштина може опозвати дато одобрење, до завршетка првостепеног поступка.⁵⁷ У пракси, међутим, може се доћи до ситуације да се одобрење не може опозвати, уколико до редовног заседања Народне скупштине првостепени поступак буде окончан. Тиме би

52 Чл. 87. ст. 3-5. Устава СР Југославије.

53 Чл. 77. ст. 3-5 Устава Републике Србије.

54 Чл. 25. ст. 5. Пословника Већа грађана Савезне скупштине.

55 Чл. 27. Пословника Већа грађана Савезне скупштине.

56 Чл. 166. ст. 4. Пословника Народне скупштине Републике Србије.

57 Чл. 25. ст. 6. Пословника Већа грађана Савезне скупштине.

посланику било ускраћено право да о његовој имунитетској заштити одлучује Народна скупштина.

Народна скупштина може успоставити имунитетно право народног посланика који се није позвао на имунитет, ако је потребно ради вршења посланичке функције. Предлог подноси Административни одбор.⁵⁸ Иницијатива може да потекне од било ког народног посланика или посланичке групе.

Ако Народна скупштина не одобри гоњење народног посланика коме је одређен притвор, овај ће се укинути и народни посланик пустити на слободу. Поступак против народног посланика који се није позвао на имунитет биће обустављен, ако Народна скупштина установи имунитетно право народног посланика.⁵⁹ Поступак против народног посланика може се водити само за дело у вези са којим је Народна скупштина дала одобрење.⁶⁰

У вези са имунитетом неповредивости у пракси се појављују нека спорна питања. Једно од њих је до које се фазе кривичног поступка окривљени посланик може позвати на имунитет и да ли се његова изјава о одрицању од имунитета може опозвати, односно које су правне последице изјаве о некоришћењу имунитета. Имајући у виду двоструки циљ имунитетске заштите, личну слободу посланика, али и несметано функционисање парламента, нема сумње да од самог посланика зависи да ли ће дати изјаву којом се позива на имунитет. Таква изјава се може дати све до завршетка првостепеног поступка. Према неким мишљењима позивање на имунитет у другостепеном поступку не може имати правно дејство, јер би то суштински одударало од карактера другостепеног поступка и правне природе имунитета. Правно дејство имунитета се исцрпљује у спречавању покретања поступка, а не у испитивању законитости и правилности већ спроведеног поступка. У другостепеном поступку се не може располагати ни поднетом оптужбом, управо због његовог карактера.⁶¹ Уосталом, ако Народна скупштина може да опозове одобрење за вођење кривичног поступка до завршетка првостепеног поступка, нема посебног разлога да се посланик може позвати на имунитет такође до окончања првостепеног поступка. Логично је да се изјава о одрицању од имунитета може до тада опозвати.

Најспорније питање, међутим, тиче се поступка укидања имунитета посланика у време када скупштина није у редовном заседању. Уставима је изричито предвиђено да о одузимању имунитета увек одлучује веће Савезне скупштине, односно Народна скупштина. За разлику од француског устава који претходну дозволу резервише за скупштински Биро, искључена је могућност да Одбор за мандатно-имунитетска питања, односно Административни одбор располаже свим скупштинским прерогативима у поступку одузимања мандата. Супротно дословном значењу уставних норми, скупштински пословници, међутим, препуштају мериторно одлучивање у време када скупштина не заседа њеним радним телима. Додуше, њихова одлука подлеже скупштинској потврди, односно може бити опозвана, али то не мора одувек бити случај, тим пре што се дешава да југословенски парламенти не заседају и у време када су по слову устава

58 Чл. 26. Пословника Већа грађана Савезне скупштине; чл.167. ст. 1. НС.

59 Чл. 167. ст. 2. и 3. Пословника Народне скупштине Републике Србије.

60 Чл. 168. Пословника Народне скупштине Републике Србије.

61 Р. Станиша, нав. дело, стр. 160.

југословенски парламенти не заседају и у време када су по слову Устава дужни да то чине.⁶² У пракси се скупштинска радна тела нису "прославила" својим одлукама о имунитетским питањима. Посланицима је укидан имунитет и без одржавања формалне седнице, једноставно путем "телефонских консултација" чланова радних тела. Свакако да је то разлог више за строго поштовање формалног уставног права по којем је одлука о одузимању имунитета неповредивости искључиво право и дужност одговарајуће скупштине.

Summary

PARLIAMENTARY IMMUNITY

Parliamentary immunity is a constitutional guarantee that protects the special legal status of members of parliament. In parliamentary law, it appears as parliamentary non-liability and parliamentary inviolability. The former exempts a member of parliament from the general regime of liability for acts committed in the performance of his/her duties, whereas the latter precludes prosecution and application of other measures involving his/her arrest, though not in case of acts which are not directly associated with his/her official duties.

The paper includes the contents and effects of parliamentary immunity in comparative parliamentary law, taking France, Germany, Austria and Yugoslavia as examples. It is also pointed at the limited reach of protection by immunity in the Yugoslav parliamentary practises.

62 Према Уставу Југославије Савезна скупштина може да ради осам месеци у оквиру редовних заседања у току године. У другом сазиву, међутим, период фебруар 1993 - децембар 1994, Веће грађана је заседало укупно 48 дана, тј. 24 дана просечно у току године. Поређења ради, француска Национална скупштина је у току 1982. године радила 168 дана. Пример наведен према П. Николић, Отворена питања положаја и деловања Савезне скупштине, Отворена питања у раду Савезне скупштине и Скупштине Србије и Црне Горе, Београд 1995, стр. 12. и д.

Мр Зоран Крстић
 асистент Факултета политичких
 наука у Београду

ПОЛОЖАЈ И УЛОГА ПАРЛАМЕНТАРНИХ ОДБОРА У САВРЕМЕНИМ ПАРЛАМЕНТИМА ЗАПАНОЕВРОПСКИХ ДЕМОКРАТИЈА

КЉУЧНЕ РЕЧИ: парламент,
 парламентарни одбор,
 демократија

Рад парламента и нормално одвијање редовних парламентарних послова је немогуће и практично незамисливо без постојања и деловања парламентарних одбора, комисија или комитета. Иако супсидијарна и дериватна тела парламента, у пракси одбори заправо чине парламентарну инфраструктуру и темељ на коме почива и одвија се целокупан парламентарни процес и законодавна процедура. Основни задатак или функција парламентарних одбора као помоћних радних тела, јесте да кроз одборничку дебату прихвате или неприхвате, односно одбаце или допуне првобитни нацрт законског предлога или, пак, да направе тј. поднесу потпуно нов законски предлог. Као део опште парламентарне структуре, одбори у парламенту имају своје место, улогу и значај, који се мери њиховим компетенцијама, квалитетом састава и начином или методом рада деловања. Иначе, снага и реална моћ утицаја одборничких тела на процес иницирања и креирања законодавства нису у свим парламентима исти, јер се и ингеренције и одговорност одбора разликују од парламента до парламента. У сваком случају, да ли ће парламентарни одбори бити својеврсни филтери поднетих законских предлога или творци нових нацрта закона или, пак, само пуки формални посредници између парламента и владе, односно да ли ће одбори бити само "очи и уши или, чак и мозак парламента" то зависи од конкретног парламентарног устројства и организационе конституције, односа легислативе и егzekутиве и, наравно, од постојећег партијског система. Заправо, организациона мрежа одбора прожима читаву парламентарну грађевину и као капилари живог организма они "циркулишу" и фигурирају као неопходност и

потреба за успешно и ефикасно функционисање модерног парламента, а сам рад парламентарних одбора се оцењује, како добро примењује Laundi (Лаунди), као суштински значајан успех било ког система владавине.

Узето крајње тентативно, могу се разликовати два организационо-структурна модела или типа савремених одборничких система. Првом моделу припадају они парламентарни одбори који су добро функционално и институционално етаблирани у парламентно ткиво и који својом јаком и чврстом хијерархијском композицијом представљају врло утицајан и важан сегмент парламентарне политике, док други тип одборничких система чине они парламентарни одбори који немају већи политички утицај, нити значај за текуће парламентарне послове, и они су, по правилу, фражилне конституције. Тако, на пример, британски, француски и шведски парламентарни одбори припадају групи релативно слабих и неутицајних, истински сервилних тела парламента, јер немају висок степен независности у раду, нити она овлашћења и значај попут, рецимо, одбора у немачком или италијанском парламенту или америчких конгресних одбора. О улози, утицају и значају конгресних одбора наспрам конгреса, добру опсервацију дао је Вудро Вилсон кад пише да је "... конгрес у пуном заседању јавна изложба, док је конгрес у одборничким собама, конгрес на делу".¹

Парламентарни одбори се формирају с циљем да се рад парламента учини ефикаснијим и продуктивнијим, односно да се помогне законодавном телу да знатно брже, стручније и квалитетније обави посао прављења закона, односно претварања нацрта законских подлога у коначан текст закона. По доспећу законског предлога у одговарајући одбор приступа се свестраној, врло компетентној и професионалној анализи предлога у целини и у појединостима, затим, дебати о појединим нормативно-правним формулацијама и процедуралним стварима, а онда се предлажу ставови и закључци по конкретним примедбама и предлозима или се дају стручна и квалификована мишљења. Међутим, често се у одборничким расправама, што је изгледа неминовност, уноси партијско надметање и надмудривање што води разводњавању стручне дискусије на терен дневно-политичке борбе и онда се долази у временски теснац око подношења извештаја по конкретном законском предлогу. Но и парламент у пленуму мора више да претреса и усваја законе, а много мање да решава или одлучује о њима, јер је то првенствено посао одбора као дериватних тела парламента. Још опасније је ако се парламент претвори у велику "брбљаоницу" или партијски дебатни клуб, где се воде необавезне расправе и свађе. Производ свега тога је пад угледа и ауторитета парламента, као и то да расправа на пленуму о извештајима одбора губи на тежини и значају док је претресана питања из законског предлога најчешће запостављано.

У већини савремених парламената, одбори или комитети су функционално и организационо ситуирани као помоћна и услужна радна тела, мада се неретко, у пракси одборима дају и знатно одрешеније руке, чак и нека овлашћења власти, попут немачких или италијанских парламентарних одбора. У неким парламентарним системима одбори су предмет уставне разраде, понегде су предмет пословника о раду парламента, али у већини случајева они су обрађени у уставима и парламентарним пословницима.

1 Вилсон В., Влада Сједињених Америчких Држава, Геца Кон, Београд, 1930.

Постоје два критеријума за разликовање типа, карактера и природе парламентарног одбора. Прво, с обзиром на време трајања разликују се стални, привремени и *ad hoc* одбори, и друго, с обзиром на делокруг и предмет рада, разликују се општи и специјализовани парламентарни одбори. Избор одбора је, углавном, у надлежности дома у чијем су саставу или пак, представништва одговарајућег тела. Код неких парламената постоји нарочита процедура избора одбора и за ту сврху образују се нарочита тела тзв. одбори за селекцију. У састав парламентарних одбора улазе посланици по више основа: по партијској, језичкој, националној и регионалној припадности, по основу компетенција, личних амбиција и стручног ауторитета. Свакако да је партијски утицај на образовање одбора пре-доминантан и да је улога политичких партија, нарочито владајуће или владајућих, изузетно велика и пресудна на одређивање композиције било ког парламентарног одбора. Иначе, одбори се међусобно разликују и по броју чланова који варира у зависности од партијских односа у парламенту као и предмета који се одборима дају на рад. Различито се решавају и нека друга питања као што су: кворум за рад одбора, учешће чланова председништва дома у раду одбора, статус и овлашћења председника и секретара одбора итд. У све већем броју парламената присутан је извештај паралелизам не само између појединих парламентарних одбора, већ и између одбора парламента и одговарајућих владиних одбора. Тај одборнички паралелизам подстиче "посланичко-министарско" ривалство, па и притајено непријатељство између парламентарних тела и ресорних министарства, а та борба за политички престиж и утицај води неумитном повећању буџетских трошкова и издатака. Одбори би да се мешају у послове министарства, док се владини департмани у томе опиру, сматрајући себе компетентнијим у послу стварања закона, јер влади је битно да њене идеје и предлози прођу на одборима, а све касније што се дешава, ствар је парламентарне технике и политичке рутине.

Кооперативност немачких парламентарних одбора

У немачкој парламентарној пракси пре него што се деташира одговарајућем одбору, законски предлог се подноси парламенту, где се води дискусија и начелна расправа, а потом се упућује влади, која формално прихвата поднети предлог закона. Уколико се као предлагач закона појави група министара и између њих дође до међуресорског конфликта, онда канцеларов уред настоји да искоординира законодавни процес и разреши настали конфликт. На савезном нивоу, државе, преко свог дома, Бундесрата, могу износити своје ставове, примедбе и мишљења о конкретном законском предлогу. Будући да је пристанак владе неопходан за оне законске предлоге који долазе од стране појединих министара, ресорни министар ће на дневни ред парламента ставити онај законски предлог који је претходно добио владино зелено светло. С обзиром да се у рукама савезног канцелара налази целокупни законодавни процес, законодавна активност владе је, у великој мери, усмерена у правцу законског формализовања већ донетих одлука које су претходно угледале светло дана у кабинету канцелара и компетентног ресорног министра. Након владиног пристанка, законски предлог се најпре упућује Бундесрату на прво читање. Бундесрат обично одређује одговарајући одбор коме шаље законски предлог и одбор подноси извештај о том предлогу и препоручује да се он прихвати, одбаци или пак, што је

најчешће случај, допуни амандманом. Бундестаг може одбацити вето Бундесрата, односно узети у разматрање одбијени законски предлог и тако игнорисати деловање и став Бундесрата. У Бундестагу се, после првог читања, законски предлог упућује одговарајућем одбору на разматрање. Влада има већину у сваком одбору и врло ретко се дешава да законски предлог буде враћен парламенту на дебату, представља повод за дуго читање и у тој фази могу се предлагати амандмани на законски предлог. Ако се после другог читања законски предлог прихвати без амандмана, онда одмах следи треће и коначно питање. После прихватања у Бундестагу, законски предлог се упућује натраг Бундесрату на друго читање. Ако се законски предлог прихвати без допуна и измена, онда се шаље даље на потпис и проглашавање савезном председнику. Уколико се захтева пристанак Бундесрата, а он стави вето на одређене законске предлоге, онда се они сматрају дефинитивно "сахрањеним", односно одбаченим. Управо у овој уставној пропозицији огледа се федералистички дух немачког парламентаризма. У неким законодавним областима Бундесрат може предлагати амандмане на законе који су прихваћени у доњем дому или Бундестагу. У том случају, кад дође до спора, онда два дома формирају заједничко тело (Conference Committee) да раз реши разлике и усклади ставове.

Приликом припреме закона о одборима често се релативизује и минимизира једно од битних и маркантних, мада неформалних обележја немачког парламентаризма, оно које је изражено "функционалном интеграцијом" владе и парламентарне већине vis--vis којих стоји парламентарна опозиција. Наиме, влада је преко својих експерата из надлежних ресорних министарстава, веома активна и оперативна у раду одбора, што неретко доводи до својеврсне резистенције и индигнације чланова одбора и то не само оних из редова опозиције, већ и оних из редова парламентарне владине већине. Управо се овде васпоставља "идеал-типски" однос влада - парламент. За рад одбора је у много већој мери него за пленарне сесије Бундестага карактеристична спремност за тражење политичког компромиса. Далеко од очигледности, јер одбори раде иза затворених врата, кроз рад одбора се у најбољем виду манифестује једно есенцијално својство немачког парламентаризма - политички кооперативизам, изражен кроз висок степен начелне сагласности партија о томе да треба избегавати оштре међусобне конфликте, односно да треба очувати деликатну "равнотежу снага", јер би у случају сукоба већих размера могло доћи до непредвиђеног таласања воље бирачког тела на штету социјалдемократа и демохришћана.²

Тежиште парламентарног рада и припремна платформа налазе се у сталним одборима Бундестага и партијским парламентарним фикцијама. Одбори се у просеку састају око 730 пута, а фракцијски састанка је око 240 годишње. Данашњи Бундестаг има 21 стални одбор и они, попут њихових америчких близнаца, представљају огледало партијске структуре целог парламента. Председничка места парламентарних одбора се алоцирана пропорционално снази политичких партија. Тако мањинској једнопартијској или вишепартијској опозицији припада неколико председничких места. У новије време су ови стални "опозициони" одбори добили на значају увођењем америчког стила рада, односно увођењем "јавних расправа" (public

2. Димитријевић Н., "Немачки парламентаризам", Архив за правне и друштвене науке, 1/92, стр. 124.

hearings), које се користе као својеврсни форуми за деловање опозиције. Немачки стални одбори, попут истих у унитарним и председничким системима, још увек нису у стању да понуде и дају једну потпуно развијену и конструктивну критику егзекутиве. Ово се објашњава постојањем јаке партијске дисциплине и високим степеном зависности владе од парламентарне већине. Одборничке критике и примедбе, ако су довољно свеобухватне и опсежне, могле би представљати покушај за обарање канцелара и владе. Ово је један од највећих проблема за оне парламентарне режиме који имају добро организовану мрежу парламентарних одбора.

Чланови парламентарних одбора су уско стручно специјализовани за одређена питања и они своју пажњу и рад усмеравају на поједине делове предложених закона. Одбори не могу одложити неки законски предлог, већ о њему морају поднети извештај парламентарном дому. Четири, од укупно пет, предложених владиних предлога добиће зелено светло и позитивну оцену од стране парламентарних одбора. Ти законски предлози могу да садрже мноштво разноврсних амандмана и ревизија. Потпуно одбијање законских предлога је врло ретко. Уколико влада открије да неки законски предлог не може проћи одборничку процедуру и добити зелено светло, онда се тај предлог повлачи на стручну дораду („further study. ”) и тек након те дораде, одбор приступа писању извештаја о њему.

Италијански одбори - креатори законодавства

У групу функционално добро организованих система парламентарних одбора спадају и одбори италијанског парламента. Често се исказује потреба за оснивањем тзв. дводомних или, пак, "интерпарламентарних" комисија, како их зову у Риму. Двodomна структура италијанског парламента намеће да одлуке, односно закони, који су донети у једном дому, морају добити сагласност другог дома и то без измена. Уколико један дом стави амандмане на текст другог, дебата се поново враћа у први дом, тако да често законодавни послови личе на "пинг-понг" политику. С организационе тачке гледишта, два дома се разликују по броју - Представнички дом има 630, а Сенат 315 чланова - и по начину избора. Сваки од два дома ради у пленуму и у одборима. Представнички дом има 14, а Сенат 12 сталних одбора. Одбори имају мање или више ресорске компетенције министарства (за иностране послове, за унутрашње послове, за одбрану итд.). Одбори износе мишљења о свим законским пројектима из своје тематске надлежности, а имају право и да сами доносе законе на основу овлашћења председника свог дома. Посебан значај имају одбори за уставне послове, чије је мишљење обавезно за сва питања уставности која могу искрснути у току парламентарног рада. Међу одборима треба поменути и одбор за државну радио-телевизију, који је нека врста надзорног органа над, не баш увек, непристрасним деловањем овог важног медија.

Структуру аналогну одборима имају тзв. "ђунте" (скупштине) које се баве питањима везаним за организацију и функционисање дома којем припадају. Главне "ђунте" су оне за правилник о раду дома, затим "ђунте" овлашћене за покретање поступка против чланова Представничког дома или Сената и "ђунта" за изборе која се бави верификацијом овлашћења изабраних. Дистинктно обележје италијанског парламента јесу снажни, утицајни и у раду самостални, парламентарни одбори. Структура одбора кореспондира пропорционалној заступљености и снази политичких партија

у парламенту и они могу - на основу одлуке парламента - самостално да доносе законе у свим областима, изузев оних које су експлицитно наведени у Уставу као искључива надлежност парламента. Ово доношење закона иза парламентарне позорнице, тј. у одборничким собама је веома распрострањено у италијанској законодавној пракси и правда се потребом растерећења парламента. С друге стране, оно доприноси повећању угледа и ауторитета сталних одбора.

После првог читања у парламенту, законски предлог се упућује одговарајућем одбору на разматрање и усвајање и законски предлог може претрпети драстичне и радикалне измене и пре него што се поднесе извештај на увид парламентарном дому. Председник сталног одбора води рачуна о дневном реду, као и о времену када ће се о конкретном законском предлогу расправљати. Он је самосталан у раду и његов положај према председнику парламентарног дома пре би се могао назвати равноправним него инфериорним.

Постоје две парламентарне процедуре, односно два начина законодавног рада сталних одбора, при чему прва процедура - *in sede referente* - значи да се извештај о законском предлогу враћа натраг дому са предложеним амандманима, док други поступак - *in sede deliberante* - значи да се законски предлог прихвата у коначној верзији, а затим шаље председнику републике на потпис или се, пак, дефинитивно одбацује. Заправо, италијански стални одбори раде и делују као мала законодавна тела, односно као "минијатурна легислатива".³ Већина законских предлога која је одобрена у парламенту претходно је добила законско обличје кроз јединствену *in sede deliberante* процедуру. Постоје два ограничења у примени ове процедуре. Прво, о важним законским предлозима (уставни амандмани, изборни закони, делегирано законодавство, међународни уговори, буџетски и финансијски предлози) након њиховог разматрања и усвајања у одбору мора се обавезно водити расправа у дому. Друго, на захтев кабинета-владе или 10% чланова дома или 20% чланова сталног одбора, закон који је разматран у *in sede deliberante* процедури мора се донети у парламентарном дому, а не у одбору.

Уколико дође до спора и неспоразума, односно разлика између Сената и Представничког дома у погледу коначне верзије законског предлога, стални одбори не усаглашавају ставове, нити се тражи минимум политичког консензуса и компромиса (за разлику од флексибилних и за сарадњу отворених немачких парламентарних одбора) којим би се превладале разлике и усвојио јединствен законски предлог. Последица непостојања политичке рационалности и кооперативности, прагматике и партијског консензуса јесте та да бројни законски предлози пре него што буду прихваћени и усвојени кроз редовну законодавну процедуру годинама "лете", односно "лутају" од једног до другог дома, од једног до другог одбора, а не ретко се дешава да буду заувек негде "изгубљени" или "затурени". Иначе оба дома италијанског парламента су прихватила 1971. године неке важније промене у својој парламентарној процедури и методу рада. Једна од најамбициознијих промена односила се на давање формалног признања, односно овлашћења конференцији председника да утврђује дневни ред, програм и календар парламентарног рада за период од два до три месеца. То је

било предвиђено једногласним споразумом. Иначе, конференцију председника или језгро парламентарне елите чине председници парламентарних домова заједно са шефовима, односно председницима сталних одбора и парламентарних група. Парламентарно и одборничко вођство именује чланове сталних одбора и одређује процедуру по којој ће одговарајући одбор радити.

Контролно-истражне функције шведских одбора

Шведски парламент, Риксдаг, има на располагању 16 сталних парламентарних одбора. Они, за разлику од истих тела у већини европских парламената, поред права подношења допуна и измена на законске предлоге, имају контролно-истражне и судске функције, попут америчких или немачких парламентарних одбора. Најважнији задатак и функција шведских одбора, према Уставу из 1975. године, јесте да прегледају и контролишу записнике или службене белешке са седница владе и да на основу тога утврде да ли је неки члан владе повредио закон или не. У случају повреде закона, одбор је овлашћен да донесе правоваљану оптужбу против министра који је повредио закон. Након тога образује се специјални истражни суд. У пракси, још од 1854. године парламентарни одбор није подигао оптужницу против било којег члана владе.

Сви законски предлози без обзира да ли их подноси влада или чланови парламента упућују се одговарајућем и релевантном комитету на разматрање. За разлику од америчке парламентарне праксе, шведски парламентарни комитети не могу одложити или ставити ад акта неки законски предлог, а камоли га у потпуности одбацити, већ морају поднети извештај о свим поднетим законским предлозима и вратити их натраг парламенту. Њихове препоруке служе као основа за доношење закона и свих подзаконских аката. У америчкој конгресној пракси одбори имају право да поднесу законски предлог измене, допуне, чак и припреме сасвим нови предлог или пак, да о предлогу не поднесу никакав извештај, чиме се практично "сахрањује" предлог. Из одбора, законски предлог поново доспева у Представнички дом, где се приступа расправи о извештају одбора и након тога предлог усваја, или одбија. После предвиђене процедуре и усвајања у Представничком дому, предлог иде у Сенат где се одвија слична процедура и приступа његовом усвајању. Евентуалне несугласице између два дома решавају се у посебном телу, заједничком одбору, који је састављен од једнаког броја чланова оба дома.

Британски одбори - "продужена рука" кабинета

Одбори британског парламента немају право законодавне иницијативе, већ они добијају законски предлог на разматрање тек након другог читања у дому, тако да не могу тражити начелне измене, нити утицати на коначну верзију закона. Једино што могу је да подносе амандмане, који се тичу појединости законског предлога. Имајући у виду постојећи парламентарни дизајн и организационо-функционални склоп моћи и односа британског парламента и владе, може се констатовати да парламентарни одбори најстаријег парламента на свету, чак и кад би имали веће компетенције, не би играли неку значајнију креативну или аналитичко-експертску улогу у процесу "прављења" закона. Одбори су унутрашњом композицијом, поред

процедуралних ограничења и веома скромног административног персонала, *de facto*, политички хендикепирани и без неког пресуднијег утицаја на стварна гибања у парламентарном и политичком животу Велике Британије. Уместо одбора, централно место у законодавном процесу заузима егзекутива, односно владини посленици и парламентарна партијска олигархија.

Британски Дом комуна има три групе одбора: одбор целог дома (Committee of the Whole), сталне одборе (Standing Committees) и посебне одборе (Select Committees). Одбор целог дома није посебан одбор, већ га чини цео дом, који се састаје у специјалним приликама, кад треба расправљати о финансијским питањима или донети неки закон по хитном поступку. Одбор целог дома уведен је први пут још 1607. године и то из разлога да би се избегла супервизија спикера над радом дома. Тада је избор спикера, као председавајућег дома, формално потврђивао монарх. Процедура рада одбора целог дома је нешто другачија. Наиме, седницама одбора не председава спикер, него посебно изабрани председник и расправа није подвргнута процедуралним ограничењима као расправа у дому; а и сам поступак је битно упрошћен - може се узети реч више пута, могу се подносити амандмани итд.

Најзначајнији и најутицајнији одбори у Доњем дому су стални одбори који су уведени још 1882. године. У њиховој надлежности налазе се сви јавни закони (Public bills), односно законски предлози иза којих стоји влада. Доњи дом има осам сталних одбора чији се састав креће од 16 до 50 чланова. Стални састав одбора је 20 а варијабилни до 30 чланова. Овај променљиви састав именује посебан одбор за селекцију (Committee of Selection) који има 11 чланова. Приликом формирања одбора води се рачуна да у њима буду заступљене партије пропорционално њиховој јачини у парламенту. Председнике одбора именује спикер и то са посебног "списка председника". За рад сталних одбора потребан је кворум од 17 чланова, односно трећина укупног броја чланова. Стални одбори нису уско специјализовани за одређене области и круг деловања, као што је случај са парламентарним одборима у другим европским парламентима и зато они немају имена него се означавају као А, Б, Ц, итд. На почетку сваког парламентарног сазива образују се три, а касније у току сесије могу се формирати још пет сталних одбора.

Трећој групи припадају посебни одбори (Select Committees) који се формирају за поједине групе питања. То су: прво, одбори који се баве унутрашњим процедуралним питањима дома, као што су, поред поменутог одбора за селекцију, одбор за пословник о раду (Statutory Instruments Committee), одбор за јавне рачуне (Public Accounts Committee), одбор за буџетска питања (Expenditure Committee), затим одбори за петиције, за подзаконске прописе дома, за привилегије, за публикације дома итд. Потом, у другу групу одбора спадају анкетни одбори, преко којих дом, у случају потребе, прикупља обавештења, доказе, саслушава сведоке и на друге начине добија неопходне информације. У британском парламенту делује трећа врста одбора који се формирају ради разматрања законских предлога чланова дома (Private members bills). Одбори друге и треће врсте су привремени, *ad hoc* одбори, који по завршетку свог рада подносе извештај дому и распуштају се. Посебни одбори имају највише 15 чланова које непосредно бира сам дом на предлог оног свог члана који је предложио формирање одбора. Данас ових посебних одбора има 14 (раније је било 12) и они су тако устројени и функционално

структурирани да сваки посебан одбор прати рад и активност свих 14 владиних ресора или департмана.

Француски парламентарни одбори - истинска сервисна тела парламента

Одборнички систем у савременом француском парламенту знатно је измењен у односу на начин образовања, број, ингеренције и функционисање парламентарних одбора Треће и Четврте републике. Уставом из 1958. године, предоминантан утицај и моћ одбора у процесу прављења закона (decision-making process) су битно редуцирани и сведени у реалне оквири њиховог деловања као деривативна и сервисна тела парламента. Раније су парламентарни домови имали по 19 сталних одбора, који су били тако организовани и функционално стабилни да се област њиховог рада и деловања поклапала с делокругом рада важнијих владиних ресора. На тај начин парламентарни одбори су вршили, односно остваривали ефикасну парламентарну контролу над радом појединих министара и владе у целини. Њихов значај и неоспорни ауторитет огледао се у томе што се у пленарним заседањима домова расправљало не о нацртима закона које је подносила влада него о законским текстовима које је предлагао и усвајао одговарајући одбор. Веома развијен и ефикасан одборнички систем орлеанског односно дуалног парламентаризма водио је јачању легислативе и слабењу улоге владе. Управо зато је Уставом из 1958. године, утврђено да се у сваком дому формира по шест сталних одбора, са по 60 до 120 чланова. Они су састављени од посланика изабраних пропорционално броју припадника појединих парламентарних партијских група. Због своје бројности и гломазности, а ради повећања ефикасности у раду, одбори се могу делити на тзв. студијске групе које немају право да доносе одлуке. Тих шест сталних одбора у Националној скупштини су одбори за: иностране послове, одбрану, уставне законе, законодавство и општу управу Републике; културу и социјалне послове; финансије, општу економију и план и, најзад, одбор за производњу и размену.

Поред сталних одбора, домови могу формирати и посебне ad hoc одборе, ради разматрања неког конкретног законског предлога. Ти одбори имају 31 члана и кад обаве свој посао, односно кад дотични закон буде усвојен или одбачен, распуштају се. Уз то, постоје још и привремени анкетни или контролно-истражни одбори, као и неки други који се баве одређеним административним и техничким пословима парламента (нпр: рачунска комисија, мешовите паритетне комисије итд). У парламентарној тишини, далеко од очију јавности, тече континуиран и аналитичко-студиозан рад шест сталних парламентарних одбора, ваљда и зато што се супарничка партијска копла одлучујуће укрштају на пленарним заседањима, када се гласа. Заседања одбора за иностране послове или одбрану често привлаче медијску пажњу због иступања кључних ресорних министара у влади.

Веома прегнантна и уочљива разлика и промена у односу на систем парламентарних одбора орлеанског парламентаризма, састоји се у томе да одбори Пете француске републике расправљају о нацртима и предлозима закона иза којих стоји влада и чланови парламента и у тој одборничкој расправи они могу предлагати амандмане на првобитни законски текст, али немају право да га мењају у целости на начин како су то чинили некад. Тако је на овом плану знатно ојачана позиција владе vis a vis парламента, а

парламентарни одбори су сведени на њихову примарну улогу и функцију, односно на супсидијарна и услужна радна тела парламента.

У француској законодавној пракси сматра се да је закон усвојен уколико је у истоветном тексту прихваћен у оба парламентарна дома. Међутим, начелне и уставне равноправности, односно законодавног еквилибријума домова у пракси нема. У случају неслагања домова, формира се мешовита паритетна комисија која настоји да усагласи ставове оба дома. У противном, ако њен предлог не буде усвојен, онда влада може одлучити да се доношење дотичног закона повери само Националној скупштини. Дакле, одлуком владе постојећи бикамерализам се замењује уникамерализмом и управо ово решење подсећа на оно у Уставу Четврте републике, када је Савет републике имао практично само суспензивни вето. Ово овлашћење владе може бити од великог практичног политичког значаја ако се Национална скупштина и Сенат разликују по партијској структури свог чланства, нарочито ако се има у виду горе поменуто, да влада својом одлуком може дводомни парламент претворити у једнодомни. Француска законодавна пракса такође познаје и тзв. органске законе,⁴ за чије доношење и усвајање се тражи апсолутна већина, односно већина свих чланова парламента, с тим што закони који мењају статус, овлашћења и организацију Сената не могу бити донети на горе поменути начин, него само одлуком оба дома, односно уз обавезну сагласност и пристанак Сената.

Summary

STATUS AND ROLE OF THE PARLIAMENTARY COMMITTEES IN THE EXISTING PARLIAMENTS OF THE WEST EUROPEAN DEMOCRACIES

Like caryatids in parliamentary architecture and the most relevant segment of the parliamentary being, the parliamentary committees substantially characterise and give a democratic „seal“ to any parliament, thanks to their structure and nature, proceedings and decision-making. In considering the actual status, functions and importance of parliamentary committees in the light of parliamentary policy making and conducting, the status and role of parliament in the broader institutional arrangement of authority should be taken into account. By virtue of its democratic and pluralistic nature and as a rule, heterogeneous party composition, the parliament, as the focus and chief forum for policy making and exercising party competencies, is the gravity pillar without which no modern political system could operate. Of course, in order to understand the modern nature and real forces or reaches of a parliament, it would be necessary to go into the general

4 Органски закони, као пословници о раду домова парламента, разликују се од обичних закона. Наиме, органски закони и пословници о раду парламента се након усвајања у парламенту обавезно деташирају Уставном савету да он потврди њихову уставност. Устав из 1958. године, експлицитно антиципира доношење одређених органских закона као, на пример, закон о организацији парламента.

organisational and institutional context and the party system, as well as the concrete balance of social forces.

Despite certain oscillations in the relations between the legislative and executive bodies, the parliament is nowadays an important and respectable, as well as unavoidable factor of political decision-making. Only a democratic and competitive parliament, which is also influential and responsible, as well as productive legislative centre, can meet new requirements and needs of the modern political age.

Др Слободан Сворцан
 ванредни професор Правног
 факултета у Крагујевцу

ПРАВО НА НУЖНИ ДЕО ПО ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ ИЗ 1995. ГОДИНЕ

КЉУЧНЕ РЕЧИ:

*наслеђивање, нужни део, закон
 о наслеђивању*

I. Уводне напомене

Право на нужни део је један врло сложен и много споран правни институт. Колико је овај институт сложен види се по томе што правни системи који га познају на битно различите начине регулишу законска права нужних наследника.¹ А колико је споран довољно говори чињеница да га не познаје право Енглеске и Сједињених Америчких Држава, (осим Луизијане), иако и ова права имају нека ограничења слободе тестирања.²

Право за нужни део могуће је уредити на разне начине. Од датих решења зависе стварни ефекти права на нужни део.

Кључна питања при регулисању права на нужни део су: 1) правна природа права на нужни део, 2) ко све може одређивати правну природу права на нужни део, 3) средства за остваривање и заштиту права на нужни део, 4) круг лица која могу бити нужни наследници, и 5) величина и начин израчунавања нужног дела.

Због краткоће рада није могуће посветити више пажње свим овим питањима. Овде ћу детаљније говорити само о прве три групе питања, јер су баш у овим доменима унете новине у Закон о наслеђивању Србије из 1995. године.

Наиме, овај Закон је у вези нужног дела поставио више правила која се битно разликују од доношења датих у Закону о наслеђивању Србије из 1974. године и Закону о наслеђивању Црне Горе из 1995. године. Овим правилима је право на нужни део, начелно, постављено као облигационо право, а то је створило

УДК: 347.65 (045)

- 1 О овим разликама више: Ђорђевић, В. - Наследно право законских наследника, Ниш, 1995. г., стр. 124 и следеће.
- 2 О споровима везаним за нужни део више: Антић, О. - Наследно право, Београд, 1994. г., стр. 109. и следеће.

потребу за уношењем у Закон низа нових одредаба потпуно непознатих у досадашњој нашој законодавној пракси. Нова решења изазваће и врло значајне промене у судској пракси при одлучивању о праву на нужни део. У овим решењима има доста озбиљних пропуста, нарочито у смислу потпуности истих. Све је ово створило потребу да се направи једна дубља и свестранија анализа ових одредби.

II. Могуће концепције правне природе и права на нужни део

Начелно посматрано, могуће су три концепције правне природе права на нужни део, и то: 1) право на нужни део као наследно право, 2) право на нужни део као облигационо право, и 3) право на нужни део као право на издржавање из заоставштине.³

Кад је право на нужни део одређено као наследно право, нужни наследник се појављује као законски наследник у пуном и правом смислу те речи и има у свему положај редовног законског наследника, с тим што добија мањи део него што би добио када се јавља као редован законски наследник. Он има право на одређени идеални део од свих ствари и права које чине заоставштину, а његови захтеви према заоставштини су стварноправног карактера. Овакав начин одређивања правне природе права на нужни део био је прихваћен још у римском праву. Овако је уређено право на нужни део у већини савремених правних система који познају установу нужног дела, као, на пример, у: руском, француском, шпанском, италијанском и другим правним системима.⁴ Слична решења постоје и у Закону о наслеђивању Црне Горе, а постојала су и у Закону о наслеђивању Србије из 1974. године.

У правима где је овако одређен нужни део положај нужног наследника, у погледу остваривања његових права, је врло стабилан, баш као и положај редовних законских наследника. Овде нема готово никаквих проблема око остваривања наследних права нужних наследника у пракси.

Међутим, упућују се и озбиљне критике оваквом начину одређивања права на нужни део. Истиче се да то није најбоље решење, посебно због тога што овако одређено право на нужни део има за последицу уситњавање парцела, усложњавање односа у наследничкој заједници, сметње у правном промету и слично.⁵

Кад је право на нужни део одређено као облигационо право нужном наследнику припада, на име нужног дела, новчани износ који по висини одговара величини његовог нужног дела. Он не може истицати никакве стварноправне захтеве према заоставштини, већ само може тражити од наследника да му исплате одговарајућу суму новца, тако да он долази у положај повериоца оставиоцевих тестаменталних наследника.⁶

3 Марковић, С. - Наследно право, Београд, 1981. година, стр. 184. и следеће, Сворцан, С. - Ђорђевић, В. - Наследно право, Београд, 199 .г., стр. 187. и следеће.

4 Антић, О. - Наследно право, стр. 116., Ђорђевић, В. - Наследно право законских наследника, Ниш, 1995. г., стр. 133. и следеће.

5 Антић, О. - Балиновац, З. - Коментар ЗОН-а Србије, Београд, 1996.г. стр. 231 и 232.

6 Марковић, С. - Наследно право, стр. 188., и Антић, О. - Слобода завештања и нужни део, докторска дисертација, стр. 275.

Овакав начин одређивања нужног дела води порекло из средњовековног пруског права, а од савремених права њега прихватају немачко и аустријско право.⁷

У литератури се истиче да одређивање нужног дела као облигационог права има бројне предности. Каже се да се на овај начин омогућује да тестаментална располагања остану недирнута, да се не враћају поклони, смањује се уситњавање поседа и смањује се број чланова наследничке заједнице, па се самим тим и мање компликују односи у овој заједници.⁸

Међутим, нико не коментарише мане овог система, које су несумњиво присутне. Наиме, положај нужног наследника, при остављању права на нужни део, у овом систему неупоредиво је несигурнији од његовог положаја у системима који прихватају стварноправну концепцију права на нужни део. Ово је толико изражено да може доћи до изигравања нужних наследника, али о овоме ће бити детаљније говорено када буду анализирана решења дата у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године.

Најзад, у неким правним системима нужни део је одређен као право на издржавање из заоставштине. Тако је у праву Мексика и још неких земаља Средње Америке. У овим правним системима нужни наследник може тражити да му се обезбеди издржавање из заоставштине. И у нашем праву било је предлога да се овако уреди нужни део.⁹

И ово решење има добрих и лоших страна. Оно је доста слично решењима која право на нужни део уређују као облигационо право, па има и све позитивне и све негативне стране ових решења, с тим што је овде положај нужног наследника још несигурнији, јер се обавеза наследника простире у дужем временском периоду.

III. Ко одређује правну природу права на нужни део?

Нема сумње да законодавац може и да треба да одреди правну природу права на нужни део. Али, истовремено се поставља питање каква овлашћења треба дати самом завештаоцу у вези одређивања нужног дела. Одговор на ово питање је у тесној вези за границама слободе тестирања, јер, уколико су већа овлашћења тестатора у погледу начина остављања нужног дела, утолико ће бити већа слобода тестирања.

Још из теорије пандектног права присутна су гледишта да треба допустити завештаоцу да може на разне начине да намири нужни део нужном наследнику.¹⁰ Пошто од начина остављања нужног дела зависи правна природа права на нужни део у конкретном случају, очито је да правна природа права на нужни део у великој мери зависи од ових овлашћења завештаоца. Ако се оваква овлашћења дају завештаоцу, онда се правна природа права на нужни део одређује према законским одредбама тек ако

7 Bartolomeyzyk - Schluter: Erbercht, Munchen, 1980. g. str. 366. Исто решење важило је и у пољском праву пре доношења ГЗ из 1964. G. -Tvjazdomorski, J. - Osnovna načela poljskog naslednog prava, Anali Pravnog fakulteta za 1957. g., str.293. Rušnov - Posilović - Tumač Općem Austrijskom građanskom zakoniku, kwiga II, Zagreb, str. 177.

8 Антић, О. - Балиновац, З. н.р. стр. 231. и 232.

9 Марковић, С. - Законски наследници, Зборник радова Правног факултета у Нишу за 1977.г., стр. 197.

10 Марковић, С. - Наследно право, стр. 187.

завешталац није тестаментом ништа оставио нужном наследнику,¹¹ или ако није оставио толико колико је по вредности потребно да се намири нужни део.

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године и Закон о наслеђивању Црне Горе из 1975. године садрже одредбе које овлашћују завештаоца да на разне начине одреди нужни део нужном наследнику. И Закон о наслеђивању Србије из 1995. има врло сличну одредбу.¹²

Најзад, закон може овластити и суд да у сваком конкурентном случају одреди правну природу права на нужни део, имајући у виду околности датог случаја. Такву одредбу има Закон о наслеђивању Србије из 1995. године,¹³ али о овом решењу ћу касније детаљно говорити.

IV. Средства за остваривање и заштиту права на нужни део

Правни системи предвиђају бројна средства за остваривање и заштиту права на нужни део. То је сасвим разумљиво, јер би без постојања оваквих средстава права нужних наследника, најчешће, била изиграна.

И у Закону о наслеђивању Србије из 1974. године и Закону о наслеђивању Црне Горе из 1975. године, предвиђена су оваква средства. тако, нужни наследници могу тражити смањење располагања тестаментом и враћање поклона.

Али приликом одређивања ових средстава треба имати у виду да је неопходно поставити знатно више средстава за заштиту нужног дела када је право на нужни део одређено као облигационо право. О овоме није довољно вођено рачуна приликом доношења Закона о наслеђивању Србије из 1995. године, но, о томе ће бити више речи у наредним излагањима.

V. Решења дата у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године

1. Правна природа права на нужни део по овом закону

Овај Закон је приликом одређивања правне природе права на нужни део битно одступио од решења која су традиционално била присутна у нашем праву.

У члану 43. став 1. Закона изричито стоји да нужном наследнику припада новчана противвредност нужног дела. Из овакве одредбе јасно се види да је право на нужни део постављено као облигационо право, а то је и у самој одредби наглашено, јер на крају одредбе стоји да се ради о облигационом праву.

Међутим, предња одредба, ипак, има само начелни карактер, јер Закон изричито допушта да право на нужни део буде и другачије одређено. У вези са тим у истом члану постоје још две одредбе.

У ставу два истог члана стоји да наш суд може, на захтев нужног наследника, одлучити да нужном наследнику припадне одређени део ствари и права који чине заоставштину. Дакле, Закон је овластио суд да може да

11 Антић, О. - Слобода завештања и нужни део, стр. 271.

12 Закон о наслеђивању Србије из 1974.г., чл. 27.; Закон о наслеђивању Црне Горе из 1975. г., чл. 27.; Закон о наслеђивању Србије из 1995.г., чл.43. ст. 3.

13 Закон о наслеђивању Србије из 1995. г., чл. 43. ст. 2.

одступи од начелне одредбе и да право на нужни део претвори у стварно право.

За правну природу права на нужни део од значаја је и одредба из става 3. члана 43. Према овој одредби, норме из става 1. и става 2. се примењују само ако завешталац у завештању није одредио природу нужног дела.

2. Основна обележја датих решења

Кад се пажљиво анализирају напред цитиране одредбе може се уочити више општих карактеристика датог решења.

Очито је да је решење дато у Закону специфично и да одступа и од решења која су прихваћена у романским правима, али и од оних која су присутна у германским правима. Могло би се рећи да је Закон нашао неку компромиснију варијанту између ове две, традиционално присутне, концепције о правној природи права на нужни део. Право на нужни део је начелно постављено као облигационо право, али га суд може својом одлуком претворити у стварно право. Суд може право на нужни део претворити у стварно право само на захтев нужног наследника, али не и по службеној дужности. Из формулације одредбе произилази да се право на нужни део не може претворити у стварно право на захтев тестаменталних наследника.

Одредбе дају широко овлашћење тестатору у погледу одређивања правне природе права на нужни део. Он може на разне начине одредити правну природу права на нужни део, и то како једнако према свим нужним наследницима, тако и различито према сваком од њих. Слична одредба постоји и у Закону о наслеђивању Црне Горе из 1975. године и у Закону о наслеђивању Србије из 1974. године, али се стиче утисак да је новом формулацијом у одредби из става 3. члана 43. више наглашена слобода завештаоца при одређивању нужног дела и јасно назначено да завешталац може увек суспендовати примену одредби из става 1. и става 2. овог члана.

3. Критички осврт на дата решења и предлози за примену истих у пракси

Начелна одредба о праву на нужни део као облигационом праву

Одређивање права на нужни део, начелно, као облигационог права има доста основа. Предности оваквог одређивања права на нужни део, о којима је напред било речи, заиста стоје и вероватно надвладавају његове негативне последице. Али, ово решење изазива и озбиљне негативне последице, које се никако не смеју занемарити. Нарочито значајна негативна последица јесте што овакав начин одређивања права на нужни део доводи нужног наследника у врло несигурну фактичку позицију при остваривању овог права. Тестаментални наследници који постају дужници ове обавезе често ће покушати да изиграју права нужних наследника. У том циљу биће вршено отуђење ствари које су наслеђене и стварне околности да се не може принудно наплатити потраживање. Нарочито ће бити вешто коришћени економски поремећаји као што је инфлација. Нужни наследници биће принуђени да воде дуге и крајње неефикасне извршне поступке.

С обзиром на ове последице законодавац се морао потрудити да формулише још читав низ одредби које регулишу правни и фактички положај нужног наследника. Нарочито је требало увести класична, а и,

евентуално, некаква нова средства обезбеђења потраживања. Тако је било неопходно да се посебном одредбом изричито превиди да нужни наследник може ставити хипотеку на наслеђене непокретности, која може бити скинута тек када буде у целости исплаћено потреживање по основу права на нужни део.

Закон је предвидео да нужном наследнику новчану противвредност нужног дела дугују солидарно сви завештајни наследници и испорукопримци.¹⁴ Солидарна одговорност је значајно обезбеђење, али не и довољно. Осим тога, ова одредба није довољно јасна у делу који се односи на испорукопримце. Овде је Закон морао бити много прецизнији. Треба имати у виду да постоје две врсте испорукопримаца и то непосредни и посредни. Непосредни испорукопримци су они који стичу неко право директно из заоставштине на основу тестаментa без постојања неког посредника преко кога би се стицало то право, па се поменута обавеза може односити само на њих. Посредни испорукопримци користи стичу преко неког од универзалних наследника или испорукопримаца, па они не могу бити дужници нужним наследницима.¹⁵

Напред је поменуто да је законодавац пропустио да одреди ваљана средства за обезбеђење потраживања нужног наследника. Но, и поред непостојања таквих одредаби, сматрам да из ширег тумачења одредбе из става 1. члана 44. Закона прозилази право нужног наследника да захтева да се на непокретностима које чине заоставштину стави хипотека која би трајала до измирења дуга према нужним наследницима. Зато би судови требало да стављају ову хипотеку чим то затражи нужни наследник, ако уз захтев приложи правоснажно решење о наслеђивању којим је одређена обавеза завештајних наследника да њему исплате нужни део.

У Закону нема ни једне одредбе која на било који начин помиње плаћање камате нужном наследнику од стране завештајних наследника и испорукопримаца. Ово је, такође, озбиљан недостатак Закона. Питање камата је од изузетног значаја и као средство да се нужном наследнику обезбеди извесна накнада за време док чека исплату нужног дела, али и као средство за обезбеђење. Појавиће се врло брзо у пракси као спорно да ли уопште нужни наследник има право на камату, затим колика је камата и од када се има рачунати.

Сматрам да нужном наследнику треба признати право на камату.¹⁶ Али што се тиче висине камате и износа на који ће се она плаћати треба поступити према томе како је одређена исплата нужног дела. У сваком случају, у решењу којим је одређен начин плаћања нужног дела мора бити прецизно одређено и све у вези камате. Камата може почети да тече, најраније, од дана када је нужни наследник поднео суду писмени захтев за исплату нужног дела. Кад дужници нужног дела падну у доцњу морају плаћати камату у складу са правилима облигационог права која регулишу питања камате када је дужник у доцњи.

Овлашћења суда да право на нужни део одреди као стварно право

14 Члан 44. Закона о наслеђивању Србије из 1995. г.

15 Слично закључују: Антић, О. - Балиновац, З. - Коментар ЗОН-а, стр. 239.

16 Слично: Антић, О. - Балиновац, З. - Коментар ЗОН-а, стр. 242.

Одредба из става 2. члана 43. Закона даје право нужном наследнику да тражи да му се право на нужни део призна као стварно право и овлашћује суд да усвоји такав захтев. Тако је суд добио овлашћење да право на нужни део, које је начелно постављено као облигационо, претвори у стварно право у сваком конкретном случају. Ово је сасвим прихватљиво решење, јер оно служи као коректив начелне норме по којој је право на нужни део одређено као облигационо право. Тако је дата могућност суду да у сваком конкретном случају одстричи негативне последице начелног решења. Али, ова одредба је врло штурa, па у примени може изазвати праву збрку. Уз њу је требало додати читав низ одредби које би давале упутства суду како да поступа у случајевима када нужни наследници поставе овакав захтев. Без таквих упутава судови ће бити у прилици или да скоро све захтеве одбијају или да скоро све захтеве прихватају. Тешко ће моћи дати објашњење неком нужном наследнику зашто је његов захтев одбијен, а зашто је прихваћен захтев другог нужног наследника.

Из наведене одредбе се не може видети да ли суд може одлучити да се нужном наследнику нужни део делимично намири давањем неке ствари из заоставштине, а делимично давањем новца. И ово је велики недостатак ове одредбе, јер ће баш оваква решења највише бити захтевана у пракси. Наиме, већина наследника жели да из заоставштине добије неку ствар ради емотивне везе са родитељским домом и средином у којој су одрасли. Тако, највећи број нужних наследника који су порасли у селу а настањени су у граду изражава жељу да, неизоставно, добије из заоставштине део земљишта на коме би изградили викенд кућу или породичну стамбену зграду за боравак у старим данима живота, а да му се остатак нужног дела исплати у новцу. Готово је сигурно да ће овакви захтеви најчешће бити постављени. Пошто из одредбе не произилази забрана за прихватање оваквих захтева, а очито је да ово одговара интересима највећег броја људи, сматрам да би судови несметано могли да одмах устроје овакву праксу.

Из одредбе произилази да суд може извршити претварање права на нужни део из облигационог у стварно само на захтев нужног наследника. И ово је недостатак ове одредбе, јер је требало дати могућност и завештајним наследницима који су оптерећени нужним делом да траже од суда да се нужном наследнику на име нужног дела одреди део ствари и права које чине заоставштину. Наиме, у пракси ће бити врло честе ситуације када завештајни наследници неће бити, објективно, у могућности да исплате нужни део нужном наследнику. Једина могућност да испуне своје обавезе биће ако продају део наслеђене заоставштине. Тиме се њима намеће једна додатна обавеза, која их може довести у две врло непријатне, па и, по њих, штетне ситуације. Прво, ако продају део непокретности, као сувласник или први сусед могу им се појавити лица која им по много чему не одговарају као суседи, а да је право нужног наследника било одређено као стварно право место тих лица били би нужни наследници. И, друго, може се десити да у време у коме треба да испуне своју обавезу продаја те врсте ствари се одвија врло лоше, па је цена знатно испод реалне вредности, какав је случај задњих година са продајом кућа. Тада ће завештајни наследници који су дужни да исплате нужни део објективно добити мање него што би добили да је нужном наследнику дат део ствари и права из заоставштине. Оваква ситуација се сигурно не може подударити са вољом завештаоца, који је и сачињавао завештање да би довео у повољнији положај неке наследнике.

Када се има у виду све што је напред наведено, и поред бројних недостатака датог законског решења, могу се, ипак, дати неки предлози како би судови требало да поступају приликом примене ове одредбе у пракси.

Основни критеријум при одлучивању о захтеву нужног наследника треба да буду његове личне и породичне прилике. То су: његово укупно имовно стање, његови услови становања, његово здравствено стање и здравствено стање чланова његовог породичног домаћинства, његова професионална опредељеност и професионална опредељеност чланова његовог породичног домаћинства, и слично.¹⁷ Ове околности могу оправдати захтев нужног наследника за добијање дела ствари и права из заоставштине. На пример, нужни наследник нема решено стамбено питање, а у заоставштини има више самосталних стамбених јединица, треба му на име нужног дела дати неку од стамбених јединица.

Други критеријум јесте емотивна везаност нужног наследника за поједине предмете из заоставштине. Ово је изузетно значајан критеријум, коме се, ни у литератури, ни у судској пракси, не посвећује довољна пажња. Емотивна везаност за кућу у којој се нужни наследник родио и у којој је одрастао и за окупницу на којој се кућа налази може бити до те мере изражена да нужни наследник доживи праве трауме ако му суд одбије захтев за доделу дела тих непокретности.

Но, кад је у питању овај критеријум, сигурно ће многи приметити да је тешко поузданије утврдити право чињенично стање око емотивне везаности, пошто је овде увек могуће преувеличавање од стране нужног наследника и исто тако преувеличавање у правцу негирања емотивне повезаности од стране завештајних наследника. Заиста је тешко утврђивати ове чињенице, али то не може бити оправдање да се оне запемаре. Има доста околности које указују да ли постоји емотивна везаност и колико је она изражена. Ту, првенствено, треба утврдити где је нужни наследник рођен, где је провео детињство, колико је боравио на непокретностима које представљају заоставштину и слично.

Ако нужни наследник тражи да му се нужни део делимично намири давањем ствари из заоставштине, а делимично у новцу, ово треба прихватити као врло погодно решење, наравно под условом да постоје разлози за преиначење права на нужни део у стварно право. Ово не прозилази директно из одредбе става 2. члана 43. Закона, али нема у Закону ни забране да се овако поступи. У осталом, кад Закон овлашћује суд да цело право на нужни део одреди као стварно право, нема разлога да се ускрати суду овлашћење да право на нужни део делимично одреди као стварно право а делимично као облигационо. Ово решење у великој мери води рачуна о слободи завештања, али и о интересима нужних наследника, па се може сматрати да је у складу са интенцијама Закона.

На крају, никако се не смеју запоставити ни интереси завештајних наследника који су дужници нужном наследнику. Ако они изјаве да не могу да исплате нужни део и предложе да се нужни део намири давањем дела ствари и права из заоставштине, то се мора прихватити, без обзира што не постоји у Закону одредба која даје оваква овлашћења завештајним наследницима. За овакав став постоје бројни разлози. Најпре, нема одредбе

17 Овим чињеницама придају велики значај и неки аутори: Антић, О. - Балиновац, З. - Коментар ЗОН-а, стр. 235.

наследнику остављен у новцу, допуну нужног дела треба измирити у новцу, јер се претпоставља да је то желео завешталац.²⁰

Има супротних мишљења, по којима нужни наследник не може тражити допуну нужног дела према завештаочевој намери израженој у завештању, јер се тумачењем завештања не може мењати правна природа права на нужни део.²¹

Приликом анализе спорних мишљења мора се поћи од законских одредби. Из предњих навода јасно се види да је Закон овластио завештаоца да на разне начине остави нужни део нужном наследнику. То значи да завешталац у сваком конкретном случају може да одреди правну природу права на нужни део и да искључи примену норми које начелно одређују његову правну природу. Све ово важи и за допуну нужног дела када је оно што је завештањем остављено нужном наследнику мање од нужног дела. Према томе, допуна нужног дела ће се извршити онако како то произилази из завештања. Друго је питање начина тумачења и метода тумачења конкретног завештања. Али, ако се тумачењем завештања не може поузданије проценити каква је била намера завештаоца у вези допуне нужног дела, тек онда се, при вршењу те допуне, имају применити начелне одредбе Закона које регулишу правну природу права на нужни део.

У пракси ће се, сасвим сигурно, врло брзо појавити питање да ли нужни наследник који тражи допуну нужног дела који му је остављен у новцу може тражити да му се допуна изврши давањем дела ствари и права из заоставштине, с обзиром на одредбе из члана 43. закона. Чини ми се да се овде може већ сада заузети прилично јасан став. Ако се тумачењем теста-мента не може утврдити права завештаочева воља у вези допуне нужног дела, онда нужни наследник несметано може да захтева да му се допуна нужног дела изврши давањем дела ствари и права из заоставштине, сходно ставу 2. члана 43. Закона.

Summary

RIGHT TO OBLIGATORY SHARE UNDER THE 1995 INHERITANCE LAW OF SERBIA

The right to obligatory share can be regulated in different ways.

The following are the key issues in the regulation of the right to an obligatory share: legal nature of the right to an obligatory share, who may determine the legal nature of the right to an obligatory share, means for the exercise and protection of the right to an obligatory share, persons who cannot be disinherited and magnitude and modality of calculating the obligatory share.

The 1995 Inheritance Law of Serbia introduced many novelties in connection with the right to an obligatory share of the estate.

The mentioned law has set the right to an obligatory share as a contractual right in principle. This solution is acceptable, although it should have introduced a whole series of provisions regulating the legal and factual status of a person who cannot be disinherited

²⁰ Овакав став изричито је заузет у одлуци Врховног суда Војводине, Гж. 634/55.

²¹ Ђорђевић, В. - Наследно право законских наследника, стр. 135.

која би ово забрањивала. Овако се не омета остваривање слободе тестирања, јер сами тестаментални наследници одустају од одређених својих права која им по завештању припадају. Исплата новца нужном наследнику представља озбиљан терет за завештајне наследнике, а терет им је и када треба да предају део ствари и права нужном наследнику, па је правично да им се дозволи да сами изаберу терет који их мање погађа, а они сами најбоље знају како им је лакше да испуне обавезе према нужном наследнику. Оваквим поступком нужни наследник не може бити оштећен. И, на крају, али не мање важно, практични разлози говоре за усвајање ове праксе. Јер, ако завештајни наследници изјаве на рочишту да нису у могућности да нужном наследнику исплате нужни део бескорисно је стављати им такву обавезу када се унапред зна да таква обавеза неће бити испуњена.

Овлашћење које даје завештаоцу могућност да одреди правну природу права на нужни део

Одредба из става 3. члана 43. Закона, која овлашћује завештаоца да може на разне начине да одреди нужни део сасвим је прихватљива. Њоме се максимално штити слобода тестанта и истовремено се успешно остварују интереси нужних наследника.

Из ове одредбе се јасно види да завешталац може на разне начине да остави нужни део нужном наследнику, и као део ствари и права из заоставштине, и у новцу и комбиновањем ове две могућности. Исто тако, несумњиво је да је воља завештаоца примарна при одређивању права на нужни део у сваком конкретном случају. Одредбе из става 1. и става 2. члана 43. Закона ће се применити само ако завешталац није одредио начин остављања нужног дела.¹⁸

То значи да ће суд приликом доношења одлуке о захтеву нужног наследника прво детаљно анализирати шта је завешталац одредио у завештању и да ће стално настојати да се, максимално могуће, испоштује воља завештаоца.

У судској пракси се појавио проблем, о коме се много дискутује и у судској пракси и у теорији, како поступити када је оно што је остављено нужном наследнику недовољно да се намири његов нужни део, тј. у ком облику треба извршити допуну нужног дела. Сви се слажу да треба тумачењем тестаментна истраживати праву вољу тестатора, али има неслагања око формирања могућих претпоставки завештаоачеве воље када је та воља недовољно јасна. Такође се доста дискутује да ли завешталац може мењати законом одређену правну природу права на нужни део.

Неки аутори истичу да се допуна нужног дела има одредити према намери завештаоца, коју треба откривати тумачењем тестаменталних одређби. Овакав став изражен је и у судској пракси у више одлука.¹⁹ Тако на пример, у доста судских одлука се констатује да, када је нужни део нужном

18 Слична одредба је постојала и у ЗОН-у Србије из 1974. г., а и у Савезном ЗОН-у из 1955. г. Многи аутори су истicali да завешталац може на разне начине да одреди право на нужни део. - Станојевић, Д. - Право на нужни део, Правни живот, 3-4/59, стр. 31., Благојевић, Б. - Антић, О. - Наследно право, стр. 225.

19 Антић, О. - Балиновац, З. - Коментар ЗОН-а, стр. 233.

when such right is determined as a contractual one. What should have been done in particular was to introduce the classical and possibly some new means of securing the rights of the persons that cannot be disinherited. The law makes no reference to interest.

My opinion is that a person who cannot be disinherited should be entitled to interest pending the settlement of his/her claim. Although the law does not expressly provide so, it should be possible pursuant to a broader interpretation of the existing provisions, to take out a mortgage on the inherited estate in favour of the person concerned.

The inheritance law also includes a special provision authorising the court to convert the right to an obligatory share into a real right at the request of the non-disinheritable person concerned. This provision is also acceptable. Even so, it is quite defective because it gives no instructions to the court concerning its application. Moreover, it does not show whether the court may decide to accommodate a non-disinheritable person partly by giving him a thing from the estate and partly in money. This provision provides that the right to an obligatory share may be converted into real right only at the request of the non-disinheritable person concerned.

Despite these deficiencies, I think that it is possible already now to take some positions on the application of this provision. The following should be taken into account in appraising the validity of such claims: total assets of the non-disinheritable person concerned, his/her dwelling conditions and state of health, state of health of members of his/her family/household and his/her other circumstances. It should be made possible for court to accommodate a non-disinheritable person partly by giving him a thing from the estate and partly in money.

Мр Драгица Живојиновић
асистент Правног факултета у
Крагујевцу

ОДГОВОРНОСТ НАСЛЕДНИКА ЗА ДУГОВЕ ОСТАВИОЦА

КЉУЧНЕ РЕЧИ: *наследник,
оставилац, одговорност,
наследно право, дуг*

1 Претпоставке и значај одговорности

СТИЦАЊЕ заоставштине и долажење у правни положај универзалног сукцесора, стицаоцу не доноси само права, користи. Он собом носи и терете, првенствено оне који се тичу одговорности наследника за дугове оставиоца. Пошто наследник не мора примити наслеђе, за дугове оставиоца одговарају само они наследници који су дали изјаву о пријему наслеђа или су располагали заоставштином или њеним делом, или се до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине нису одрекли наслеђа, дакле она лица која имају положај дефинитивног наследника.

Одговорност наследника за дугове оставиоца је неизбежна последица преласка оставиочевих права на наследнике. Ако се пође од става заступљеног у старијој теорији да је објект наслеђивања имовина оставиоца у смислу свеукупности права и обавеза, тада истовремено са стицањем права наследник стиче и оставиочеве обавезе. Новија теорија наследног права полази од схватања заоставштине као скупа права која су припадала оставиоцу у моменту смрти и која су наслеђивању подобна. Обавезе представљају само терете заоставштине и као такве прелазе заједно са њом на универзалне сукцесоре. Одговорност за дугове је последица не само начела да лице које прима неку корист мора сносити терете који су са том користи скопчани, него и из правног правила да имовинске обавезе, уколико нису чисто личне природе, смрћу дужника не престају, него повериоцима припада право да се намире из заоставштине или од особа које су заоставштину стекле.

Одговорност за оставиочеве дугове има троструки значај.¹ Она је

од велике важности за правни положај оставиоцевих поверилаца, посебно ако је наследник презадужен, па се мешањем заоставштине са имовином наследника осетно умањује могућност њиховог намирења. Правни положај наследника такође зависи у много чему од начина регулисања овог питања, а тиме и стварни ефекат преласка заоставштине на наследника. И на крају, регулисање ове одговорности на оптималан начин, даје допринос општој правној сигурности јер сваки грађанин у улози уговарача може очекивати да се након закључења уговора нађе у положају оставиоцевог повериоца.

2. Системи одговорности

2.1. Неограничена лична одговорност наследника

Историјски посматрано, најпре је постојала лична одговорност наследника за дугове оставиоца и то вредносно и предметно неограничена одговорност (*ultra vires hereditatis*). Наследник одговара и наслеђеном имовином и својом сопственом - оном којом је имао у моменту стицања наслеђа и оном коју је касније стекао на било који начин.¹ Ово је сасвим разумљиво имајући у виду да се наслеђивање посматрало као процес продужења породице, куће и огњишта, продужења имовине. Зато се у старим правним системима, па извесно време и у римском праву, наследник није могао одрећи наслеђа.

У римском праву се брзо увидело да оваква одговорност наследника за дугове оставиоца наноси штету не само интересима наследника и његовим повериоцима, него и оставиоцевим повериоцима. Зато су претори временом створили одговарајућа средства за заштиту права заинтересованих лица. Најпре уводе *benefitium abstinendi* тј. право лица из категорије нужних наследника да одбију пријем наслеђа тако што ће се уздржати од сваког акта располагања или управљања заоставштином. Повериоци оставиоца нису могли намирење тражити од лица која су се одрекла наслеђа, него су имали право да од претора траже предају заоставштине ради продаје (*venditio bonorum*) чиме се заправо одговорност свела само на наслеђену имовину. Потом претор повериоцима оставиоца даје још два правна средства: *satisfactio suspecti* - право на тражење осигурања од наследника ради наплате дуга, ако постоји сумња да је он презадужен и *separatio bonorum* - одвајање заоставштине од имовине наследника у циљу њиховог првенственог намирења из заоставштине. Право сепарације може тражити било који оставиоцев поверилац, ако постоји бојазан да је наследник презадужен.² Када се по наредби претора изврши подвајање имовине, заоставштина служи најпре подмирењу оставиоцевих поверилаца, затим легатара, па тек ако нешто преостане, припадало би наследнику. Сепарацијом су повериоци оставиоца губили право да траже лично од наследника исплату дуга, ако би се испоставило да заоставштина није довољна за њихово намирење.³

1 Благојевић Т. др Б: Наследно право Југославије, Право република и покрајина, Београд, 1983, стр. 391.

2 Станојевић др Обрад: Римско право, Београд, 1994, стр. 234.

3 Egersdorf dr A: O pandektima, Zagreb, 1917, str. 220.

У време Јустинијана уведена је привилегија инвентара (*beneficium inventarii*) право наследника да прима заоставштину са прописом и проценом имовине и тако ограничи своју одговорност на вредност примљеног наслеђа (*pro virbus hereditatis*). Ако би наследник примио наслеђе безусловно одговарао би као и раније - лично и неограничено. Још од Јустинијановог доба, неограничена лична одговорност наследника није више једина, општа. Пошто постоји више начина одговорности овај систем се назива и системом мешовите одговорности наследника.⁵

Систем мешовите одговорности данас постоји у оним правним системима који следе римску правну традицију - *Code civil*-у, у правима романских држава, аустријском, швајцарском као и нашим предатним правима - с тим што је неограничена лична одговорност наследника полазно начело, одговорност која се претпоставља.

2.2. Одговорност наслеђеном имовином

Одговорност наслеђеном имовином постоји када наследник за обавезе оставиоца одговара само наслеђеном имовином и то предметно и вредносно ограничено (*cum virbus hereditatis*). Постоје две врсте правних система у којима се одговорност универзалних сукцесора протеже само на наслеђену имовину. Један, у коме је ова врста одговорности законски уређена и коју наследник не може неутралисати пријемом наслеђа на овај или онај начин. Он постоји у англосаксонском правном подручју у коме заоставштина не прелази на наследнике у моменту смрти оставиоца, већ је лични представник умрлог дужан да исплати све његове дугове и наследницима уручи чисту заоставштину. Од европских права овај систем је постојао у Цивилном закону Немачке Демократске Републике из 1975. године,⁶ који је садржао начело "обавезе оставине мора наследник испунити само оставином". Ако заоставштина није довољна за намирење свих обавеза које улазе у исти ранг, потраживања ће се измирити сразмерно њиховој величини.

Други, који примарно полази од одговорности за дугове само наслеђеном имовином, али супсидијарно допушта и ограничену личну одговорност наследника. Тако на пример, у мађарском праву универзални сукцесори одговарају оставиочевим повериоцима предметима заоставштине и њиховим користима, осим ако у време истицања захтева за намирење потраживања нису у поседу заоставштине, када одговарају и својом имовином до висине наслеђене имовине. ГЗ НР Пољске прописује да за дугове оставиоца до пријема наслеђа одговарају наследници само заоставштином, а након тога и својом имовином, ограничено или неограничено, у зависности од тога да ли је пријем наслеђа био са или без пописа.

2.3. Ограничена лична одговорност наследника

По овом систему наследник одговара за оставиочеве дугове и својом и наслеђеном имовином, али само до висине вредности наслеђене имовине (*pro virbus hereditatis*). Одговорност је вредносно ограничена на вредност примљеног наслеђа, односно наследног дела, али је наследник поседовао у

5 Марковић др Славко: Наследно право, стр. 335.

6 Чл. 409 Цивилног законика НДР, Институт за упоредно право, Београд, 1976.

часу делације или касније стекао. Овако уређен законски режим одговорности, без права наследника да својом вољом утичу на њега, постоји у правима источно европских земаља и праву НР Кине.

Грађански Законик Руске СФСР из 1964. предвиђа ограничену личну одговорност наследника као редован начин одговорности за дугове оставиоца. Повериоци умрлог имају право да у року од шест месеци од дана отварања наслеђа пријаве своје захтеве наследницима који су дали позитивну наследничку изјаву, односно извршиоцу тестаментата или нотаријату у месту отварања наслеђа или да поднесу тужбу суду за намирење тражбине.⁶ Захтеви се пријављују без обзира да ли су доспели или не. Непоштовање ових правила повлачи за собом губитак права потраживања.

ГЗ Чехословачке одговорност до висине наслеђене имовине везује за стање у коме се налази заоставштина. Ако је наследство презадужено, наследници могу са повериоцима постигнути споразум о препуштању наследства за наплату дугова. Ако не дође до споразума, дужност наследника да измире ове дугове расправиће се према одредбама о ликвидацији наследства. При томе наследници не одговарају за дугове оним повериоцима који нису пријавили своја потраживања упркос позиву, ако је намирењем потраживања осталих поверилаца њихова наслеђена имовина исцрпљена. Наследник одговара до висине вредности наслеђене имовине за примерене трошкове погребна оставиоца и за дугове умрлог који су на наследника прешли у моменту делације. Ако има више наследника одговорност се креће у сразмери са наслеђеним делом заоставштине.

Закони о наслеђивању Србије и Црне Горе прихватају одговорност наследника за дугове оставиоца до висине вредности наслеђене имовине као полазну основу код намирења тражбина оставиоцевих поверилаца. Од овог правила постоје извесни изузеци када се одговара само заоставштином, а о којима ће бити доцније речи.

3. ПОЈАМ И ВРСТЕ ДУГОВА

Одредбе ЗОН Србије и ЗОН Црне Горе о одговорности наследника за дугове су врло штуре. Оне говоре само о дуговима оставиоца и ограниченој личној одговорности наследника за њих, не одређујући при томе ни појам дугова, ни врсте дугова, нити редослед њиховог намирења.

Наследници, поред дугова оставиоцевих, који по правилу чине основну врсту дугова, одговарају и за неке друге обавезе које нису настале за живота оставиоца заснивањем правних послова *inter vivos*. То су врло хетерогени дугови који се могу класификовати по сврси ради које су настали и по времену настанка (дугови отвореног наслеђа).

Једна врста ових дугова су они који произилазе из структуре материјалних норми наследног права, као што је право на нужни део као облигационо право, легати, налози, и др. Затим ту улазе и трошкови сахране оставиоца, трошкови извршења последње воље (проглашење тестаментата), накнада трошкова и награда извршиоцу тестаментата за обављен посао. Потом процесни трошкови као што су трошкови пописа и процене заоставштине,

6 Грађански закон РСФСР из 1964, Институт за упоредно право, Београд, 1965, чл. 554, стр. 134.

давања огласа, проглашења за умрло, превозни трошкови и тзв. економски трошкови (управљања и обезбеђења заоставштине). По времену настанка ови дугови се никако не би могли уврстити у дугове оставиоца, па су сасвим на месту примедбе усмерене на неадекватност овог термина.⁸ Термин дугови заоставштине, обавезе заоставштине је знатно прихватљивији јер својом ширином допушта обједињавање не само оних дугова у чијем је стварању учествовао лично оставилац (дугови оставиоца), него и оних који су настали након његове смрти као резултат отварања наслеђа, спровођења оставинског поступка и извршења последње воље оставиоца (дугови отвореног наслеђа). Имајући у виду врсту дугова и начин њиховог намирења, дугови заоставштине би се могли одредити као дугови оставиоца и остале обавезе које остају по оставиочевој смрти који погађају наследника као таквог, а који се имају намирити вредношћу наслеђене имовине или самом наслеђеном имовином.

Овај термин је унеколико устаљен и у упоредном праву.⁹ Тако се у немачкој теорији права дугови заоставштине одређују као такви дугови наследника, који њега у својству наследника погађају.¹⁰ У руској теорији, дугови заоставштине су сви дугови који терете заоставштину, укључујући и дугове оставиоца.¹¹ Такође се и у нашој предатној теорији сусрећемо са дефинисањем дугова заоставштине: "Дугови заоставштине су састављени од тражбина које имају намирити из имовине умрлог."¹²

Решења домаћег законодавства по питању врсте дугова и редоследа њиховог намирења су непотпуна, што ову материју чини недовољно јасном. Ово указује на потребу преуређења одељка о одговорности наследника за дугове. Значај прецизног формулисања дугова заоставштине је вишеструк. Њиме се постиже максимално јасан правни положај наследника, посматран са аспекта његове одговорности за дугове. Сазнање о врсти дугова за које одговара пружа универзалном правном следбенику могућност боље оцене стања у коме се заоставштина налази, а тако и постојања евентуалне презадужености. Управо то стање заоставштине може бити од пресудног значаја за одрицање од наслеђа. Поред тога, потпунијом законском регулативом би се смањио настанак евентуалних спорова између наследника и оставиочевих повериоца. Такође би се дао значајан допринос уједначавању судске праксе и отклањању неспоразума који сада тамо постоје.

Слична ситуација је и са утврђивањем редоследа измирења дугова заоставштине. Посебан значај овај редослед има када је заоставштина презадужена. Ранг потраживања омогућио би наследницима да воде рачуна о редоследу исплате дугова и тако избегну приговор погодовања поверилаца. Редослед измирења дугова заоставштине имао би улогу путоказа у остваривању права и извршењу обавеза наследника и поверилаца заоставштине.

8 Марковић Славко: Дугови заоставштине и редослед њиховог измирења, Зборник радова ПФ у Нишу, 1968. бр. 7, стр. 92.

9 Die Nachlassverbindlichkeit, die Nachlassschulden, долги обременјавујући наследство, dettes et charges de la succession.

10 Brox Hans: Erbrecht, Carl Heymans Verlag 1966. год, стр. 15.

11 Серебровский В.И.: Очерки советского наследственного права, Москва, 1953. година, стр. 209.

12 Година Дионис: Коментар ванпарничног поступка, Београд, 1934, стр. 174.

С тим у вези, предлагем следећи редослед исплате заоставштине:

1. *Трошкови уобичајене сахране оставиоца*. Ови трошкови би имали приоритет из разлога поштовања морала и пиетета према личности преминулог лица.

2. *Оставински трошкови*. Под њима се подразумевају трошкови пописа и процене заоставштине и вођења оставинског поступка, трошкови извршиоца тестаментa и стараоца заоставштине. Разлог њиховог ранга у редоследу измирења дугова заоставштине лежао би у околности да трошкови оставинског поступка који се води по службеној дужности, не треба да иду на терет наследника, него на терет заоставштине која се расправља.

3. *Дугови оставиоца*. То су обавезе по основу доприноса и пореза доспелих до дана смрти оставиоца као и потраживања оставиоцевих поверилаца која се нису угасила у часу отварања наслеђа.

4. *Обавезе из права на нужни део*. Поштовање одредбе чл. 41 ЗОН Србије по којој се нужни наследници намирају после оставиоцевих поверилаца, а пре испорукопримаоца, одређује овај ранг измирења дугова заоставштине.

5. *Легати и налози*. Као врста добротиних располагања оставиоца *mortis causa*, они би представљали последњу врсту дугова заоставштине за које наследници одговарају до висине вредности наслеђене имовине.

Између појединих група дугова заоставштине важио би принцип приоритета, а унутар њих принцип сразмерности.

4. КО ОДГОВАРА ЗА ДУГОВЕ

4.1 Персонална одговорност

За дугове оставиоца одговарају сви наследници - законски, тестаментални, нужни када право на нужни део има природу наследног права. Одговорност универзалних сукцесора се заснива на закону, па се не може елиминисати у случају постојања другачије воље завестиоца. Завешталац може тестаментом направити другачији распоред дугова, тако што ће наложити да један наследник прими наследни део без дугова, а други да сноси све дугове. Тестаменталне одредбе оваквог садржаја тичу се међусобног односа наследника по питању коначног терета дугова, а никако односа између наследника и оставиоцевих поверилаца. Сви универзални сукцесори оставиоца одговарају за дугове од момента делације, по сили закона.

Не одговарају за дугове наследници који су се одрекли наслеђа. Лице које се одрекло наслеђа у корист неког наследника, одговара за дугове оставиоца јер се ово сматра пријемом наслеђа са истовременим уступањем наслеђене имовине.

Нужни наследници не одговарају за дугове оставиоца до висине вредности нужног дела.¹² Одговорност у том случају прелази на остале наследнике, јер би у противном нужни наследници због повреде нужног дела морали да подигну тужбу за редукацију тестаментa или повраћај поклона.

12 Чл. 41, ст. 2, ЗОН Србије.

Легатори нису универзални сукцесори оставиоца. Они стичу само имовинску корист из заоставштине умрлог, па начелно не одговарају за његове дугове.¹⁴ Међутим, оставилац може одредити да легатар одговара за све или неке дугове, у границама вредности легата.

Република Србија је новим Законом о наслеђивању увршћена у круг законских наследника, па она за дугове оставиоца одговара као и остали наследници до висине вредности наслеђене имовине.¹⁵

За дугове оставиоца могу одговарати и његови потомци којима је уступио имовину уговором о уступању и расподелом имовине за живота,¹⁶ ако је то уговором предвиђено. Давалац издржавања не одговара за дугове оставиоца после његове смрти, али може бити уговорено да он одговара за све или поједине дугове, нарочито ако је прималац издржавања уговором обухватио целу своју имовину, а након његовог закључења ништа није стекао.

4.2. Реална одговорност

Поред персоналне, личне одговорности наследника за дугове оставиоца наше наследно право садржи одредбе и о реалној одговорности - одговорности самом заоставштином.

Таква одговорност постоји најпре када један или више поверилаца затражи одвајање заоставштине од имовине наследника. Оставиочеви повериоци могу ставити захтев за одвајање у року од три месеца од отварања наслеђа. Овој мери се прибегава када је наследник презадужен, па би спајањем наслеђене имовине са имовином наследника прва служила намирењу наследникових поверилаца, чиме би повериоци оставиоца били онемогућени у остварењу својих захтева. Повериоци који траже одвајање морају учинити вероватним постојање својих потраживања, али не и опасност која им прети од презадужености наследника.¹⁷ Одвајању не би било места ако наследник исплати или обезбеди исплату потраживања. Одвајањем се мора обухватити цела заоставштина, а не део који је довољан за намирење повериоца.

Наследник не може располагати стварима и правима из заоставштине све док се не наплате повериоци који су тражили одвајање. Ако је тим стварима и правима располагана пре одвајања, она остају пуноважна. Наследник повериоцима који су тражили одвајање одговара само наслеђеним имовином (*cum virbus hereditatis*), па уколико она не буде довољна за њихово намирење, неће бити дужан да допуни својом сопственом имовином. Повериоци наследника не могу се намирити из заоставштине док се не намире повериоци који су тражили одвајање.

14 Гавела Никола: Одговорност за дугове оставиоца по ЗОН-у, Одвјетник 1972. год. бр. 1-2, стр. 6.

15 "Општина којој припада имовина, која нема наследника одговара за дугове оставиоца, до висине вредности преузете имовине", Врховни суд Хрватске, Рев. 1618/84, Коментар ЗОН-а и ЗВП са судском праксом, Београд 1996, стр. 148.

16 Чл. 190, ЗОН Србије.

17 Финжгар Алојз: Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, 1978. год, том 2., стр. 376.

Одвојеној заоставштини суд може поставити стараоца чији је положај сличан положају привременог стараоца заоставштине. Он управља имовином у име и за рачун наследника.

Један облик реалне одговорности постоји и када се наследници након образовања наследничке заједнице не сложе око управљања наследством а нема извршиоца тестаментa који би послове управљања преузео на себе. Управитељ може, са одобрењем суда, ради исплате трошкова располагати стварима и правима из заоставштине.¹⁷

Одговорност заоставштином срећемо и онда када је заоставштини постављен привремени старалац, јер је непознато да ли има наследника или је непознато његово пребивалиште или боравиште или када његово постављање траже оставиоачеви повериоци, легатари или корисници налога. У овим случајевима привремени старалац заоставштине је овлашћен да у име наследника наплаћује потраживања, исплаћује дугове и легате.¹⁸

На крају, реална одговорност постоји и када је завешталац тестаментом поставио наследника под одложним или раскидним условом или роком. Када је наследник постављен под раскидним условом или роком, до његовог остварења он има положај уживаоца заоставштине и за то време одговара за оставиоачеве дугове, испоруке и налоге само стварима и правима из заоставштине.¹⁹ Ако је неко лице именовано за наследника под одложним условом или роком, заоставштина до остварења услова или рока припада на уживање оставиоачевим законским наследницима (ако из завештања не следи нешто друго). Законски наследници умрлог, док имају правни положај плодуюживаоца, одговарају за дугове оставиоца, легате и налоге само заоставштином.²⁰

5. НАЧИН ОДГОВОРНОСТИ ЗА ДУГОВЕ

Наследник одговара за оставиоачеве дугове и својом и наслеђеном имовином до висине вредности наслеђене имовине.²¹ Потраживања оставиоачевих поверилаца која превазилазе висину наслеђене имовине гасе се по сили самог закона у моменту оставиоачеве смрти и претварају у натуралну облигацију. Зато наследник који је оставиоачевим повериоцима исплатио више него што је дужан, не може захтевати повраћај датог.

Пошто утврђивање вредности наслеђене имовине представља полазну основу за реализацију права поверилаца, али и парницу заштите наследника од исплате дуга који га не обавезује, намеће се питање тренутка одлучујућег за утврђивање вредности наслеђене имовине, као и питање начина њеног обрачунавања.

Вредност наслеђене имовине утврђује се према стању које постоји у моменту у коме долази до спајања заоставштине односно њеног дела са имовином наследника, моменту делације, јер након тога није више могуће пратити кретање имовине која је припадала оставиоцу.²² Према моменту смрти оставиоца утврђује се и вредност накнадно пронађене имовине.

17 Чл. 230, ЗОН Србије.

18 Чл. 211, ЗОН Србије.

19 Чл. 128, ст. 2, ЗОН Србије.

20 Чл. 125, ст. 2, ЗОН Србије.

21 Чл. 212, ЗОН Србије.

Вредност наслеђене имовине²⁴ као мерило одговорности сваког наследника за дугове оставиоца обрачунава се када се подели на наследне делове укупна вредност ствари и права која чине заоставштину²⁵ умањена за износ дугова заоставштине (трошкови уобичајене сахране, пописа и процене заоставштине, оставиочевих дугова, вредност легата и налога). Међутим, утврђивање те вредности везује се не само за сазнање стања активе и пасиве, него и за чињеницу ко ће од потенцијалних наследника постати и коначни наследник односно од броја и права лица која конкуришу на наслеђе. Утврђивање вредности активе не би требало везивати за неке веће тешкоће (изузев оних које се тичу прикривања ствари и права које чине заоставштину) уколико постоји обавеза сачињавања инвентара (пописа и процене) заоставштине. Проблеми се могу појавити код утврђивања вредности пасиве, јер суду, наследницима, ни повериоцима не морају бити познати сви дугови оставиоцеви, а ЗОН Србије не предвиђа никаква средства којима би обавезивао повериоце на такво обавештавање. Чини се да ЗОН Србије овом питању није посветио довољну пажњу, па је инструментима остављеним на располагање наследницима и повериоцима вредност наслеђене имовине веома тешко утврдити.

Још једна неизвесност отежава утврђивање вредности наслеђене имовине. Наиме, оставиочевим повериоцима за дугове одговарају сви наследници солидарно, али да би повериоци могли остварити своја права мора постати извесно ко су наследници и колико је обим њихове одговорности. Систем стицања заоставштине *ipso iure* полази од претпоставке о пријему наслеђа, па узима да ли су лица позвана на наслеђе својство наследника задржала уколико га се нису одрекла у законом предвиђеном року. Лице које се до завршетка првостепеног поступка за распаривање заоставштине одрекне наслеђа неће одговарати за дугове оставиоца. Све ово доводи до тога да потенцијални наследници, па ни повериоци оставиоца извесно време по отварању наслеђа не могу бити сигурни ко су наследници, па ни против кога може бити усмерен захтев за намирење потраживања. Дакле, и поред непосредности у стицању наслеђивању подобних права и сношења обавеза које настају као терет стечених права, на коме се систем стицања заоставштине *ipso iure* базира, ту непосредност није у сваком случају могуће остварити, тако да оставиочеви повериоци најчешће чекају правоснажност решења о наслеђивању да би отпочели са наплатом дугова од наследника.

Каква је ситуација у нашем позитивноправним прописима?

Вредност заоставштине у моменту смрти оставиоца утврђује се пописом и проценом од стране надлежног органа општинске управе или од стране суда. Но, Закон о ванпарничном поступку Србије не предвиђа попис и процену заоставштине као обавезну меру²⁶ која претходи оставинској расправи.

23 Гавела Никола: Одговорност за дугове оставиоца по ЗОН-у, Одвјетник 1972. бр. 1-2, стр. 11.

24 У вредност наслеђене имовине сваког наследника улази и вредност поклоне (чл. 65, ст. 1 ЗОН Србије) које је ма на који начин добио од оставиоца као и испорука (чл. 68. ЗОН Србије), осим ако је оставилац одредио другачије.

25 У састав заоставштине сходно чл. 1, ст. 3 и 4. ЗОН Србије не улазе предмети домаћинства мање вредности и добра за која су оставиочеву имовину увећали потомци који су живели са њим у заједничком домаћинству и својом зарадом или трудом му помогли у привређивању.

Приликом састављања смртвнице матичар приступа попису ако захтев стави неко од наследника или легатара. По наредби суда попис и процена ће се извршити у случајевима наведеним у чл. 96, ст. 2. ЗВП Србије,²⁶ као и на тражење легатара, наследника и поверилаца умрлог. Пописом заоставштине обухватају се све покретне и непокретне ствари које су биле у својини умрлог у време смрти, потраживања и дугови, као и неплаћени доприноси друштвеној заједници (целокупна актива и пасива). Необухватање пописом неких делова заоставштине у нашем праву не узрокује негативне материјалноправне последице јер наследници по сили закона наслеђују и ону имовину која није била обухваћена инвентаром и одговарају за оне дугове који у попис нису унети. Због тога стање утврђено пописом приликом састављања смртвнице или доцније има карактер помоћног доказног средства²⁷ које није увек у стању да отклони неизвесност по питању састава и вредности заоставштине. Ако попис није извршен, суд може на основу података заинтересованих лица сам утврдити састав и вредност имовине која улази у заоставштину. Међутим, ако у том погледу међу наследницима настане спор, суд ће прекинути оставински поступак и странке упутити на парницу или поступак пред управним органом. Овим се ситуација око утврђивања састава вредности заоставштине додатно компликује и успорава, а тиме и утврђивање обима одговорности за дугове оставиоца. До тог момента може наступити застарелост оставиоцевих поверилаца.

Ове тешкоће су последица одсуства поузданих и децидираних средстава за утврђивање вредности наслеђене имовине. Такве установе познају наследно-правни системи оних земаља који су утицали на формирање нашег наследног права:

1. Инвентар, који има функцију утврђивања састава активе;

2. *Convocatio creditorum* (позивање поверилаца) служи отклањању неизвесности у погледу пасиве и обавезује повериоце да у одређеном року потраживања пријаве. По АГЗ-у²⁸ непријављена потраживања нису морала бити намирена уколико је актива исплаћивањем пријављених потраживања била испуњена. Швајцарски Грађански Закон и ГЗ РСФСР²⁹ одређују да непријављена потраживања престају услед преклузије;

3. Стављањем заоставштине под управу се постиже да наследници наслеђују заоставштину *ipso iure*, али не управљају нити располажу им-

25 ЗВП Црне Горе предвиђа да ће се попис заоставштине вршити увек када је иза умрлог остала покретна или непокретна имовина.

26 Када се не зна за наследнике или за њихова пребивалишта, када су наследници лица која услед малолетства, душевне болести или других околности нису потпуно или делимично способна да се старају о својим пословима, када заоставштину треба да се преда држави или у другим оправданим случајевима.

27 Финжгар Алојз: Енциклопедија имовинског права и права УР, Београд, 1978, стр. 376, том 2..

28 Проблем неизвесности око састава заоставштине овде није посебно изражен јер се наследство стиче предајом од стране суда. До тог момента заоставштину је одвојена од имовине наследника. Уручењем се наследнику предаје чиста заоставштину, а позивање поверилаца служи првенствено уређивању њихових међусобних односа.

29 Чл. 554 ГЗ РСФСР.

овином све док односи међу њима, повериоцима и легатарима не буду регулисани. Након подмирења свих познатих обавеза и легата, преостали део заоставштине предаје се наследницима.

4. Стечај над имовином оставиоца је установа којом се у потпуности решава проблем неизвесности око вредности наслеђене имовине, али наслеђивању одузима карактер универзалне сукцесије.

Чини се да је и у нашем наследном праву присутна потреба за таквим установом јер њихово постојање прати усвајање система наслеђивања *ipso iure*. Ипак, не могу се прихватити оне установе које наследницима одузимају својство универзалних сукцесора пошто би њихово усвајање довело до увођења значајних изузетака од постојећег система наслеђивања. Сматрам да се присутна неизвесност о стању заоставштине у моменту смрти оставиоца успешно може решити увођењем обавезе сачињавања смртнице, увек када оставилац иза себе остави имовину, осим ако је она незнатне вредности. Проблем утврђивања вредности пасиве би се могао решити увођењем установе позивања поверилаца која, чини се, највише одговара карактеру нашег наследно-правног система. Конвокацијом би се истовремено омогућило поштовање приоритета и сразмерности у намирењу оставиоцевих поверилаца, што је готово немогуће постићи без познавања целокупне пасиве пре почетка исплате. У том циљу би оставински суд огласом позвао повериоце оставиоца да у одређеном року пријаве суду (а тако дају на знање и наследницима) своја потраживања. Уколико би између наследника и оставиоцевих поверилаца настао спор око постојања или висине потраживања, суд би странке које се споре упутио на парницу. Непријављивање потраживања у одређеном року имало би за последицу њихов престанак. И на крају, недоумица о томе ко је од претпостављених наследника то својство и задржао, па сходно томе према коме се може усмерити захтев за намирење, отклонила би се скраћивањем рока за одрицање од наслеђа.

Санаследници одговарају за дугове оставиоца солидарно али сваки од њих до висине дела наслеђене имовине, без обзира да ли је извршена деоба или није.³¹ Сваки санаследник дугује повериоцу испуњење целе обавезе, за онолико колико је он испунио смањује се обавеза осталих наследника.³² Од воље повериоца зависи против ког наследника ће бити истакнут захтев за намирење. Он може захтев уперити против сваког наследника посебно или свих заједно. Ниједан универзални сукцесор се не може ослободити ове одговорности па чак иако је завешталац тестаментом другачије одредио.

31 "У складу са чл. 140, ст. 3 ЗОН-а, сви наследници оставиоца солидарно одговарају за његове дугове до висине свог наслеђеног дела, без обзира да ли је извршена деоба наследства, па стога поверилац може својом тужбом остварити своја права која је имао према оставиоцу тужећи све његове наследнике, као солидарне дужнике, или само неког од његових наследника, јер наследници оставиоца нису нужни супарничари.", Врховни суд Србије Гж 1426/79, Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986, Београд, 1986, стр. 173.

32 "Када је за дугове оставиоца тужен само један од наследника оставиоца, он је као солидарни дужник обавезан да у целости плати дугове оставиоца, а има право да од осталих наследника тражи накнаду сразмерну њиховим наследним деловима.", Врховни суд Србије Рев. 685/79, Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986, Београд, 1986, стр. 173.

Поверилац оставиоца може од појединог наследника наплатити већи део обавеза него што на овог по међусобним односима отпада, али никада преко граница оне вредности коју је односни наследник стекао наслеђивањем.³³ Уколико је један наследник платио цео дуг он има право на регрес од осталих наследника сразмерно њиховим наследним деловима. Завешталац тестаментом може одредити другачију прераспodelу дугова међу наследницима. Она се не тиче оставиочевих поверилаца па зато ни један од наследника не може одбити њихов захтев за намирење правдајући се постојањем такве намере завештаоца.

6. ЗАКЉУЧАК

Као последица стицања заоставштине односно преласка оставиочевих права на наследнике јавља се одговорност наследника за дугове оставиоца. Дугови оставиоца су по правилу основна, али не и једина врста дугова за које се одговара. Ту су и трошкови сахране, извршења последње воље оставиоца, трошкови настали као последица отварања наслеђа тзв. процесни трошкови, трошкови управљања и обезбеђења заоставштине, трошкови исплате нужног дела као облигационог права, испуњења налога и легата. За ове трошкове који очигледно нису настали за живота оставиоца заснивањем правних послова *inter vivos* и које такође треба подмирити, термин оставиочевих дугова је потпуно неадекватан. Термин дугови заоставштине је прихватљивији јер својом ширином омогућава обједињење свих наведених дугова.

За дугове заоставштине предвиђена је персонална, лична одговорност наследника, али за извесне врсте дугова (трошкове сахране и оставинске трошкове) и у одређеним случајевима, постоји реална одговорност, одговорност самом заоставштином (код одвајања заоставштине од имовине наследника, код постављања наследника под одложним или раскидним условом или роком до њиховог остварења итд.). За дугове наследници одговарају и својом и наслеђеном имовином, до висине вредности наслеђене имовине. Но утврђивање вредности наслеђене имовине, као мерило одговорности сваког наследника може бити скопчано са извесним тешкоћама везаним за непостојање обавеза сачињавања пописа и процене заоставштине, обавезе оставиочевих поверилаца да пријаве своја потраживања и за предугачко постављен рок за одрицање од наслеђа. Све ово указује да је одељку посвећеном одговорности за дугове потребно преуређење у смислу увођења одговорности за дугове заоставштине, одређивања из чега се они састоје и којим редоследом се имају нам чрити. Истовремено, то преуређење треба пратити и увођење нових института и измена постојећих у циљу олакшавања и убрзавања обрачуна вредности наслеђене имовине. На овај начин би се тежња за непосредношћу у стицању права и извршењу обавеза постављена системом стицања заоставштине *ipso iure*, могла лакше остварити.

33 "У парници се наследник не може обавезати да плати оставиочев дуг у износу који прелази вредност наслеђене имовине.", Врховни суд Хрватске Гж 6665/75, Преглед судске праксе у 1977 години, бр. 12, Загреб, 1978, стр. 18.

Summary

HEIR'S LIABILITY FOR TESTATOR'S DEBTS

In consequence of the acquisition of the testator's estate and transfer of the latter's rights to his/her heir(s), there arises the question of the heir's liability for the testator's debts. As a rule, a testator's debts are the basic, but not also the sole kind debts involving liability. They also include the costs incurred in connection with funeral, execution of the testator's last will, opening of the probate proceedings, management and securing of the estate and payment of obligatory share of inheritance as an obligatory right and execution of instructions and legacy. The expression testator's debts is completely inappropriate for these costs which evidently were not incurred in the testator's lifetime on the basis of inter vivos arrangements and which have to be paid. The expression debts of the estate is more acceptable because its broadness makes it possible for all of the mentioned debts to be turned into one.

The heir's personal liability for debts of the estate has been determined. However, in case of some debts (cost of funeral and probate proceedings) and certain other cases, also real liability is determined, i.e., liability with the estate itself (in separation of the estate from the heir's property, establishment of the heir on the suspensive or resolutive condition or term of their realisation, etc.). An heir is liable for debts with his/her own and inherited property, up to the value of inherited property. However, the determination of the value of inherited property, as a measure of liability of each heir, can give rise to certain difficulties because of the non-existence of the obligation to take an inventory of and evaluate the estate, the obligation of the heirs to file their claims and an excessively long time limit set for the waiver of inheritance. All this points at the necessity of amending the section dealing with the liability for debts, involving the introduction of liability for debts of the estate, determination of what they consist of and order in which they are to be settled. Such amendments should be followed by the introduction of new institutions and alteration of the existing ones with a view to facilitating and expediting the determination of the value of inherited property. In this way, the aspiration for directness in the acquisition of rights and performance of duties, set by the estate acquisition system *ipso jure*, could be materialised more easily.

Др Свето Пурић
ванредни професор Правног
факултета у Крагујевцу

ТРЖИШТЕ РАДА И СОЦИЈАЛНИ ПРОГРАМ ЗА ЗАПОСЛЕНЕ

КЉУЧНЕ РЕЧИ: тржиште
рада, запослени, социјални про-
грам

Класична школа економске мисли, у основним постулатима, између осталих тржишних категорија и интегралног тржишта третира и елементе радне снаге. И ако нису дали потпуну и целовиту теорију најамнина, ренти и профита Адам Смит и Давид Рикардо су разматрали поједина питања тржишта и радне снаге (висина њене цене, потражња за радом итд.). Као и свака друга роба и радна снага по њима има номиналну и стварну цену где се под овом првом подразумева количина новца коју радник добија за свој рад а под стварном ценом подразумева количину животних потреба и удобности које се за тај рад могу добити.

Истраживањем тржишних снага на тржишту рада Смит важност даје навикама, статусу, образовању, занимању итд. Интересовање је усмерено на постојање оних извора платних разлика који нису изједначавајући, приписујући их дејству факторима као што су ограничена конкуренција изазвана контролом уласка у одређену групу, вештачко повећање снабдевања изражено кроз новчану помоћ цене образовања и сметње изазване географском мобилношћу и мобилношћу занимања.

Следбеници Адама Смита формалишу Сејов закон тржишта, по коме не постоји проблем ефективне тражње. У таквим условима, када постоји проблем незапослености, борба за радно место изазива пад надница које са своје стране ново запошљавање чине уносним. Запосленост по том принципу расте све до нивоа пуне запослености, када повећање надница доводи послодавца у ситуацију да заустави запошљавање.

Малтус је већ установио да обим националне производње и његово повећање нису у складу и сразмери са растом уложеног рада. Опadaње производње у односу на површину земље и додатни рад представља основу за снижавање стопе реалне

најамнине, што захтева успостављање новог решења у равнотежи раста становништва и раста националне производње.

По Марксу је радна снага роба, као и свака друга, која се продаје на тржишту и чија је вредност одређена радним временом потребним за производњу робе која служи репродукцији радника и његове породице. Уз поменути елеменат вредности радне снаге као робе Маркс у анализу укључује и понуду и тражњу као факторе који одређују цену радне снаге на тржишту рада. Грађански економисти ће касније цену радне снаге заменити ценом рада. Мањкавост Марксове теорије по овом принципу је садржана у претпоставци услова пуне конкуренције, што је увек било далеко од стварности, јер је појава синдиката и корпорација оно што битно ограничава потпуну конкуренцију на тржишту радне снаге.

По Кејнзу је могуће успоставити макроекономску равнотежу и у условима незапослености радне снаге, односно условима неравнотеже на тржишту рада.

Падом надница, по њему, долази до обарања цена и трошкова производње, пад цена смањује количину новца у оптицају, а ова пад агрегатне тражње. Ту сада у повећању агрегатне тражње треба држава да нађе своје место.

У кенезијанском моделу радне снаге се осећа присуство нединамичког карактера, непостојање раста и промене квалитета радне снаге у времену. У овом случају је радна снага изједначена са потрошачем а власник радне снаге је функционално изједначен са примаоцима својинских доходака.

Неокласична концепција о граничној продуктивности радне снаге као фактора производње у основи је погодна за утврђивање цене радне снаге у савременим тржишним привредама. У конкуренцији са осталим факторима производње, са којима се она иначе неминовно јавља на тржишту (као капитал ангажује у производном процесу), радна снага учешћем у производном процесу добија надокнаду у облику цене рада. Не оспоравајући методолошку страну утврђивања цене радне снаге и опаску колико би тако утврђена цена имала места у бившим социјалистичким привредама, чињеница је да аутори ове концепције радну снагу везују искључиво за ефекте текућег производног процеса (а цели ефекти ван истог могу бити врло значајни¹ и не упуштају се у анализу специфичности радне снаге као робе (исте нису безначајне са становишта функционисања њене цене).

Тржиште рада је и комплексније и имперфектније од осталих тржишта (што је за субјективни фактор процеса производње, од кога зависи и организација и ниво развоја осталих фактора који у том процесу учествују, нормално и претпоставити). Независно од претходне опаске ово тржиште ипак има неке заједничке особине и законитости које су карактеристичне и за друга тржишта. На тржишту рада радници продају своје радно време (рад) и добијају противу-накнаду, надницу. Послодавца у том односу интересују продуктивна активност којом се долази до робе, користећи рад најчешће не по тржишним условима, већ често су то односи конфликта и сукоба. На страни тражње је већа или мања конкуренција послодавца, на страни понуде најчешће велика конкуренција радника, ствара такву ситуацију на тржишту рада за коју се може озбиљно поставити питање нивоа конкуренције који је ту присутан.

Опадање тражње за радном снагом и по том основу, пад надница не значи аутоматску преоријентацију радника на друге послове.¹ Учесници на овом тржишту често немају нити праве, нити пак благовремене информације о

њему и себи, а ако се тој чињеници дода и она да је просторна мобилност радне снаге врло слаба (уз све проблеме које сељење изазива), питање слободне понуде се још више компликује и усложњава.

Док смањење цена на тржишту роба подстиче тражњу за истом, а смањује њену понуду, у стварности на тржишту рада се дешавају неке друге појаве. Реалне наднице у случају чак и високе незапослености не падају тако брзо како би се на основу присутне понуде могло очекивати већ је тај процес значајније успорен. Бржем паду надница се супростављају сами радници организовани често у јаке синдикате.

Ово тржиште је имперфектније од осталих тржишта јер је на њему присутна појава да, уместо једне наднице за једну врсту рада, понуда и тражња на ограниченом тржишном амбијенту опредељују читаву структурну разичитост стопа надница.

Сегментираност тржишта рада је појава која опредељује, сама за себе, елеменат специфичности овога тржишта. Не постоји једно јединствено тржиште радне снаге (за сва занимања и све раднике) већ појединачна тржишта сопственом понудом и тражњом за радом. Организовани у синдикате радници одређених грана и занимања штите послове који су иначе боље плаћени од других и заштићени од наглих флукуација радне снаге (нагла отпуштања и приједи), која је карактеристична за нека друга предузећа.

Неки други послови (научници, уметници, одређене врсте заната, књиговође и др.) за које је неопходно посебно школовање, се обављају са радном снагом често организованом у тзв. струковне синдикат, који имају неку своју - посебну логику понуде. Дискриминација се може јављати и по другим основама (жене, црнци и др.), али свакако све то мења изглед перфектног тржишта радне снаге.

Губици изазвани незапосленошћу су увек двостраног карактера, они су губитак куповне моћи и погоршање економског и социјалног положаја незапосленог а истовремено додатни трошкови издатака за незапослене од стране државе, губици од ненаплаћених пореза и доприноса који се издвајају из прихода запослених (а ови то у случају незапослености нису), губици у производњи по овом основу итд.

Јула 1997. год. у друштвеном сектору СР Југославије било је 2.011.000 запослених, што је за 42.000 радника мање него је било у децембру прошле године, за 320.000 мање него пре пет година, а 700.000 мање него што је у Србији и Црној Гори било запослених почетком 1990. године. Број запослених у друштвеном сектору, у овом периоду, је просечно годишње опадао између 60 и 70.000 радника.

Током 1996. године у СРЈ је било 820.000 незапослених лица. Запосленост у највећем делу опада у привреди док ванпривредне делатности не ретко бележе и раст исте. Са 850.000 незапослених у овом тренутку и стопом незапослености од 26%, бележимо највећу незапосленост у Европи.

Када се свему овоме дода моменат прикривене незапослености која се цени на око 700.000 људи, добија се цифра од 1.500.000 стварно незапослених. Остаје да стварно запослених (добијена као разлика стварно запослених умањена за прикривену незапосленост) од око 1.400.000 раде за остале четири

-
- 1 Зар за исто није довољан пример један велики број радника Заставе у Крагујевцу, који на ивици егзистенције већ годинама чекају да њихов "слон" са стакленим ногама стане на исте а они у међувремену не чине ништа на преоријентацији.

петине становништва, укључујући ту јавну потрошњу. Такво стање на тржишту рада је и економски и социјално неодрживо.

Незапосленост - присутни проблем у великом делу света, није у већини случајева класичног карактера (проузрокована недовољном тражњом). Најчешће је то феномен изазван елементима структурне неусклађености, убрзаним утицајем у производњу па и неке услужне делатности нових технологија и техничког прогреса, фактор који у задње време јесте често средство за манипулацију у рукама партија и влада. Тако измењен карактер информација и са њом најчешће пратећом незапосленошћу неминовно тражи промену средстава, мера и инструмената у борби против поменутих појава.

Класичне мере кредитно-монетарне фискалне политике, па и њихова коректна комбинација, нису више гарант адекватног решења проблема који се све чешће јавља и све више у непрепознатљивом руху и облику. Поменуте мере кредитно-монетарне и фискалне политике, уз поштовање адекватног односа на линији производња - продуктивност - запосленост, са активном политиком на тржишту рада (адекватна квалификација али и ажурира пре-квалификација), политика расподеле у функцији активирање тражње, јесу и морају бити оквир у коме се живи а пре тога и са тим производи и запошљава незапослена и ангажује нова радна снага.

Социјалистичке привреде су покушавале да развију тржиште роба без постојања тржишта рада и тржишта капитала. Сматрало се да је тржиште рада инкомпатибилно са карактером друштвене својине, да радна снага не може у таквом систему производње бити роба и да њена куповина и продаја по том основу не може бити институционализована. Отуда је у нас могуће објаснити неразвијеност институција и инструмената тржишта рада.

Власничка трансформација и реструктурирање предузећа (за коју иначе, по моме мишљењу нису истински били спремни предлагачи а проценитељи исто тако од незнања до лоших намера распоређени) је момент који ће иначе овом великом проблему, у нашим условима за сада само помоћи да постане још већи. Позитивни ефекти који су се од исте очекивали, уз убрзавање свежег капитала који се највећим делом налази стварно у приватним рукама, нису дошли до изражаја. Уз помоћ проценитеља и незначителну провизују за неадекватну и неекономску процену, један део друштвеног капитала је прешао у приватне руке за мало новца. Изгубљен је из руку оних који њиме нису домаћински газдовали јер су га као туђу доживљавали, дошао је у руке оних који још мање знају шта би са њиме да раде, ако не да га продају а сувишни (дојучерашњи запослени) радници још мање знају шта да раде са њиме, а шта са "старим" и "новим газдом".

Тачку кључања овај проблем у нас достиже и достићи ће оног момента када, уз присуство поменутог броја незапослених и прикривено запослених, тржиште рада постане оптерећено радном снагом из предузећа, најчешће врло великих по броју запослених, где нови власник не жели (ни по броју нити по квалификацији) затечену радну снагу. Недостатак сопствене акумулације, несигурна и неадекватна политичка клима за значајни прилив иностраног капитала и сопствена немоћ и несигурност само су уље на ватру у процесу покушаја решења проблема.

Тамо где на време нема социјалног програма, који иначе мора бити у сагласности са производном могућношћу привреде, укључујући ту и исти програм и запослене и недовољно запослене као и незапослене, тамо се социјалом покушава решити оно што се истом ни случајно не може постићи.

Сит гладном није веровао, нити се на његов вапај одазивао, није га на време адекватно упустио, сада овај други покушава да отме оно што му је по природи ствари морало уз рад припасти. У таквим ситуацијама жртва пожара постају и газда и слуга, с тим што када он заврши (ако уопште објојица исти преживе) иду руку под руку да траже посао код неког новог газде. Па то је ваљда само доказ да се историја и у економији непрекидно понавља. Зашто баш код нас тако често и на исти начин просто?

Summary

LABOUR MARKET AND WELFARE PROGRAMME FOR THE EMPLOYED

The labour market was one of the categories that were analysed in the classical school of economic theory. The elements of the labour market were also treated in the scope of integral market. Starting from Smith who attached importance to habits, status, education, occupation, etc., to his followers who formulated the Say law of market and who claim that the problem of effective market demand is non existent; Malthus who found that the national output and its increase are not in keeping with and proportionate to the increase of the work done; Marx who takes labour force as a good whose value is determined by the time necessary for the production of the goods it is made of; Keynes who is of the opinion that it is possible to establish a balance also when the labour force is underemployed; and the neo-classical concept of marginal labour productivity as a factor of productivity, the labour market survived and is surviving various definitions and qualifications.

Although the labour market is more complex and interfective than other markets, it has a lot of characteristics and rules in common with them. While decreases in the price of goods on the market tend to raise the demand in goods and decrease the supply in them in reality, something different can be seen on the labour market. In addition, in case of high unemployment, real wages do not decrease as quickly as it could be expected on the basis of current supply (the process is slowed down because of the strong action of labour unions, market segmentation, etc.).

The attempt of the socialist economies to develop goods markets in the absence of labour and capital markets failed and resulted in an enormous number of unemployed people. When hidden unemployment is added to the registered one, the problem becomes a big one, showing itself in its true light and manifesting its gravity. Now, when it is more than clear that the labour market is and must be an integral part of the total market - the totality and integral parts of which have been the subject matter of continuous disputes - it is more than difficult and complicated for something which has been dying for a long time now to remain alive.

Др Рadoје Брковић
ванр. проф. Правног факултета у
Крагујевцу

ПРАВО НА ШТРАЈК

*КЉУЧНЕ РЕЧИ: штрајк,
право на штрајк*

Дефинисање штрајка

Право на штрајк, као једно од основних социјалних права човека и грађанина, појмовно се различито одређује у унутрашњем праву и на међународном плану. Разлоге овоме треба тражити у специфичностима правних прописа сваке земље понаособ, тако да је и регулатива ове области у конкретном поретку засебна прича за себе. Основне елементе штрајка, циљеве, субјекте и средства која се користе за успешно завршавање штрајка одређује правни пропис, тако да је свако посебно правно позиционирање штрајка специфично, сагласно посебним условима којима се адаптира пропис у одређеној држави.

Свеукупност ових различитости ствара својеврстан мозаик, чију суштствену основу ипак чине нека од фундаменталних обележја, која и обезбеђују изградњу појма штрајка са јединственим смислом и значењем. У сваком случају, без обзира на аспект посматрања, сваки штрајк се схвата као: а) обустава рада, б) слобода и право на обуставу рада под, унапред утврђеним, условима, и в) као начин решавања спорова који се нису могли решити мирним методама.¹

Уставно одређење права на штрајк

Ово фундаментално социјално право у правни систем се инаугурише уставом, као највишим општим правним актом. Начин на који овај правни "врховник" прилази утврђивању права на штрајк може бити различит, што зависи од приступа сваког појединачног уставног текста. Сагледавањем конкретних решења овог проблема, уочавају се два основна начина

УДК: 331.109.32:34 (045)

регулисана штрајка у структури уставне систематике.

Прво, право на штрајк се непосредно утврђује уставном нормом препуштајући закону да га ближе регулише. Примери оваквог правног регулисања су устави Италије и Француске. Према Уставу Италије из 1948. године право на штрајк се одређује као право индивидуалног радника, као једног субјекта уговора о раду, а не као право његове организације, односно синдиката. Овакво концепирање права на штрајк потврђује се и у судској пракси Касационог суда.² И Устав Француске од 1958. године на, скоро исти, начин одређује право на штрајк, као и Устав Италије.

Друго, право на штрајк је посредно признато уставом као саставни део других уставом изричито предвиђених социјалних права и слобода. Тако, на пример, уставима СР Немачке, Грчке и неких других држава, право на штрајк је саставни део слободе удруживања³ или, право на штрајк је саставни део права радника на организовање, преговарање и колективну акцију, што је, на пример, регулисано Уставом Јапана.⁴

Овакво уставно одређивање права на штрајк намеће одговор на питање ко има право да организује штрајк, а ко има права да у њему учествује. Одговор на постављено питање је неопходан, јер слобода удруживања је у симбиози са правима на колективно преговарање и штрајком.

Анализом одређби, на пример, Устава Немачке, посебно чланова који се односе на слободу удруживања, на слободу развоја личности као појединца и на општу слободу развоја, морамо закључити да немачки уставотворац није имао намеру да изричито призна право на штрајк. Стога, чини нам се да се и поред више концепција о оправу на штрајк у радноправној и уставноправној теорији, да је најприхватљивији став да се право на штрајк заснива на мноштву уставних норми и начела које сачињавају саставни део "слободног социјалног демократског поретка" који неминовно посредно подразумева и право радника, односно њихових асоцијација на штрајк и право послодавца или њихових репрезентата на lock-out.⁵

Sui generis схватање права на штрајк

Специфичност права Велике Британије присутна је и у области једног права, кроз постојање *sui generis* схватања о праву на штрајк. Својственост поимања права на штрајк ове острвске земље последица је правне природе колективног уговора о раду. Наиме, по одредбама Закона о индустријским односима Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске од 1971. године, колективни споразум о раду, у принципу, није правно обавезни уговор, већ више представља "центлменски споразум" који се заснива на поштовању опште прихваћених обичаја, а да ли ће се извршити тај споразум зависи од економске моћи синдиката, односно послодавца. Даље, пошто нема правне норме која би регулисала слободу на штрајк безначајно је ко организује штрајк, да ли радник или синдикат, као што је бесмислена подела

2 Упореди, L. Betten, *The Right to Strike in Communitylaw*, Amsterdam, 1985, стр. 135-137.

3 M. Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Kluwer, 1987, стр. 305-307.

4 T.A. Hanami, *Labour Law and Industrial Relations in Japan*, Kluwer, 1987, стр. 49.

5 M. Weiss, , нав. дело, стр. 141-143.

штрајкова на допуштене или недопуштене, а што је итекако значајно због радноправних и грађанскоправних последица по штрајкаче. Значи, могли би закључити да и у Великој Британији постоје штрајкови, нарочито спонтани штрајкови, при чему није важно ко те штрајкове организује, ко у њима учествује, јер је класична подела колективних радних спорова на интересне и правне, доста релативизована, што све утиче и на последице штрајка.⁶

Право на штрајк у Југославији

Када говоримо о Југославији, морамо истаћи да у социјалистичкој Југославији, у дужем временском раздобљу, право на штрајк није регулисано иако је ратификован Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима од 1966. године. Члан 8. овог Пакта предвиђа право на штрајк, остављајући државама да, након ратификовања, националним законодавством то право регулишу. Наиме, сматрало се да у условима друштвене својине, као доминантног својинског облика, не постоје стварни разлози за настанак колективних радних спорова, те према томе није било ни потребе да се правно утемељи право на штрајк. Међутим, пракса је убрзо обеснажила ова научна и стручна предвиђања, јер је и у систему самоуправљања дошло до штрајкова и до штетних последица по раднике који су учествовали у обуставама процеса производње. Спорови који су настајали нису продукт закључивања, тумачења и примене колективних уговора, већ, пре свега, погрешне интерпретације важећих прописа о радним односима и самоуправном положају радника.⁷

После различитих схватања о томе да ли у наш правни систем треба, кроз нормативну процедуру, увести право на штрајк радника и његових струковних организација, амандманом бр. XXVIII на Устав СФРЈ из 1974. године, признаје се право на штрајк, с тим да се препушта федералном закону да развије садржину и суштину општег и посебног режима штрајка, односно закону републике - чланице федерације.

И Устав СР Југославије (чл. 57) прописује да запослени имају право на штрајк, ради заштите својих професионалних и економских интереса у складу са савезним законом, којим се право на штрајк може ограничити кад то захтевају природа делатности или јавни интерес. Међутим, у истом члану Устава СРЈ запосленима у државним органима право на штрајк је ускраћено.⁸ Али, за разлику од других држава, код којих постоји јасна дистинкција између јавних службеника који врше јавна овлашћења и јавних службеника који нису носиоци јавних овлашћења⁹ у позитивном праву Југославије прописи којима се регулише право на штрајк не одвајају се ове две категорије

6 O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, Лондон, 1983, стр. 300, 301, 309 и 310, Б. Кошутић и Д. Митровић, нав. дело, стр. 190.

7 Више, П. Јовановић, Колективни спорови у нашем праву, Радни односи и самоуправљање, бр. 4-91.

8 Уставом СРЈ (чл. 57. ст. 3.) и Законом о штрајку (Сл. лист СРЈ, бр. 29-96), чл. 18. ст. 1. прописана је забрана прибегавања штрајку запосленима у државним органима, професионалним припадницима војске и полиције.

9 У упоредном радном праву првој категорији службеника забрањује се прибегавање штрајку, док се другој категорији углавном не ограничава право на штрајк.

јавних службеника, већ забрањују штрајк свим запосленима (јавним службеницима) у државним органима.

У упоредном и међународном радном праву за запослене којима се, из разлога који су законом одређени, ускраћује право на штрајк, предвиђају се одређене компензације које се најчешће састоје у специфичној и потпуној примени мирних метода у решавању колективних радних спорова. Но, у унутрашњем правном поретку Југославије, међународни радни правни стандарди и пракса из упоредног права нису уграђени, када је реч о компензацији због непризнавања права на штрајк. Стога, сматрамо да је неопходно да се у Закону о штрајку и у Закону о јавним предузећима, уведу и стандарди који постоје у иоле тржишно оријентисаним државама.

Из наведеног можемо констатовати да је у Југославији учињен напредак у односу на претходно раздобље у коме се штрајк у почетку није смео ни поменути, док се касније, због постојања правног вакуума, када је реч о праву на штрајк, о томе ко га организује и под којим условима, могло само нагађати. Тај напредак се огледа и у уставним гаранцијама права на штрајк. Са доношењем савезног Закона о штрајку и Закона о штрајку у Републици Србији, у Југославији отпочиње регулisaње права на штрајк, на начин којим се извесно уважавају међународни и упоредни радиоправни стандарди, па се основано може очекивати да ће се концепт права на штрајк, као и ограничење овог права у блиској будућности конзистентније регулисати. Посебно се мора прецизно одредити ко има право да организује и учествује у штрајку, односно какав је однос запослених и синдиката у погледу организовања и учествовања у штрајку.

Наиме, највише неспоразума има код одређивања организатора штрајка. О овом питању постоји више схватања, која ће остати ван овог рада, јер превазилазе његове оквире. Право организовања штрајка може припасти или радницима или синдикату. Од одговора на питање организатора штрајка, зависи и правни концепт права на штрајк. У великом броју тржишно развијених држава (СР Немачка, Грчка, САД, Јапан, Канада, Шведска) право на организовање штрајка припада синдикату, а право на учешће у штрајку припада запосленима у предузећу.

У СР Југославији запослени слободно одлучују да ли ће учествовати у штрајку.¹⁰ Из наведене одредбе може се закључити да синдикат нема привилегију да организује штрајк, за разлику од већине држава где синдикат има монопол организовања штрајка. Односно, савезни Закон о штрајку искључио је монопол синдиката да организује штрајк. Због чега је изнето схватање значајно? Због тога што је наведеним Законом о штрајку питање организовања штрајка нејасно одређено. Наиме, запослени у предузећу (код послодавца) или у делу предузећа или код физичког лица које обавља привредну или неку другу делатност, имају право да организују и да учествују у штрајку. А то даље значи да радници, и без ангажовања синдиката,

10 То произилази из чл. 1. ст. 2. савезног Закона о штрајку. Занимљиво је да се овим Законом под штрајком подразумева "прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада". Зашто је занимљиво? Забог тога, што је најтеже да се дефинише један институт јер дефиниција носи све ризике. Иначе, у упоредном законодавству избегава дефинисање права на штрајк, како из теоријских, тако и из практичних разлога. Више о томе, Б. Кошутић, Д. Митровић, нав. дело, стр. 229.

сами - спонтано, могу организовати штрајк под претпоставком да се испуне услови који се траже савезним Законом о штрајку. Значи, уз испуњавање ових законских услова не би се за спонтани штрајк радника, без учешћа синдиката, могло рећи да је "дивљи" штрајк, онда би то за раднике имало непожељне последице, укључујући и отказ уговора о раду.

Међутим, организовање штрајка на нивоу вишем од предузећа, нпр. организовање гранског или генералног штрајка, припада само синдикату.¹¹ Значи, код организовања ових штрајкова, привилегује се синдикат. Односно, монопол организовања ових штрајкова, сходно одредбама савезног Закона о штрајку, припада синдикату.

Шта се може закључити о праву на штрајк у југословенским условима? Устав СРЈ запосленима гарантује право на штрајк. Из наведене уставне одредбе, чини нам се да гарантовање права на штрајк, значи право запослених да не само штрајкују већ и да организују штрајк. А то је, ипак, фундаментално право, или како неки правни теоретичари тврде, природно колективно право.¹² Да је то тако, произилази и из схватања слободе синдикалног удруживања. Наиме, зашто постоји слобода синдикалног удруживања? Вероватно због тога да би се подстакло право на колективно преговарање и да би се настали колективни радни спор решио. А колективни радни спор може се решити пошто се претходно исцрпи све мирне методе, и путем принуде, односно организовањем штрајка. Но, врло је важно да се штрајк организовано води. Јер, то је интерес не само запослених, већ и интерес власника капитала. Ефикасно остварење крајњег циља - решења колективног спора, тј. брзо окончање штрајка води задовољењу, у већој или мањој мери и једне и друге стране у спору.

Врсте штрајкова

У теорији и пракси постоје разни облици штрајкова, у зависности од тога шта се узима као критеријум класификације. Подела штрајкова врши се на основу следећих параметара: циљ штрајка, начин организовања, предмет штрајка, средства која се користе у штрајку, степен обухваћености - бројности, и др.¹³

Историјски посматрано, најпре је настала подела штрајкова на допуштене и недопуштене. Ова подела је дуго времена била присутна због тога што послодавци и њихове организације (у неким државама и власт) нису хтели да признају радницима ни слободу, ни право на штрајк. У југословенској историји индустријских односа као најзначајнија класификација штрајкова је она која штрајкове дели у две велике групе: професионални или економски штрајкови, и политички штрајкови. Прва група штрајкова има за циљ побољшање услова рада и већи обим коришћења права из радног односа, и то су углавном допуштени штрајкови. Друга група штрајкова по својим обележјима, одступа од концепције слободе и права на штрајк. То су такве обуставе рада које имају одлике штрајка, али се по циљевима не могу третирати као штрајк, јер су мотиви штрајкача политичке

11 Чл. 3. ст. 2. и 3. савезног Закона о штрајку.

12 А. Балтић, М. Деспотовић, Основи Радног права Југославије, Београд, 1978., стр. 323.

13 Исто, стр. 323.

природе. У новијој историји и у Југославији је било доста обустава рада са политичком конотацијом. Принципијелно, у капиталистичким системима ови штрајкови су недопуштени.¹⁴

Међутим, у појединим државама политички штрајкови се неће сматрати недопуштеним посебно ако организатори штрајка траже од јавне власти да преко законодавне иницијативе испуни одређене професионалне циљеве. Такви политички штрајкови и од стране судске праксе нису сматрани као недопуштени.¹⁵

Полазећи од правних последица које штрајк има по запослене и посебно од њихових утицаја на трајање радног односа, као и на друга права из радног односа, чини нам се да је веома значајна подела штрајкова на законите или легитимне штрајкове и на незаконите или нелегитимне штрајкове.

У упоредном праву већ су се утемељила четири услова који су битни да би један штрајк могао бити законит: први, штрајк мора да води или да покрене, односно да га преузме синдикат, други, штрајк се мора односити на споран предмет, односно, предмет штрајка је питање које се садржи у колективном уговору о раду, трећи, да субјекти колективног уговора о раду нису могли мирним методама да реше предмет колективног радног спора, него се приступа принудним методама, и четврти, штрајк је усмерен против одређеног послодавца.¹⁶

На основу изнетих схватања, законити штрајк је штрајк који је покренуо синдикат, односно штрајк који је спонтано покренут од групе радника, а који је синдикат накнадно признао и прихватио његово важење чији је предмет везан за колективни уговор о раду и штрајк је усмерен против одређеног послодавца с којим се мирним путем није могао постићи споразум.

У СР Југославији, Законом о штрајку дати су критеријуми помоћу којих се могу извести поделе штрајкова.

Према начину извршења, штрајкови се могу поделити на штрајк упозорења и штрајк у правом смислу. Штрајком упозорења се жели скренути пажња послодавцу на озбиљност захтева запослених, односно синдиката, а који се односе на висину плате, неисплаћени регрес, не обезбеђени услови за заштиту од повреда и непосредно предстојећих несрећа на раду или на друга професионална питања. О намери да се прибегне овом штрајку, унапред се обавештава послодавац. Ови штрајкови трају кратко (један сат, а највише један дан). Чланом 2. ст. 3. савезног Закона о штрајку прописано је да штрајк упозорења траје најдуже један сат. Ако се овим штрајком постигне циљ, нема потребе да се организује штрајк у правом смислу.

У зависности од нивоа на коме се штрајк организује, према Закону о штрајку постоји штрајк код послодавца, штрајк у грани, делатности и генерални штрајк. Код нас, за разлику од међународних радноправних стандарда, ова подела је извршена с обзиром ко има право да организује штрајк (радници или синдикат).

14 Ж. Кулић, Радни спор, Београд, 1996, стр. 17.

15 У том смислу су и одлуке Уставног суда Италије и Касационог суда Француске. Више о томе: К. Ferrati, *Der politische Streik in der italienshen Rechtsordnung*, RDA, 1977, стр. 152, В. Јовановић, *Право на штрајк у Југославији*, Радни односи и самоуправљање, бр. 5-89.

16 Б. Лубарда, *Колективни уговори о раду*, Београд, 1990, стр. 158.

Најзад, штрајкови се могу делити, у зависности од места окупљања на штрајк са окупацијом фабрике и на неорганизовани, спонтани штрајк. Према чл. 5. ст. 3. Закона о штрајку, место окупљања запослених не може бити ван пословног радног простора запослених који ступају у штрајк.

Осим наведених подела, у Југославији постоје "обични штрајкови" и штрајкови који се организују у делатностима од јавног интереса и у делатностима које су због процеса рада изузетно значајне (хемијска индустрија, индустрија челика, црна и обојена металургија) - чл. 9. Закона о штрајку.

Правне последице штрајка

Чини нам се да је, од свих подела штрајкова, најбитнија подела на законите (легитимне) и незаконите (нелегитимне), и то управо због последица које настају због учешћа запослених у штрајку. Последице се односе на уговор о раду, посебно на његово постојање, односно на остваривање права из радног односа, ако се примени институт суспензије уговора о раду или ако се поједине одредбе овог уговора, привремено не примењују.

Учествовање у законитом штрајку не представља повреду одредаба уговора о раду, већ представља остваривање права које је признато Уставом и Законом.¹⁷ Таква ће ситуација бити са уговором о раду на неодређено време. Међутим, ако је уговор о раду закључен на неодређено време, ту се примењују посебна правила. Наиме, уговор о раду се може закључити и на одређено време у случајевима предвиђеним законом, колективним уговором и општим актом послодавца. Стога, на трајање уговора неће бити од значаја чињеница да је он за време законитог штрајка привремено био суспендован, већ ће уговор о раду престати у року који је њиме одређен без обзира колико је времена трајало учешће радника у законитом штрајку.

Али, ако се ради о незаконитом штрајку, судбина радног односа је крајње неизвесна. Постоје схватања по коме учешће у незаконитом штрајку представља повреду радног реда и то аутоматски значи право послодавца да да отказ раднику, и то доводи до раскида радног односа. Чини нам се да је прихватање схватања по коме се не примењује аутоматски отказ, већ треба у колективном уговору предвидети да послодавац сам одлучи да ли ће са радником који је учествовао у незаконитом штрајку, раскинути уговор о раду.¹⁸

Основни принцип који се примењује свуда у свету јесте да "без рада нема ни зараде".¹⁹ Запослени нема право на зараду због тога што не постоји правни основ по коме би послодавац био у обавези да обезбеди зараду, јер није испуњена обавеза да се ради, а која је предмет уговора о раду. Пошто запослени није радио, не може ни потраживати да му се исплати нешто што није својим радним ангажовањем створио. Но, актима синдиката може се

17 П. Јовановић, Радно право, Нови Сад, 1993, стр. 316.

18 Б. Лубарда, Колективни уговори о раду, Београд, 1990, стр. 160; Међутим, чл. 14. савезног Закона о штрајку је прописао да запослени који су учествовали у незаконитом штрајку губе не само право на зараду, већ и друга основна права из радног односа.

19 J. Rivero, J. Savatier, Droit Dutrayail, Paris, 1986, стр. 396-397.

предвидети да се штрајкачима може давати помоћ, која се исплаћује из посебних фондова.

У правној теорији, а све више и у пракси, поставља се питање може ли се отказати уговор о раду запосленом и за време док траје законит штрајк. Мишљења су подељена. Сматрамо да се може отказати уговор о раду запосленом који учествује у законитом штрајку, али разлог отказа уговора о раду није учешће радника у штрајку, већ разлог који је наведен у колективном уговору о раду или општем акту послодавца.

Нарочито је спорно питање да ли послодавац за време трајања законитог штрајка на радно место штрајкача може запошљавати друге, који хоће да раде? Одговор теорије се разликује, па чак директно супроставља. У нашем праву, према једном схватању, послодавац не би могао примати друга лица (штрајк-брехере) на радна места штрајкача, ако се ради о законитом штрајку.²⁰

У пракси се појављују и спорови о дужини годишњег одмора радника који су учествовали у штрајку, без обзира о којој је врсти штрајка реч. Знамо да се према међународним радноправним нормама дужина годишњег одмора одређује сразмерно ефективно проведеним данима на раду. На исти начин се одређује и накнада за годишњи одмор. Стога, дани када се штрајковало нису радни дани и не могу утицати на одређивање дужине годишњег одмора. Међутим, у неким земљама ако је штрајк трајао краће време онда се занемарује то време и оно се рачуна као чињеница за одређивање права на годишњи одмор. Нарочито је спорно шта ће бити са штрајкачима ако се откаже уговор о раду, а нису искористили годишњи одмор. Сматрамо да треба применити институт стечених права, јер оно што је стечено до момента отпочињања штрајка, па макар он био и "дивљи", не може се оспорити.

У погледу социјалног осигурања, у већини држава несрећа на раду и професионално обољење се не признају радницима који учествују у штрајку, нити се од послодавца може тражити накнада стварне штете и измакле добити. Но, на пример, у Белгији и Холандији ово се право признаје, ало под условима које пропише послодавац.

У Југославији, према чл. 13. савезног Закона о штрајку, учешће у законитом штрајку не представља повреду радне обавезе, није основ за дисциплинску и материјалну одговорност, нити основ за престанак радног односа.

Надамо се да ће у блиској будућности последице штрајка по штрајкаче бити регулисане на начин и по мери међународних раноправних стандарда и да ће се применити добра искуства из правног поретка држава које тржишно привређују и где је заштита штрајкача регулисана уз пуно поштовање личности штрајкача, али и интереса послодавца, пре свега великих мултинационалних компанија.

20 Б. Коштућ, Д. Митровић, нав. дело, стр. 233. Међутим, анализом чл. 17. Закона о штрајку Србије, може се закључити да се на одређено време могу, под одређеним условима, запослити нови радници. Видети, Ж. Кулић, нав. дело, стр. 153.

Мр Ева Максимовић
асистент Правног факултета у
Крагујевцу

ПРИКАЗ:

”ПРАВНА СОЦИОЛОГИЈА”

ЖАН КАРБОНИЈЕ

Нови Сад 1992; 352 стр.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: правна
социологија

Књига француског социолога Жана Карбонијеа својеврстан је уџбеник релативно младе научне дисциплине, социологије права, и заслужује ширу пажњу у круговима правника и социолога. ”Правна социологија” коју укратко представљамо, без обзира на привидно оскудан садржај, могла би се с правом назвати минијатурном енциклопедијом социологије права. Значај Карбонијеве књиге је тим већи, што на тлу југословенске социолошкоправне науке, која још увек није пребродила фазу дефинитивног конституисања, представља праву малу револуцију. Читање те одлично преведене књиге од стране Мире Жиберне, прави је ужитак, не само с обзиром на њен садржај, већ и очаравајуће једноставан језик, пун досетљивих упоређења и израза, који од тог научног дела чине примамљиву и лако прихватљиву лектуру.

Жан Карбоније полази од претпоставке да правна социологија, будући да је правна дисциплина, се састоји из два дела: опште правне социологије и посебних - за сваку грану права - правних социологија. Аутор уопште не ставља знак питања иза чињенице, да је правна социологија део опште и стога, за разлику од неких других правника и социолога, наизменично са термином ”правна социологија” (уосталом то је и наслов читаве књиге) користи се термином ”социологија права”, чиме подвлачи њен карактер као једне од грана социологије. По Карбонијеу, социологија права је она грана опште социологије која за предмет проучавања има једну врсту друштвених појава, наиме правне појаве у свим њиховим видовима и аспектима. За правну социологију важно је и запажање да иако су све правне појаве истовремено и друштвене, јер право постоји само у друштву, обрнута тврдња није

тачна: све друштвене појаве нису истовремено и правне. Наиме, постоји и нешто, што јесте друштвено, а ипак нема правни карактер, као што је то случај са обичајима за које не важи критеријум правности.

Иако је овој младој научној дисциплини призната њена независност не може се заобићи чињеница да она и даље остаје у односима размене са општом социологијом из које је проистекла. Карбоније однос опште социологије са социологијом права упоређује са односом мајке и ћерке: бројни појмови и методи којима се правна социологија служи само су појмови опште социологије, на које она ставља правни акценат. Аутор подсећа, да је још Диркем саветовао социологе да добро проучавају правна правила, јер је у њима видео објективну могућност за откривање друштвених правила уопште. Социологија права има исту природу као и општа социологија, јер је она, како каже аутор, само "њена откинута грана". Насупрот томе, разлика између социологије права и догматског права много је битнија. Догматско право проучава правна правила "сама за себе", док се правна социологија труди да открије друштвене узроке који су их изазвали и друштвене последице које она производе. Између догматског права и социологије права постоји и разлика у углу посматрања, јер предмет, који догматско право посматра изнутра, правна социологија посматра споља. Карбоније ту разлику сликовито представља следећом алегоријом: "Ако је за догматичара право Бог, социолог пак намеће себи праксу методолошког атеизма".

Карбоније посебно истиче да социологија права остаје у тесној вези и са филозофијом из које се, уосталом, и издвојила још док је била "у утроби" опште социологије. Она остаје и у тесној међусобној вези с историјом права и компаративним правом, који истовремено представљају њене битне "помоћне" дисциплине. У одељку који је посвећен односу правне социологије с другим друштвеним наукама говори се о њеној вези са посебним гранама социологије, понајвише са социологијом религије и политичком социологијом. Социолози права, како каже аутор, "траже сарадњу са демографијом" јер од ње очекују већи број информација о значајном делу свог предмета. Због сличности између права и језика, као двају врста комуницирања, може се уочити и упадљива склоност ка формирању социолонгвистике.

Аутор уочава и неке потподеле права од којих су најбитније:

1. према категоријама права (социологија кривичних дела, кривичног права, социологија пореза и финансијског права, индустријска социологија и социологија радног места, социологија породице, социологија наследног права итд.),

2. према субјектима права (законодавна и судска социологија).

Што се тиче историјског развоја правне социологије, Карбоније пре свега полази од једне несумњиве чињенице: пошто је социологија права настала из опште социологије, јасан је закључак да она њој не може претходити. Као "претече правне социологије" аутор набраја оне који су створили још у античко доба осећај о релативности права у простору и времену. То су пре свега: Аристотел, Плутарх, Херодот, Тацит, Варон, Хераклит из Ефеса. Као претече социологије права у модерном добу Карбоније истиче Хобса, Спинозу, Паскала, а пре свега Монтескијеа, за чији "Дух закона" сматра да представља дело социолошкоправног карактера. Волтер је, по њему, значајан по социологију. Такође доктрина природног права као и покрети за и против кодификације могу се сматрати појавама социолошкоправног карактера.

Интересантно је да, иако је Огист Конт по многим био "алергичан на право", Карбоније ипак истиче да он, оснивајући општу социологију, у многоме је допринео развоју социологије права.

Након представљања визије права у француској и немачкој правној доктрини, аутор прелази на тему настанка правне социологије у XX веку. У класике те дисциплине убраја, осим Емила Диркема, представнике италијанске (Ломброзо и Фери) и француске (Гарл) криминологије. Карбоније дели мишљење многих да је оснивач правне социологије аустријски правник Еуген Ерлих, нарочито због наслова његовог главног дела ("Основи социологије права") и чувеног предговора том делу у коме истиче да: "Центар гравитације развитка права (...) не налази се ни у законодавству, ни у правној науци или судској пракси, већ у самом друштву". Теорија правног плурализма повезује два имена: Гурвича и Петржишког. Од представника немачке правне социологије Карбоније истиче Вебера и Гајдера, а у америчкој социолошкој јуриспруденцији посебно истиче име Паунда.

Општа идеја другог дела књиге је одређивање предмета правне социологије, а затим следи карактеристичан приступ методологији те дисциплине. Предмет правне социологије по Карбонијеу није право, већ правне појаве. Он их најпре класификује на "примарне и секундарне", а затим на "појаве с влашћу" и "појаве под влашћу", "појаве - институције" и "појаве - случајеви" као и на "спорне и неспорне појаве". Разматрајући појам правног плурализма, односно правних плурализама, Карбоније долази до открића потправних појава, у које убраја фолклорно право, Дечје право и вулгарно право. Значајан простор посвећен је и питању правне акултурације која подразумева свако калемљење једне културе на другу. Одељци посвећени акултурацији обилују примерима из даље и ближе прошлости о сусретању два правна система. Класификација метода правне социологије веома је интересантна и у многоме различита од уобичајених. Наиме, Карбоније разликује истраживање докумената (правних или неправних, анализа судске праксе или штампе, анализа књижевних текстова, иконографских докумената и квантитативна анализа докумената) и истраживање чињеница. Истраживање чињеница је облик истраживања који најбоље одговара позиву социолога. Аутор наглашава улогу три битна принципа метода правне социологије: правило објективности, правило материјалности и правило непристрасности.

Иако је право као друштвена појава веома корисно, Карбоније упозорава да из те чињенице не произилази да је и социолошка мисао о праву корисна. Да би била прихваћена у правном свету, социологија права мора оправдати функцију коју у њему врши. Та функција је двострука: научна и практична. Из тих функција произилазе и две врсте правне социологије: чиста правна социологија и примењена правна социологија. Научна, теоријска или спекулативна функција правне социологије је сама правна социологија. Практична функција правне социологије се састоји пре свега у вештини суђења и вештини прављења закона, а затим и у вансудској пракси. Практична социологија права је од велике помоћи уговорним странама и то како у прављењу, тако и функционисању уговора. Важно је и социолошко тумачење закона и других правних аката. Социологија права садржи у својим недрима и тзв, законодавну социологију. Та легислативна социологија има два вида: спољни, који се односи на саму садржину закона и унутрашњи, који представља законодавну социологију у правом смислу.

У социологији, као и о филозофском проблему законодавне социологије. супростављању права и чињеница.

"Правна социологија", коју смо укратко представили, оставља утисак вешто припремљеног уџбеника, који несумњиву повезаност права и социолошког знања објашњава са таквом лакоћом, да оспоравање те међузависности губи сваки смисао. Ствари, које су познате постају још јасније, а то што није у социолошкоправној науци лако уочљиво, након лектире "Правне социологије" много је лакше уочити. Аутор је био истрајајан у настојању да не само представи своје гледиште о месту, улози и карактеру социологије права у друштву, већ је и путем прегледа проблематике након сваког одељка ("Стање проблема") подстиче читаоце да књижи приступа крајње аналитички. Његов лак у речима, али дубоко студиозан у мислима, приступ, социолошкоправној проблематици учиниће је засигурно популарнијом међу широким масама читалаца, било да су нитима интересовања везани за право, било за социологију.