

А Н А Л И

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ТРОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ЈАНУАР - ЈУН

1962

Уређивачки одбор:

др. Милан Бартош (главни уредник), др. Мехмед Беговић,
др. Борислав Т. Благојевић (заменик главног уредника),
др. Драгаш Ђ. Денковић, др. Милан Деспотовић, др. Дра-
гољуб В. Димитријевић, др. Павле Димитријевић, др. Ана
Жилић-Јурин, др. Драгослав Јанковић, др. Божидар Јо-
вановић, Слободан К. Перовић (секретар), Милорад В. Си-
мић и др. Владан С. Станковић.

С А Д Р Ж А Ј

ЧЛАНЦИ

Др. Радомир Д. Лукић, професор Правног факултета у Београду: Савремени проблеми социологије морала — — — — —	1
Проф. др. Милан Бартош: Припреме за кодификацију међуна- родног уговорног права — — — — —	13
Др. Андрија Гамс, професор Правног факултета у Београду: Мо- гућност застаревања својинских тужби — — — — —	18
Др. Панта Марина, професор Правног факултета у Скопљу: О погрешном и непотпуно утврђеном чињеничном стању у кривичној пресуди — — — — —	27
Др. Стојан Цигој, професор Правног факултета у Љубљани: Питање ризика по женевским уговорима — — — — —	39
Др. Славољуб Поповић, професор Правно-економског факултета у Нишу: О супротном управном акту — — — — —	49
Др. Драгаш Ђ. Денковић, доцент Правног факултета у Бео- граду: Основ одговорности за штету коју грађанима про- узрокују јавни службеници — — — — —	58
Др. Стеван Врачар, доцент Правног факултета у Београду: Ме- тодолошки значај поставке о јединству државе и права — — — — —	66
Др. Милан Булајић, секретар Државног секретаријата иностра- них послова: Сукоб међудржавног уговора и закона у САД — — — — —	84
Др. Милица Стефановић-Златић, доцент Правног факултета у Београду: Положај оштећеног у кривичном поступку — — — — —	98

ПРИЛОЗИ

Вилјем О. Даглас, судија Врховног суда САД: Сиромашко право (<i>in forma pauperis</i>) у САД — — — — —	104
Др. Александар Христов, професор Правног факултета у Скопљу: Међусобни односи самосталних установа и њи- хових корисника — — — — —	108
Др. Милан Шаховић, научни сарадник Института за међуна- родну политику и привреду: Најновије тенденције у раду УН на кодификацији и прогресивном развоју међународ- ног права — — — — —	117
Др. Вида Чок, асистент Института за упоредно право у Бео- граду: Правни проблеми заштите од јонизујућих зракова — — — — —	124

СУДСКА ПРАКСА

Др. Живомир Ђорђевић, професор Правног факултета у Бео- граду: Одговорност за штету коју причини малолетно лице — — — — —	132
--	-----

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година X

Јануар—Јун 1962

Бр. 1—2

САВРЕМЕНИ ПРОБЛЕМИ СОЦИОЛОГИЈЕ МОРАЛА

I

1. Говорити с научног гледишта о моралу данас у нас тешко је. Најпре зато што морал није довољно научно проучен уопште, а пре свега с гледишта историјског материјализма.

Друштвене науке у социјалистичким земљама уопште су у великом заостајању иза техничког и привредног, као и општег друштвеног напретка, а исто тако и иза великог развоја природних наука. Међу свим друштвеним наукама, пак, најзаосталија је и најнеразвијенија управо наука о моралу. Па чак и у нас, где су друштвене науке, у поређењу с осталим социјалистичким земљама, релативно развијеније, наука о моралу је скоро сасвим необрађена. Овде ни најзначајнија претходна питања нису расправљена (на пример, питање да ли та наука треба да буде једна грана социологије или филозофије).

Зашто је то тако, тешко је укратко изложити и ми овде и нећемо улазити у то питање.

О моралу је тешко објективно научно говорити и зато што су у питањима морала, моралности и неморалности, људи и као појединци и као друштво веома непосредно и дубоко заинтересовани. Морални судови су различити, а говорити о моралу не дајући моралне судове, или, бар прегрћуто, па и несвесно, не полазећи од њих, скоро (и свакако) је немогуће. А страсне расправе око судова о вредности отежавају плодно решење о самој стварности.

2. То се може одмах показати на примеру самог овог нашег излагања о моралу, које треба да говори о савременим проблемима социологије морала као науке. Полазна тачка овог излагања јесте да су проблеми социологије морала у нас веома важни и актуелни управо зато што се наше друштво данас налази у својеврсној моралној кризи, што, у извесном смислу, пати од извесног недостатка морала. Тврдња о недостатку морала у неку руку изазива нагонски отпор. Јер, може ли уопште бити друштва без морала? Нема ли свако свој морал?

И заиста, ова тврдња може бити тачна само ако јој се тачно утврди смисао. Кад кажемо да нашем друштву у извесном смислу недостаје морал, онда тиме не мислимо на било који и какав морал већ на одређен морал, на социјалистички морал.

Ако пођемо од начелног става да постоје различити морали и да се ти морали разликују према друштвима у којима постоје и у којима се стварају, онда је несумњиво да социјалистичком друштву, коренито разли-

читом од других друштава, одговара и особен социјалистички морал, такође коренито различит од других морала. Међутим, приликом одређивања социјалистичког морала поставља се један основни проблем. Наиме, како одредити овај морал, методом испитивања стварности или методом нормативног прописивања? Ако се одлучимо за први метод, онда је ствар проста — треба једноставно испитати какав је стварно морал у савременом социјалистичком и посебно нашем друштву. Но, поставља се питање да ли је довољно да један морал стварно постоји у једном социјалистичком друштву па да се тврди да је то социјалистички морал. Изгледа да није. У том случају треба прибећи одређивању социјалистичког морала нормативним методом, па упоредити социјалистички морал одређен овим методом са стварним моралом социјалистичког друштва и онда одредити колико је овај стварни морал у складу с нормативно одређеним идеалним социјалистичким моралом.

Дакле, кад кажемо да нашем друштву недостаје у извесној мери социјалистички морал, ми у ствари примењујемо једну врсту нормативног метода. Њиме одређујемо појам социјалистичког морала, па упоређујемо стварни морал и утврђујемо да он не одговара у потпуности идеалном социјалистичком моралу и на основу тога и тврдимо да нам недостаје социјалистички морал.

Овакав поступак поставља питање да ли наука, а посебно социологија морала, може да примењује овакав нормативан метод. Не излази ли се тиме из области науке и не прелази ли се у област непосредне друштвене делатности? На ово питање ћемо мало касније одговорити.

3. Битно је, међутим, схватити да наука, а посебно социологија морала, у извесним периодима развоја друштва и науке, нужно наилази на проблем морала и не може га заобићи. Она данас у нас мора да се позабави овим проблемом управо из практичних разлога, из разлога постојања поменути моралне кризе, да би, колико је могуће то за науку, помогла њеном решавању. Да то није први случај у коме се социологија занима моралом у практичне сврхе, доказаћемо навођењем једног другог врло познатог примера. Један од оснивача савремене социологије и једно од највећих имена у историји социологије, Диркем (Durkheim), цео свој напор заснивања своје познате социолошке школе започео је управо под притиском моралног проблема. Француско друштво, засновано на лаичком погледу на свет буржоазије, одмах после револуције суочило се с проблемом стварања тзв. лаичког морала, који би био ослобођен теолошког, религијског темеља. Осећало се да се овим ослобађањем, које је у основи било позитивно, умногоме изгубила извесна снага старог морала, коју нови, световни морал никако није могао наћи. Диркем је хтео да овај проблем реши науком, социологијом, да пронађе нов чврст темељ моралној обавези људске савести. Његово дело је остало недовршено, његов напор није уродио плодом, али је тачно да је он у извесној мери допринео решењу овог проблема.

Наша социологија се налази пред сличним задатком. Несумњиво смо далеко од наивне вере да је довољно извести револуцију у друштвеној основи и политичко-правној надградњи па мирно чекати да се целокупна

остала друштвена надградња промени сама од себе у потпуном складу с новом друштвеном и политичком својом основом. Аутоматска промена надградње, без активног делања људи, заиста би била дивна ствар, само кад би била могућа! На жалост, чак и кад би била могућа, на њу би требало дуго чекати да се то ни у ком случају не исплати. Мора се, дакле, тежити да се открију услови настанка одговарајућег морала и да се открије да ли и колико људи својом свесном делатношћу могу у томе нешто допринети. А то је управо основни задатак наше социологије морала данас.

Нови социјалистички морал у нас није развијен у довољној мери, у нас постоје знатни остаци старог, превазиђеног, али још живог морала, који се само условно може назвати буржоаским, а који је, у ствари, у основи ситнобуржоаски, јер ми правог буржоаског морала нисмо ни имали или смо га имали у веома малој мери. Изгледа да је јасно да изградња новог морала увек у већој или мањој мери заостаје за одговарајућом друштвеном основом. И ако француско буржоаско друштво није успело (по мишљењу Диркема) да стотину година после револуције изгради нов буржоаски морал, онда је јасно да се не треба чудити што ни ми то нисмо успели за ових петнаестак година после наше, социјалистичке револуције.

4. Сукоб између старог, ситнобуржоаског, ситносопственичког морала и нових социјалистичких друштвених односа, који захтевају и нов морал, огледа се у нас на свим странама и лако је наћи бројне примере. Навешћемо само један. Узмимо однос према друштвеној својини у поређењу с односом према приватној својини и морални положај оних који нападају на ове две врсте својине. Ако неко, на пример, украде приватну својину, маколико она била економски безначајна, ако, дакле, украде и ствар најмање вредности из области те својине, ситносопственички морал нашег друштва, који је још увек веома жилав, строго морално осуђује такво лице. Оно трпи строге моралне санкције, изложено је моралном презиру, с њим се прекида друштвени саобраћај, итд. Ове санкције су толико јаке да су и јаче од одговарајућих правних санкција и представљају веома ефикасну заштиту приватне својине. Међутим, ако неко украде нешто из општедруштвене својине, ма и ванредно велике вредности, ситносопственички морал га не осуђује. Напротив, он се чак с гледишта овог морала у извесној мери сматра позитивним човеком, јер је „вешто“ дошао до приватне својине. Такав се човек чак жали што мора да издржи правне санкције. Наравно да правне санкције у великој мери остају зато неефикасне, чак и кад се успе да оне буду примењене. А то доста често не успева, управо зато што нема моралне осуде оваквог чина те многи у друштвеној средини у којој се ово дешава и не осећају моралне побуде да се против оваквих поступака боре. А где друштвена средина не осећа такве побуде, ту државни апарат и правна санкција нужно остају неефикасни.

С друге стране, и ово је проблем за себе, државна политика, и особито политика правних санкција, заснивају се, напротив, на једној поставци која, како изгледа, социолошки није потпуно тачна. Оне полазе

од новог, социјалистичког морала и сматрају сваког члана нашег друштва, па и оног који напада друштвену својину, као морално биће, које се осећа обвезаним социјалистичким моралом. Стога је ова политика и прожета социјалистичким хуманизмом и вером у социјалистичког човека. Стога су санкције благе, а после издржане санкције оваквим људима се омогућује да наставе да раде у истим занимањима у којима су извршили прекршаје против друштвене својине, верујући да су се у том погледу поправили. Међутим, у много случајева се показује да овакве поставке не одговарају стварности. Ови људи стоје под утицајем ситносопственичког а не социјалистичког морала. Њих морал који носе не спречава да поново врше исте прекршаје. Отуд понављање ових прекршаја, па и по више пута.

Ово показује да је потребно изградити нов, социјалистички морал, који ће напад на друштвену својину сматрати исто онако тешким моралним неделом као што ситносопственички морал таквим сматра напад на ситну приватну сопственост. Овакав морал ће спречавати људе који га носе да сами не изврше такав напад, као што ће их и подстицати да се активно боре против таквих напада других људи. С друге стране, ово показује да државну политику, а пре свега политику правних санкција, треба прилагодити стварном стању ствари у овој области, тј. чињеници постојања великих заостатака старог морала.

Наша морална свест, дакле, очито заостаје за нашом правном свешћу. Али она заостаје чак и за нашом политичком свешћу. Јер, нападач на друштвену својину биће осуђен не само правно него и политички. Ово је веома важно уочити. С политичког гледишта све свесне присталице социјализма осудиће нападача на друштвену својину, јер такви напади успоравају изградњу социјализма. Али они га неће осудити морално, јер се нов, социјалистички морал још није довољно развио чак и у свесних присталица социјализма. Они политички, разумом, осуђују такав поступак као политичко недело, али га не осуђују (или га не осуђују довољно јако) као морално недело, јер морални ставови се разликују од политичких по неким особеним цртама и одређено политичко уверење не изазива аутоматски и одређено морално осећање и свест. Морал није само одређен разумом и састављен искључиво од разумских ставова, већ је он и појава која у себе укључује извесна осећања или, тачније, извесну посебну врсту психичких доживљаја које сачињавају особену моралну свест. Ова морална свест се, разуме се, развија у друштву, иако се не развија подједнако у свих људи. Једни су потпунија морална бића и имају развијенију моралну свест, други су непотпунија таква бића, а трећи су уопште лишени било какве моралне свести, нису уопште морална бића. Сама морална свест је у основи иста, иако је њена садржина, тј. морал, различита. У нас морална свест у знатној мери садржи стари морал.

Али ово нас управо наводи на питање задатака социологије морала данас у нас.

II

1. Социологија морала има бројне и важне задатке. У науци је одавно пречишћено питање њене оправданости као посебне научне дисциплине. Социологија морала изучава морал као друштвену појаву, што он несумњиво јест. Она се не меша у друге науке и дисциплине, које такође проучавају морал, као што су филозофија, психологија, антропологија, итд. Будући део социологије, она социолошки проучава морал, остављајући другима да га проучавају с других гледишта.

Треба истаћи да је социологија морала и у свету уопште недовољно развијена, па тим пре и у нас, као и да нека њена основна методолошка питања још нису расправљена. Основно такво питање јесте колико социологија морала може улазити у нормативно-вредносну његову страну, тј. колико она може да оцењује морал и да, на основу те оцене, предлаже какав би он требало да буде. Већина социолога који се баве овим питањем склона је да социологију морала схвати веома уско, тј. само као изучавање постојећег морала такав какав је, одбијајући јој способност да га цени и предлаже какав би требало да буде. О томе ћемо рећи нешто касније.

Није нам сврха да овде подробније улазимо у предмет, задатке и методе социологије морала уопште. Хоћемо само да истакнемо неке њене задатке који су данас у нас најактуелнији, и то и међу овима неке. Ти су задаци: одређивање појма морала и услова који га образују, утврђивање морала какав је он данас стварно у нас, утврђивање садржине социјалистичког морала и евентуалних мера које могу допринети његовом бржем образовању у нас.

2. Да би социологија морала могла прићи проучавању морала, она мора претходно да утврди шта је морал као посебна друштвена појава. У овом погледу је у социологији морала уопште и у нас учињено прилично мало. Није довољно проучена сва разноврсност разних друштвених норми, међу које спада и морал, ни његова особеност у односу на остале врсте норми. Отуд и веома велика разноврсност дефиниција морала у разних писаца. Примера ради навешћемо две такве дефиниције. Гурвич (Gurvitch) овако дефинише морал (*Traité de sociologie*, I, p. 144): „борба [...] против свих препрека које се супротстављају људском напору, како појединачном тако и колективном, као манифестацији достојној незаинтересованог одобравања“. Као што се види, Гурвич уопште не помиње да је морал једна врста друштвених норми, иако касније говори о моралним ставовима и држањима, што претпоставља да је морал норма. Један наш писац, В. Павићевић (*Увод у етику*, с. 12) даје овакву дефиницију морала: „Морал је човеково активно обликовање, усмеравање сопствених и туђих поступака и хтења те и њихово оцењивање као добрих и злих“. Мада ни овде није изрично речено да је морал једна врста друштвених норми, то је ипак видљиво, а касније се то изричито и каже.

Не мислимо да овде улазимо у подробно разматрање и евентуалну критику ових дефиниција, већ смо њиховим навођењем само хтели да укажемо на њихову различитост и на тежак задатак социологије морала.

да прецизно одреди предмет свог проучавања. По нашем мишљењу овај задатак се може решити на прилично прост начин тиме што ће се одредити једна што је више могуће описна дефиниција морала, којом ће се обухватити оно што је скоро опште прихваћено као морал, што се јасно одликује од свих других сличних појава. Дубље, аналитичке дефиниције морала, које би давале и неку врсту научног објашњења ове појаве, треба оставити за касније, кад се постигну извесни резултати у његовом проучавању. Ове дубље дефиниције ће се, разуме се, јако разликовати од научника до научника. У накнаду за то, оваква описна дефиниција, какву предлагемо, могла би, по нашем мишљењу, бити прихваћена од свих, јер она само систематизује неке чињенице које су, чини нам се, очигледне, које сви признају и од којих полазе у својим даљим истраживањима.

Полазна тачка ове дефиниције јест да је морал једна врста друштвених норми. Ту чињеницу нико не спори, иако је сви не стављају изрично у дефиницију морала, као што смо видели. У тражењу особених црта морала као једне врсте друштвених норми, мислимо да треба навести следеће такве црте:

1° Морална норма се ствара спонтано у неорганизованом друштву; њу не прописује никаква организација;

2° Морална норма се ствара у непосредном животном процесу људи у друштву, она је резултат доживљене праксе друштвеног живота, а не теоријска творевина после праксе или независно од ње;

3° У процесу непосредне праксе друштвеног живота моралне норме усвајају чланови друштва више или мање потпуно, тј. с више или мање личног одступања од њих, прилагођавања тих норми својој личности и положају у друштву, тако да никад не постоји потпуно слагање између друштвеног морала и личног, појединачног морала и, чак, уколико је личност јача, то неслагање је веће;

4° Морална норма одређује безусловну дужност, морално биће се осећа обвезаним да је врши зато што она постоји као таква, а не зато што њом хоће да оствари неки циљ који је ван ње — таква норма је само циљ а не средство;

5° Морална дужност није само дужност коју прописује разум; њу осећа цело људско биће, тако да постоји посебно, врло сложено осећање, морално осећање или чувство, у коме постоје рационални као и ирационални елементи;

6° Прекршај моралне норме изазива врло нелагодно унутрашње психичко стање — грижу савести, аутономну санкцију, која доводи до самопрезира и самогађења, до самоосуде прекршиоца као нечовека, недостојног бића у односу на праве људе (зато је можда најбоља наша реч за морал чојство), што може одвести и самоубиству. Кад друштво примени своју санкцију за морални прекршај, грижа савести се ублажава;

7° Друштвена санкција моралног прекршаја такође постоји и увек је везана за (или се своди на) моралну осуду, тј. за утврђивање да је неморални чин нечовечан чин;

8° Моралност се, дакле, сматра најистакнутијом и најособенијом људском особином, тако да није потпун човек онај ко нема никакав морал.

Према томе, морал се заснива на моралној свести или чувству. Да је неко морално обавезан на нешто или да је неко прекршио своју моралну дужност, то не треба доказивати нити се може доказом (рационално-дискурзивно) постићи циљ — то се непосредно осећа поменутим посебним моралним осећањем или чувством. Чини нам се да је лако утврдити постојање овог посебног моралног осећања (иако има људи којима оно недостаје — *moral insanity*) и осталих црта морала, које га врло јасно разликују од свих других врста друштвених норми, и да је могуће сложити се с једном оваквом дефиницијом морала која треба да буде полазна тачка у његовом испитивању.

Треба истаћи да одавде излази да је морал најефикаснија друштвена норма, пошто располаже најефикаснијом унутрашњом санкцијом, грижом савести, и пошто морално чувство чини да морално биће осећа моралну дужност као безусловну, као самоциљ.

2. Кад одреди појам морала, социологија морала мора да покуша одредити законитост његовог образовања и развоја, како би открила чиниоце који на ово утичу и евентуално могла помоћи образовању морала изазивањем ових чинилаца. Наравно да би увелико превазилазило оквире овог чланка кад бисмо покушали да ове законитости и везу између морала и разних чинилаца овде изнесемо ма и у најкраћим цртама. Назначићемо само оно што нам изгледа као најважније у овом погледу и што би могло служити као основна полазна претпоставка за социолошко испитивање морала.

Развијен морал, односно развијено морално осећање (чувство) човек несумњиво стиче у друштву и по томе је морал друштвена појава и долази у поље изучавања социологије. Моралу се човек учи у друштву делимично у самој животној друштвеној пракси, ступајући у односе с другим људима, а делимично васпитавањем и примером. Васпитавањем наслеђује оно што је друштво у тој области створило, животном праксом се осведочава у тачност тога и евентуално нешто томе додаје. Друштвени основ на коме почива морал је тесна међузависност људи у датом друштву, таква међузависност да они не могу опстати као људи ван дотичног друштва, те да, према томе, опстанак сваког члана друштва нужно претпоставља опстанак других чланова. Морал наређује такве дужности које су минималан услов за опстанак тог друштва и тиме и за опстанак сваког моралног бића као његовог појединог члана. Цео морал стога може да се сведе на једно основно правило: чини другом што желиш да други теби чини. Ово правило васпитањем и праксом (којима се морал образује) постаје тако дубоко усађено у моралном бићу да оно *непосредно* не само увиђа његову тачност него и осећа посебним моралним осећањем његову обавезност, без потребе да о њој рационално размишља и да наводи доказе да ту обавезност треба да осећа. Морално осећање непосредно делује исто као, на пример, што непосредно мислимо по правилима логике, не будући свесни да их примењујемо нити доказујући себи да треба да их применимо (а правила логике су такође резултат дугог друштвеног искуства које се на нас преноси васпитањем и непосредном праксом).

Човек се, дакле, не рађа као морално биће, као што се не рађа ни као логичко биће, него се образује као такво у друштву. Али морал толико улази у њега да чини битан део његове личности и да непосредно делује, а не тек преко размишљања о његовој неопходности и корисности, итд.

Уколико је друштво мање и у већој опасности, утолико је међузависност очигледнија и нужнија, а утолико је и морал, последица те међузависности као један од њених чинилаца, нужнији, па и јачи, чвршћи и јединственији. Уколико друштво не успе да створи одговарајући морал, оно нужно пропада услед тог неуспеха. (Морал је универзалан у том смислу што је неопходан у сваком друштву и такође што у свим, макако разноврсним друштвима постоје извесни заједнички, ма и минимални елементи морала, пошто и сва друштва имају извесне заједничке црте самим тим што су људска друштва. Али, истовремено, морали разних друштава се разликују међу собом, и утолико више уколико се више та друштва у другим областима разликују, а пре свега, разуме се, у области друштвене основе — материјалне производње.

3. Пошто морал има своју врло јасно одређену друштвену основу и функцију, то је социологији морала могуће да, на основу битних особина сваког појединог друштва, приближно одреди какав морал њему најбоље одговара. То је питање које је, како смо рекли, веома спорно, а истовремено основно за социологију морала, као и за свако научно проучавање морала уопште. Изгледа, на први поглед, да социологија и наука уопште не могу да одређују какав морал треба да буде, тј. да не могу прописивати морал (нормативна функција науке о моралу). Јер прописати један морал претпоставља одређивање вредности које тај морал треба да оствари и његову оцену с гледишта тих вредности, а ово, очигледно, не спада у науку.

Међутим, ако се дубље погледа, види се да овај први поглед вара. Јер, социологија као наука несумњиво може да утврди који су стварни циљеви, односно вредности које једно друштво поставља себи, који су чиниоци који ојачавају његову међузависност, итд., па да на основу тога одреди и који је морал томе друштву потребан. Јер, на крају крајева, и само друштво у свом спонтаном стварању морала поступа на исти начин. Оно поступно сазнаје какав му је морал потребан, па га тако и ствара, при чему, наравно, нема унапред одређеног јемства да ће створити баш заиста онакав морал какав му је стварно потребан. Ову функцију друштва, коју оно врши стихијски и недовољно свесно, наука може да изврши много успешније и брже, јер свесније и систематскије.

Дакле, социологија морала може сасвим успешно да одреди какав је морал одређеном друштву потребан. Но, не треба се заваравати да она може заменити друштво у стварању једног стварног, позитивног друштвеног морала. У томе је друштво незамењиво. Позитиван, ефикасан друштвени морал се може створити само у непосредној животној друштвеној пракси, а никако у научним кабинетима. Друштво, и то неорганизовано, тј. друштвена маса као таква, стваралац је морала. Наука, наравно, може допринети, више или мање, томе стварању, јер је и она

саставни део друштва, али главна улога у томе припада друштву као непосредном средишту стварне животне праксе у којој се појединци стапају у друштво и доживљавају међузависност и потребу морала.

Наша социологија морала треба и може, дакле, да одреди какав треба да буде социјалистички морал. Наравно, не у свим појединостима, па свакако и с погрешкама. Али ипак, у општој слици и у главним правцима је то несумњиво могуће. Она тиме ништа не прописује, већ само утврђује, а ово је задатак науке. Наиме, она само утврђује какав морал као средство одговара остварењу циљева, вредности, које не одређује она већ такође само утврђује да их је друштво поставило себи као циљеве. Тиме социологија морала не поставља судове о вредности, што није њен посао, већ судове о стварности (тј. о погодности одговарајућег средства за остварење датог циља), што јест њен посао.

Нема никакве сумње, као што смо и напоменули, да ће социолог који се бави овим питањем нужно бити под утицајем и својих сопствених судова о вредности, који ће, опет, бити одређени одговарајућим, претежно друштвеним условима. Но, овакав утицај је неизбежан, и уколико је социолог њега свеснији, утолико има више могућности да води о њему рачуна, да га сузбија и да покуша објективно утврдити истину, приближно онако како би учинио да није овог утицаја. Али је битно да је, с методолошког становишта гледано, начелно могуће научно утврдити какав је морал потребан једном одређеном друштву.

Социјалистички морал који тако утврди наука несумњиво мора бити друкчији од ранијег, буржоаског или ситнобуржоаског морала. Основна установа социјализма је несумњиво друштвена својина средстава за производњу, па је разумљиво да она мора бити и у средишту социјалистичког морала. Слобода и достојанство човека, изражени пре свега у друштвеном самоуправљању, такође су основно обележје социјализма, па морају заузимати исто тако истакнуто место и у његовом моралу. И тако даље. Међутим, пошто постоје заједнички елементи морала уопште, за сва друштва, као што смо рекли, то и социјалистички морал мора садржавати те елементе, као што ће он садржавати и извесне елементе који су се први пут појавили у буржоаском моралу, а који му одговарају. Социјалистички морал, дакле, не значи апсолутан прекид с ранијим моралом већ усавршавање овог морала и његово претварање у један виши морал.

4. Кад овако утврди садржину социјалистичког морала, ма и не потпуно прецизно, социологија морала би морала прићи озбиљном истраживању стварног морала у нас. Савременим строго научним методама она би утврдила какав је наш позитиван, стваран морал. У овом погледу озбиљних научних истраживања у нас нема, те ми о нашем моралу судимо само на основу сопствених нужно уских и непоузданих утисака. Социологија би морала утврдити тачну слику нашег морала у разним друштвеним срединама и ужим деловима нашег друштва. Она би исто тако морала утврдити и који су то узроци који овакав морал изазивају, односно законитост његовог стварања, постојања и промене.

Овај посао није нимало лак. Он је далеко тежи, а чини нам се и да није ни мање важан, ако није и важнији, од, рецимо, утврђивања наших народних обичаја, ношње, умотворина и других елемената нашег народног живота, којима је наука, међутим, и с правом, посветила веома велику пажњу. Морал је појава која је присно унутрашња, а често и потпуно скривена од света, коју људи не желе да испоље и открију. Треба применити врло танана средства и путеве да се ова појава открије, за што је потребан знатан број посебно оспособљених људи, као и знатна средства, итд. Надати се да се у нас може наћи и средстава и људи у ову сврху, на основу разумевања огромне важности коју морал има за опстанак и правилан развој нашег друштва. Наше установе које се баве социолошким истраживањем вероватно ће једног дана укључити у своје планове истраживање нашег морала, и то што пре, то боље.

5. Кад утврди какво је стварно стање нашег морала данас, социологија морала треба да упореди то стање с идеалним социјалистичким моралом који је утврдила и да тако открије несумњиво постојеће и знатне разлике међу њима. Ове разлике ће нам релативно поуздано тачно открити колико нам још преостаје на путу изграђивања новог, социјалистичког морала, као и тачно одређене области у којима је недостатак већи но у другим и на које треба обратити особиту пажњу.

6. Кад ово буде утврђено, социологија морала треба, најзад, да испуни и последњи међу поменутим својим задацима — да укаже на средства којима се, евентуално, може нешто помоћи да се што пре изиђе из неповољног стања, да се што пре створи одговарајући социјалистички морал. Ова средства ће она моћи одредити на основу општих законитости о образовању морала, као и законитости образовања нашег постојећег морала и оних о образовању социјалистичког морала. Нема сумње да ће знатан број чинилаца који стварају морал остати — бар за сада — ван домашаја утицаја људи на њих. Али је исто тако несумњиво да су извесни чиниоци подложни људском свесном и друштвено организованом утицају. Ако наука открије такве чиниоце и утврди начин на који се на њих може утицати, онда ће она допринети да се ови чиниоци подвргну одговарајућем утицају и да се тако убрза образовање новог морала, за којим имамо толику потребу.

Ако — бар за сада — и не буде могуће открити каква особито моћна средства у ову сврху, већ и само тачно научно објашњење друштвених основа и улоге морала и упознавање што ширих слојева с овим научним истинама може у знатној мери да допринесе изградњи новог морала.

Наравно да је овде немогуће рећи било шта подробније о чиниоцима који утичу на стварање новог морала, односно разарање старог. Раније смо већ рекли нешто само о најопштијем таквом чиниоцу — друштвеној међузависности. Ипак, поменућемо само још два чиниоца.

Још је Диркем тачно уочио да постоје епохе велике друштвене активности, велике друштвене згуснутости, кохезије, солидарности, интензивног прожимања појединачних свести у јединствену друштвену колективну свест, када друштво убрзано ствара своје највеће друштвене творевине. Маколико ова Диркемова мисао била прожета идеализмом и,

чак, спиритуализмом, као што је то показао Гурвић у својој критици, ипак је она у основи тачна и може се особито применити на доба друштвених револуција. Таква једна револуција је била и наша народноослободилачка борба и период непосредно после ње. Тада је знатан део народа или непосредно учествовао у борби или био тесно везан за њу, а међузависност и солидарност народа били су веома високи. У оваквом друштву и условима постављени су основи и нашег друштвеног и политичког уређења, па и нашег новог, социјалистичког морала. У то доба морал је био особито строг, чврст, а примери високог морала су били у правом смислу речи масовни.

Међутим, наступањем мира и доласком нових поколења, која нису непосредно проживела револуцију, услови стварања новог морала за ово ново и проширено друштво умногом су се изменили, а они који су очекивали да ће се нови морал лако усадити у свест овог новог, ширег друштва морали су бити разочарани. Чак се дешава да се неки од оних који су током револуције усвојили нов морал, под утицајем старог морала који живи и после револуције, у извесној мери поколебају и крше нов морал. Налазимо се, дакле, пред задатком да омогућимо, с једне стране, преношење делимично створеног новог морала у револуцији на нова поколења, а, с друге стране, да овај морал дограђујемо у новим условима на нов начин, у периоду релативног мира, у друштву које није више у онаквој ситуацији у каквој је било током револуције и које стога не осећа онако интензивно међузависност и солидарност.

Дејство револуције на пољу новог стварања морала је, дакле, нужно измењено дејством нових друштвених услова, па тачно проучавање ових међусобних утицаја може допринети бољем разумевању услова настанка новог морала и помоћи остварењу таквих услова који ће допринети да се нов морал брже створи.

Други чинилац на који скрећемо пажњу јесте индустријализација, урбанизација и уопште убрзана технизација нашег друштва, што нужно прати претварање земљорадничког сеоског и сељачког друштва у савремено индустријско градско и грађанско друштво. То је чинилац, који с једне стране, убрзава развој новог морала, јер разара, и то релативно врло брзо, стари морал. Али тај чинилац има и другу страну — он успорава развој новог, социјалистичког морала, па, у извесном смислу, делује и на повећање броја људи који уопште нису морална него су, просто, аморална бића. Ова негативна страна се особито запажа у развијеним индустријским земљама Запада.

Наиме, сувише технизирана и урбанизирана друштвена средина све више усамљује човека, који све више долази у додир с оруђима, стварима, а све мање с људима. Па и кад долази у додир с људима, ови односи нису више превасходно људски односи, тј. односи у којима људи иступају као посебне личности, него су у толикој мери типизирани, регулисани и технизирани да више личе на односе са стварима. Људи се у овим односима претварају у ствари, оруђа, и односи су утолико „савршенији“ уколико су они више оруђа а мање људи. Тако човек све мање живи у стварном друштву људи а све више у друштву ствари. Морал је, пак, нор-

ма о односима с људима, која може израсти само у интензивним таквим односима. Технизирана средина осиромашује морално биће, човека, доводи до закржљавања његове моралне свести и чини од њега аморално биће. То је један од важних узрока кризе морала у развијеним буржоаским земљама.

У нас овај узрок још увек не делује много јер ми нисмо толико индустријски и технички развијени. Али треба јасно истаћи да ова средина уопште не одговара човеку, а пре свега човеку као моралном бићу. Како социјализам управо тежи да омогући расцвет човека, то она још мање одговара социјализму. Уколико се она више развија, утолико мање социјализма, па и социјалистичког морала, коме је у средишту пажње човек, прави човек, а не оруђе.

Стога, ако хоћемо социјализам, социјалистички морал и социјалистичког човека, ми се морамо борити за отклањање овог услова који спречава остварење тих циљева. Развој индустријализације, урбанизације и технизација су нам потребни, али се њима самима не постиже ни социјализам ни социјалистички морал. Потребно је још да развијемо одговарајуће односе између људи као људи, као личности, као другова у изградњи бољег, човечнијег друштва. Социјализам није само техника, ни пре свега техника, него је људски однос између развијених и моралних људи. Треба, дакле, развијати такву друштвену организацију која ће уклањати рђаве стране материјалног напретка.

На примру ова два чиниоца се може видети како је нужно изучавати дејство разних чинилаца на стварање новог социјалистичког морала и како социологија морала може у том правцу много учинити.

Указаћемо још поново на дејство једног чиниоца који смо већ поменули. То је васпитање. Њиме се, с једне стране, преноси морално наслеђе, а, с друге, образује нов морал. Морално васпитање у нас — како у школама тако и ван њих — скоро да не постоји као свесно организована друштвена делатност. Наука није испитала методе овог васпитања. На социологији морала је да — заједно с педагогијом, психологијом и другим наукама — ово учини и предложи најбољи начин за спровођење таквог васпитања. При том треба мислити смело и тражити нове методе. Нека врста експеримената би се, чини нам се, овде могла применити без великих тешкоћа. Васпитаници би били стављени у такве друштвене ситуације у којима би очигледно било показано како се ствара одговарајући морал и какву он улогу врши. Такве ситуације би знатно допринеле стварању новог морала.

*

Тако нам се чини да социологија морала данас у нас има веома важне и хитне задатке на пољу своје делатности. Успешно испуњавање ових задатака друштво треба у највећој могућој мери да помогне, ради своје сопствене користи. Социологија морала, као и социологија уопште, треба што више да се развију да би ове задатке могле испунити. Наша је сврха била да у овом чланку покажемо, ма и у најкраћим цртама, који су ти задаци, као и да постоји начелна могућност да они буду успешно решени.

Др. Рад. Д. Лукић

ПРИПРЕМЕ ЗА КОДИФИКАЦИЈУ МЕЂУНАРОДНОГ
УГОВОРНОГ ПРАВА

На свом заседању за 1962 годину Комисија ОУН за међународно право претежни део свог времена употребила је на припрему предлога Конвенције о уговорном праву. По замисли Комисије и Генералне скупштине ОУН ова Конвенција треба да буде нека врста уставног прописа о томе како се склапају међународни уговори. Она се ограничава само на уводне одредбе, посвећујући своја правила: способности за уговарање међународних субјеката, овлашћењу за преговарање, склапању уговора, утврђивању аутентичног текста, потписивању, ратификацији, приступању, одобрењу и прихватању уговора, одређивању странака учесника у уговору, праву странака на приступање уговору, правним последицама потписивања уговора, постављању резерви на уговорне текстове, примени и повлачењу резерви, правилима о ступању уговора на снагу, питању регистрација и објављивања уговора, исправци грешака које би се појавиле у текстовима уговора или у несагласности језичних верзија и функцијама депозитара уговора. То значи, ова уводна Конвенција о уговорном праву посвећена је проблемима склапања уговора и проширењу обима уговорних странака и почетном дејству. Рачуна се да ће питање извршења уговора и питање о окончању уговорне снаге бити предмет будућа два пројекта, тако да се кодификација међународног уговорног права уводи у живот по етапама.

У овом прилогу задржаћемо се само на неколико основних услова уговорног права које су изазвале веће тешкоће и несагласности између чланова Комисије. У том погледу сматрамо за дужност да подвучемо следеће: способност субјеката међународног права да склапају међународне уговоре. Дискутовало се да ли је то прерогатива држава или и других субјеката међународног права. После кратких дискусија одлучено је да данашњи степен развоја међународног права не сматра да право на закључење међународног уговора припада једино државама. Признало се да постоје и други субјекти међународног права који имају уговорну способност. Али је била велика подвојеност између чланова Комисије око тога који све субјекти долазе у обзир. Зато је већина Комисије одлучила да се не набрајају појединачно поједине врсте тих субјеката. Једино је признато да међународне организације неоспорно имају способност за закључивање уговора и то како између себе тако и са другим субјектима, нарочито државама.

Велика је била дискусија о *уговорној способности држава-чланица* сложених држава. Дошло се до компромисног становишта да сложеној држави несумњиво припада способност за закључење уговора док је питање држава-чланица постављено као зависно од савезног устава, односно уставног акта којим је створена сложена држава. Ово компромисно мишљење је усвојено с обзиром на данашњу развијену праксу да се код неких федерација признаје право држава-чланица да склапају уговоре са државама изван те исте сложене државе, али да није и правило да се та способност увек односи на сваку материју. С друге стране, постоји низ

федералних држава које не признају својим чланицама право на склапање међународног уговора већ га задржавају само за федерацију. Тако је у овом случају победила теза да се комбинује опште правило међународног права да државе-чланице могу имати способност за склапање међународног уговора и правило да конституциони акти федерације одређују границе коришћења те могућности. Значи, међународно право се није прогласило искључиво надлежним да питање реши већ је усвојило могућност комбиновања прописа међународног и уставног права.

Много теже је било питање одређивања способности међународних организација да закључују међународне уговоре. Компромисна формула објаснила је да то зависи од уставног прописа саме организације. У томе су сви сагласни. Али, остало је оштро отворено питање да ли су све државе дужне да признају ову способност за уговарање или то везује само оне државе које признају постојање и статут организације у питању. Пошто се на томе није могла добити сагласност, остало је питање нерешено. Велики број чланова Комисије су бранили становиште да ова способност не дејствује *erga omnes*.

Појам међународног уговора је дискутован у светлости праксе ОУН, тј. да није важно како се назива један уговор (уговор, конвенција, протокол, споразум, повеља, статут, акт, декларација, конкордат, измена нота или писама, записник о сагласности, меморандум о споразуму, *modus vivendi*, итд.) већ да је важно да је реч о сагласности воља која је писмено констатована. Комисија је оставила јуриспруденцији да реши да ли и усмено постигнути међународни уговори имају правну важност, али је нагласила да је то ван правила ове Конвенције.

Питање овлашћења на преговарање, склапање, утврђивање текста, потписивање, ратификовање, приступање, одобравање или акцептацију уговора, Комисија је углавном поделила на разне фазе ових аката.

Полазећи од Пословника Генералне скупштине ОУН Комисија је признала да шефовима држава, шефовима влада и министрима спољних послова није потребно да докажу да су овлашћени на преговарање, склапање, утврђивање текста или потписивање уговора у име својих држава. Ту је постојала општа сагласност.

Међутим, спор је био да ли шефови дипломатских мисија и сталних мисија при међународним организацијама морају имати пуномоћство за склапање уговора. Стало се на гледиште да они могу без посебних овлашћења склапати ове уговоре са државама и организацијама код којих су акредитовани.

Сви остали пуномоћници морају доказати да су овлашћени.

С друге стране, ова овлашћења не дају право на давање изјава о ратификовању, приступању, одобрењу или прихватању уговора без посебног пуномоћства.

Новост у погледу овлашћења јесте увођење установе претпостављеног пуномоћства. Преговарач који нема пуномоћство може се легитимизовати телеграмом или потврдом шефа дипломатске мисије, односно сталне мисије код међународне организације да је овлашћен на преговарање,

утврђивање текста и потписивање уколико у остављеном року накнадно поднесе формално овлашћење.

Посебан проблем је било питање *прихватања текстова*. Правило је да текстове морају прихватити сви учесници у преговорима. Од тога је Комисија усвојила два изузетка. Ако се уговор усваја у оквирима једне међународне организације, онда се сматра усвојеним тек ако је добио већину коју траже правила организације. Други изузетак су уговори који се доносе на ширим међународним конференцијама. Била је дискусија да ли је за усвајање довољна проста или двотрећинска већина. После дугог колебања усвојено је правило о двотрећинској већини, јер је оно данас нормално у примени на конференцијама које сазивају органи УН.

Скоро се није ни дискутовало питање шта се сматра за *усвојени текст*. Постављена су правила да је то текст који су парафирали представници странака, који је унет у завршни акт конференције или у резолуцију међународне организације која га доноси.

Најтеже питање је било споразумети се око тога ко има *право да учествује у уговору*, тј. да ли су уговори отворени или затворени. Комисија је на том питању била потпуно подељена. Пошло се од две тезе. Прва је да се сви уговори сматрају затвореним ако немају изричну одредбу да им могу приступати и државе које нису учествовале у њиховој издати, јер је класично правило да је уговор за треће *res inter alios acta* и да дејствује само *inter partes*. То ће рећи да се државе не морају излагати изненађењу да ће имати као уговорне partnere и оне које оне не желе. Напротив, друга је теза била да треба разликовати уговоре појединачног значења и уговоре од општег интереса. Ови други представљају правила међународног права која треба да поштују све државе и која треба да дају право свим државама да се њима користе као објективним правним правилима. Указивало се да искључење извесних држава од таквих уговора не одговара начелу универзалности и да је противно тенденцији прогресивног развоја међународног права. Зато је на крају прихваћено да се има поћи од претпоставке да су сви уговори од општег интереса отворени, тј. да им могу приступити све државе ако у самом тексту није другојачије речено. Значи, странке могу изричним одредбама искључити и такве уговоре од претпоставке да су отворени.

Ово је питање добило политички карактер. Западне силе су полагале од претпоставке слободе избора уговорних партнера, а неке друге, нарочито СССР и Пољска, од правила да свака држава може приступати таквим уговорима, јер би иначе она могла бити искључена од коришћења општих правила која улазе у систем међународног права. Пошто је у Комисији постигнут само привидан споразум, очекује се да ће државе у току давања мишљења о Пројекту заузети дефинитивни став.

Док је питање потписивања и парафирања уговора схваћено као техничко, дотле се поставило питање да ли потписивање уговора и ратификовања производи каква дејства. Усвојено је становиште да држава која потпише уговор чак и до ратификације не сме предузимати никакву акцију којом би осујетила циљ потписаног уговора пре него што се одрекне коришћења уговора (тј. изјави да неће уопште ратифико-

вати уговор). Ово је новина у међународном праву која излази из начела поштења и савесности између уговорних партнера. Дуго се дискутовало да ли је међународно право већ сада дошло на степен да потписани уговор представља привремену обавезу уздржавања од акција противних тексту уговора. После дуге дискусије створена је у Комисији већина која је то усвојила али је подвучено да то није уговорна обавеза, јер она не постоји до ратификовања, већ последица акта потписивања која се оснива на правилима међународног права а не на уговору.

Установа ратификације била је предмет посебног научног спора, који је имао политички карактер. Већина је прогласила да се претпоставља да уговори ступају на снагу и без ратификације ако су закључени у „упрошћеној форми“, јер је констатовано да се данас највећи број уговора склапа разменом нота. Неки чланови Комисије, углавном из малих земаља, оштро су устали против тога схватања и тврдили да је то намећање правила да активна дипломатија избором форме уговора избегава парламентарну контролу која је од ратификације створила демократску установу и условила да не може активна администрација да преузима обавезе у име државе без сагласности народног представништва. Ако се остане при правилу да уговори у упрошћеној форми ступају на снагу и без ратификације, не водећи рачуна о садржини преузете обавезе, онда се потпуно изигравају правила да је уговор дело народног представништва а не активне дипломатије. Очекује се да ће државе овде имати оштар став против наведено практичних разлога Комисије да се убрза увођење у живот низа споразума.

Прелазимо преко правила о процедури како се врши ратификација, приступање, прихватање и одобравање уговора јер су то техничка правила око којих није било дискусије.

Највећа борба у Комисији била је о правилима која се тичу резерви на уговоре. Ту су се испојила три становишта: да се има очувати интегритет уговора и да се према томе искључују све резерве које уговор унапред не предвиђа; да свака држава има право да ма и непотпуно прихвати уговоре општег карактера, уз резерве, јер то представља делимични прогрес у развоју међународног права, пошто је боље да се ма и у ограниченој мери прихвате општа правила него да се не прихвате; треће становиште је полазило од идеје да се резерве упек могу чинити ако њихово формулисање није изрично искључено по самом уговору (то се зна, уколико се садржина резерве не противи циљу уговора). — После дискусије од неколико дана, констатовано је од стране већине, уз јаку опозицију неких чланова, да треба прихватити латинскоамерички систем, који је победио у саветодавном мишљењу Међународног суда правде у случају совјетске резерве на Конвенцију о геноциду. По томе систему резерве могуће ако их уговор изрично не забрањује, као и ако оне по својој садржини нису у супротности са циљем уговора. Међутим, државе нису обавезне ни у том случају да прихвате уговорни однос са државама које постављају резерве. За случај противљења резерви уговор је на снази између државе која је формулисала резерву и оних држава које су резерву прихватиле или им се нису противиле у одређеном року. То решење не

осигурава јединство уговорног круга држава. Ствара се идеја о уговорним циклусима. Један исти уговор биће на снази између неких држава а неће производити дејство према државама које су се противиле резерви, и то само у односу на државу која је поставила резерву. — Проблем је веома деликатан и обе стране верују да ће се већина држава приликом консултације изјаснити у корист њихове тезе. Значи, борба није завршена.

Комисија није усвојила ни то да су резерве без утицаја на садржину уговорног односа између држава које су их поставиле и држава које им се нису противиле, јер се ишло од поставке да се мора осигурати једнакост уговорних престација. Државе које се нису противиле резервама нису обавезне да врше дужности из уговора према државама које су формулисале резерве, у границама резерви.

Било је спорно и питање о *повлачењу резерви*. Истицане су две тезе: слобода повлачења резерви, без обзира на пристанак држава које су их прихватиле, и захтев пристанка тих држава, јер се прихватањем резерве створио један уговорни однос који се, по тој тези, не може слободно мењати. Већина се изјаснила у корист слободе повлачења резерве, јер се сматрало да се тиме доприноси развоју међународног права, пошто се осигурава пуна примена уговора, али с тим да повлачење дејствује тек од извршене нотификације заинтересованој држави. Дотле она може да не врши дужности које произлазе из реципроцитета.

Питање *ступања уговора на снагу* и његове регистрације и *публиковања* у смислу Повеље није задавало великих тешкоћа. Али је уведена једна нова установа. А то је, прихватање савремене праксе у међународним односима да се уговори могу привремено уводити на снагу с тим да њихова дефинитивна снага зависи од дефинитивне ратификације. Ако се ратификација одбије, и о томе обавести друга страна, престаје привремена примена међународног уговора, али се сматра да је у међувремену међународни уговор био на снази, јер је врло често данас, нарочито у економским односима, да се врши привремена примена уговора у очекивању ратификације. Комисија је сматрала да односи засновани на уговору за време његове привремене примене имају правну основу и да се странке које се тиме користе морају сматрати као савесне.

Посебна правила су прописана о начину *исправки грешака*, и то како у тексту уговора тако и у неслагласности језичних верзија. Иако су ово нова правила која су само делимично заснована на досадашњој пракси, није било великих тешкоћа у њиховом формулисању.

Посебна глава је посвећена *улози депозитара мултилатералних уговора*. Детаљна правила су прописана. Може се рећи да то нису нова правила. Али, на детаљима је инсистирано зато што је констатовано да су многи депозитари злоупотребљавали своју функцију. Комисија је, углавном, при формулисању ових правила полазила од праксе Секретаријата ОУН.

Као што се из свега изложеног види Комисија се трудила да постави техничка и правна правила. У великој мери она је успела да без већих

сукоба формулише та правила. Нажалост, при томе је у духу тражења компромиса избегавала да решава она питања која су стварно спорна. Међутим, остала су као наводно решена спорна питања у којима је створена релативна већина (са много уздржаних гласова) у питањима приступања мултилатералним уговорима и постављању резерви.

Сигурно је да ће до идућег заседања Комисија бити велика акција влада којима се овај Пројекат доставља на мишљење с тим да се после сакупљених мишљења, у току 1963, изради дефинитивни текст ове Конвенције. Ово време, нужно, изазваће огромне доктринарне и практичне дискусије, јер је у питању материја која треба да има уставни карактер у међународном јавном праву.

Дајући овај кратак приказ, задовољавамо се за сада да дамо опште идеје и верујемо да ћемо морати да се вратимо на поједине установе (*).

Милан Бартош

О МОГУЋНОСТИ ЗАСТАРЕВАЊА СВОЈИНСКИХ ТУЖБИ

У нашој теорији и пракси спорно је питање да ли застаревају својинска тужба а специјално реивиндикација. И пре рата и после ослобођења појављују се два супротна мишљења и у теорији и у судској пракси у погледу застарелости својинских тужби — једно за застарелост, друго против ње. Тако, на пример, у *Архиву за правне и друштвене науке* из 1912 (бр. 4.) бивши професор Правног факултета у Београду, Лазар Марковић, заступа мишљење да својинска тужба не застарева. То мишљење износи поводом једне пресуде Касационог суда (бр. 11843 из 1907) која дозвољава застарелост својинске тужбе; дискутујући са бившим професором Драгољубом Аранђеловићем и неким другима који подржавају овакав став пресуде. Међутим, и после ослобођења имамо пресуде које изричу могућност застаревања својинске тужбе, као, на пример, пресуда бр. 588/954 и 165/955 Врховног суда НР Србије (*Збирка судских одлука за 1953–55 год.*, бр. 342 и 343) (1).

У чему је проблем застарелости својинских тужби? Познато је да је застарелост губитак могућности да се право принудно оствари услед протекла времена. Не губи се, дакле, само право већ само „утуживост“. Застарелост се оправдава са два главна разлога. Први је у избегавању неизвесности и у заштити фактичког стања. Ако титулар не остварује за извесно време своје право, он тиме ствара привидност да је право остварено. Докази изгледе, остварење права принудним путем постаје све теже. Установа застарелости има за циљ да спречава скупе, непотребне спорове. Други разлог је у томе да се немарни титулар права подвргне некој санкцији због своје немарности. Ако се он сам не стара да у одређеном року

(*) Видети: Извештај Комисије за међународно право да са њеног XIV заседања. — Докуменат А/CN.4/148 од 3 јула 1962.

(1) Тако, у нашој данашњој теорији гледиште да својинска тужба застарева заступа, између осталих, Драгољуб Петровић (Вид. његов чланак: Застарелост права на својинску тужбу, „Наша законитост“, бр. 5—6/1961).

оствари своје право, јавна власт му по протеку тога рока отказује помоћ у томе на тражење (приговор) обавезног лица.

Одржај је правна установа слична застарелости. Ту се у још већој мери заштићује фактичко стање и привидност коју то фактичко стање ствара. Ако, под извесним условима, једно лице-држалац врши фактичку садржину неког права (на пример, користи ствар као власник или титулар службености), а титулар права не спречава то вршење, фактичко вршење права — државина се претвара у право у корист држаоца уз истовремени губитак тога права за титулара.

Правило је да застаревају облигациона права, а одржајем се стичу стварна права. Но шта ће бити ако титулар права својине, тј. власник, не врши своје право а нема услова да то право одржајем пређе на држаоца предмета тога права. На пример, држалац ствари није савестан или законити држалац. Може ли такав држалац после протека одређеног времена истаћи приговор застарелости против власника и на тај начин спречити га да путем својинске тужбе, реивиндикације, оствари своје право. У томе је проблем.

1. У извесним правима таква застарелост постоји. Тако на пример, у немачком и совјетском праву, као што ћемо одмах видети, застарева својинска тужба. Неки сматрају да та појава постоји и у нашем праву. Ми, међутим, спадамо у ред оних правника који поричу могућност да у нашем систему, тј. у систему Српског и Аустријског грађанског законика застарева својинска тужба. Изнећемо разлоге за овакво мишљење.

Старији законици, у које убрајамо и Француски грађански законик (*Code civil*), као и Аустријски и Српски грађански законик, и теорија која се развила на основу тих законика застарелост и одржај сматрају као два појавна облика исте установе. И једне и друге су *praescriptio*, и то застарелост *praescriptio extinctiva* која гаси могућност принудног остварења права, а одржај *praescriptio acquisitiva* која води губитку права за титулара и стицању тога права — узукапији (*usucapio*) за квалификованог држаоца. Ти законици говоре на истом месту и о застарелости и о одржају.

Модерни законици, као на пример, наш Општи имовински законик, затим Немачки грађански законик и швајцарско право (Швајцарски грађански законик и Швајцарски законик о облигацијама) сматрају застарелост и одржај као две засебне правне установе и говоре о њима на различитим местима.

Тако, Српски грађански законик говори о застарелости и одржају у §§ 922—950, а Аустријски грађански законик у §§ 1451—1502. Општи имовински законик, међутим, говори о застарелости само као о једном од начина престанка облигација у чл. 625—635 и у чл. 950. (Законик још на неким местима говори о застарелости правних моћи из неких облигационих односа, но то су у ствари преклузивни рокови.) Овај исти законик говори посебно о одржају као о једном од начина стицања стварних права у чл. 45—46 и 91—92. Немачки грађански законик такође говори о одржају у §§ 937—945 као о једном начину стицања својине, док о застарелости говори у општем делу, у §§ 194—225.

Изнећемо прво схватање застарелости у Немачком грађанском закону јер је у њему та установа, веома доследно и правнотехнички заокружено уређена. На тај начин биће нам лакше да правимо поређења са нашим системом застарелости и да извлачимо закључке.

У Немачком грађанском закону, насупротив рецимо Општем имовинском закону, застарелост је престанак могућности принудног остварења не само облигационих права него свих субјективних права. То је због нарочитог схватања субјективног права у том закону. Старија теорија сматрала је субјективним правом сваку „власт воље“ коју заштићује објективно право. Дакле, не само овлашћења према другим лицима, него на пример, и отказ, одрицање од наследства, право прече куповине, тражење поништења рушљивог правног посла, дакле и облике „власти воље“ којима не одговара туђа обавеза. Немачка теорија ове последње облике „власти воље“ разликује од правих субјективних права и назива их „правима на преиначење права“ (*Rechtsänderungsrechte*) (2). С друге стране, Немачки грађански законик увео је у појам субјективног права један нов елемент — захтев (*Anspruch*, руски притязание). Захтев је сличан римској actio, али није с њом истоветан. По римском праву субјективно право се могло остварити ако је закон или претор дао титулару права нарочиту *actio* за остварење права. За свако право постојала је друга *actio*. Но у немачком праву у сваком субјективном праву постоји један општи елемент — захтев. Дефиницију захтева даје § 194 тога законика по коме је захтев „право тражити од некога неко чињење или пропуштање[...]“. То је, дакле, могућност да се принудним путем тражи од неког конкретног лица конкретно чињење или пропуштање. Према немачком праву захтев није остварење субјективног права принудним путем него могућност да се на основу субјективног права тражи једно одређено чињење или пропуштање од одређеног лица. Застарелости подлеже само захтев не и субјективно право у целини. По губитку захтева субјективно право постоји и даље. Ако обавезно лице из субјективног права добровољно учини нешто или пропусти нешто што одговара субјективном праву, то је учињено на основу права и ту се не поставља питање неосновног обогаћења или неког противправног стања. Али, титулар права, овлашћено лице из права, више не може тражити од обавезног лица то чињење или пропуштање. Право, дакле, не мора да се претвори у природну облигацију као што је случај у облигационим правима. И својина, стварно право, има захтев. Повредом својине, рецимо одузимањем предмета својине, власник стиче захтев да тражи од лица које је повреду учинило да врати ствар: одређено чињење од одређеног лица. Но и тај захтев — својинска тужба — подлеже застарелости. Ако рецимо лице које је ствар одузело, или код кога се ствар иначе налази — држалац ствари, држи ствар код себе за време општег рока застарелости те власник за то време не тражи повраћај, а нема квалификоване државине која би довела до одржаја — својинска тужба застарева. Тада држалац, па био он манљив или несавестан, не може

(2) Оно што смо ми за разлику од субјективних права, назвали „правном моћи“, представља изјаву воље којом се не може од другог лица тражити извршење ма какве обавезе, али која утичу на постанак, престанак или промену осталих субјективних права (Вид. наш уџбеник: Увод у грађанско право, IV издање, с. 111 и сл.).

више бити успешно тужен, према њему је застарелошћу престао захтев. Но право својине није престало пошто није дошло до одржаја. Оно чак није постало ни природно право. Ако држалац врати ствар власнику, или он дође на други начин до ствари, његова својина на ствари простире се у целости као и раније. Ако ствар изиђе из државине држаоца према коме је власников захтев застарео и пређе у државину другог лица, према њему тече нови захтев и траје до краја рока застарелости. Дакле, застарева само реивиндикација, својинска тужба као једна врста захтева, не и својина као субјективно право (3).

Аустрјски и Српски грађански законик као ни *Code civil* не познају захтев у том смислу. И у тим правима се употребљава понекад тај израз (мислимо на теорију а не на текстове наведених закона), али не у смислу § 194 Немачког грађанског законика већ као синоним тужбе у материјалном смислу. А тужба у материјалном смислу је нешто друго него захтев по немачком праву: то је могућност принудног остварења права. Она се разликује од тужбе у формалном смислу по томе што је ова само формална могућност да се свако лице обрати тужбом суду (дакле, једно лично уставно право као, на пример, право молбе и петиције органима јавне власти, или уставно право подношења жалбе) док је тужба у материјалном смислу сама утуживост (у смислу принудног остварења) субјективног права, дакле елемент, или, ако се хоће, атрибут субјективног права. Али у тужби у материјалном смислу, како је ми схватамо, нагласак није на одређеном понашању конкретног обавезног лица — чињењу или пропуштању него на имовинском ефекту које обавезно лице мора да престира (4).

Но чак и када бисмо захтев схватили онако како га схвата Немачки грађански законик не бисмо морали нужно узети солуцију да и стварноправни захтеви престају застарелошћу. Наиме, и по том закону има захтева који не престају застарелошћу. Тако не застаревају породичноправни захтеви за „успостављење стања у будућности које одговара породичноправном односу“ — § 194, ст. 2, као ни облигационоправни захтеви ако је потраживање обезбеђено хипотеком или ручном залогом — § 223. Такође ни по немачком праву не застаревају неки други захтеви, на пример, захтев за утврђивање граница, за деобу сусвојине и заоставштине.

2. Они наши писци који сматрају да и код нас застарева реивиндикација, а то су махом они који сматрају да се и у наш правни систем може пренети појам захтева из немачког права, заснивају своје мишљење на § 930а Српског грађанског законика који гласи: „Ако у смотрењу застарелости законом није друкчије наређено, онда сва права према дру-

(3) У римском праву била је слична ситуација. У ранијем римском праву постојале су тзв. *actiones perpetuae*, тужбе које је одредио сам закон и које нису престајале временом, и *actiones temporales* које је увео претор и које су трајале годину дана. Цареви Хонорије и Теодосије увели су (у првој половини V века наше ере) општи рок застарелости за све тужбе од тридесет година или изузетно четрдесет. Тиме је била обухваћена и реивиндикација. И ту је дакле настала ситуација да власник има голу својину за коју не постоји заштита.

(4) Практична разлика између ова два схватања види се, на пример, у облигацијама у којима дужник дугује чињење *intuitu personae*. Овде тужба, или ако се хоће захтев, не може бити управљена на чињење дужника, рецимо на певање, него на имовински интерес који поверилац има од његовог чињења — дакле одређени имовински ефекат. Исти је случај у облигацијама где је престајања у нечињењу.

гоме, ма била у јавне књиге заведена, или судом утврђена, губе се, по правилу ако се за двадесет и четири године не употребе, или се за толико времена противу туђег присвајања ништа не чини“. Аустријски писци пак, који имају слично мишљење, заснивају то на § 1479 Аустријског грађанског законика који гласи: „Дакле сва права према трећем, па била она у јавне књиге уписана или не, престају по правилу неупотребом највише за тридесет година или ћутањем за ово време“.

Граматички тумачећи ове текстове, можемо заиста наћи извесан ослонац у њима за тврдњу да својинска тужба, па чак и својина застарела. Ти текстови говоре о правима која су заведена у јавне књиге, што указује на стварна права, а § 930а Српског грађанског законика чак говори о „присвајању“, што свакако указује на својину. Додуше, у тим текстовима постоји и ограђивање „ако законом није друкчије одређено“ (§ 930а) и „по правилу“ (§ 1479), а под изузетак у смислу тог ограђивања могла би доћи и својина. Но тај аргумент је само формалистички и споредан. Главни разлози због којих својинска тужба не може да застари у нашем праву леже у самој систематици наведена два законика.

По Лазару Марковићу „разлог што се не допушта застарелост својине као такве независно од одржаја лежи у тој околности, што таква застарелост не би стварала од једног фактичког стања правно стање, у чему је суштина застарелости. Код застарелости својине тога нема, јер нема одређеног лица коме би застарелост својине услед неупотребе користила. Својина се разликује од осталих стварних права тиме што она не представља постојање једног обавезног лица, коме би застарелост својине као такве могла користити...“ (5).

Аустријски писац А. Еренцвајг (Ehrenzweig), познати аутор једног стандардног уџбеника грађанског права, незастаривост својинске тужбе заснива на § 1459 Аустријског грађанског законика по коме: „Права човека над својим радњама и својом својином[...] користити се, не подлеже застарелости[...]“. Користити се или не својом својином је јавноправно овлашћење (како бисмо данас казали, лично уставно право, или како су раније звали *ius merae facultatis*) и из тога разлога ни својинска тужба не може да застари (6).

Но поред ових разлога можемо навести још неке.

Пре свега можемо поћи од самог разликовања апсолутних и релативних, тј. облигационих права. Постоји ли између апсолутних и релативних права суштинска разлика која утиче на могућност застарелавања једних или других. Видели смо да је Ј. Марковић позитивно одговорио

(5) Лазар Марковић: Грађанско право — Општи део и Стварно право, Београд, 1927, с. 435. Ово схватање је опширније изнето у његовом чланку у „Архиву“ из 1912.

(6) Ehrenzweig, System des österreichischen allg. Privatrechts, I/1, 1925, 282–83. На другом месту (с. 288) наводи непрактичност и извештаченост конструкције о застарелости ревиндикације уз истовремено незастаревање својине. Он тврди да је та конструкција „[...] за ум лаика несхватљива авантура правничке вештине“. Други познати аустријски писац, Хајнрих Кланг, такође заузима став против застарелости својинске тужбе (Вид. Klant: Kommentar zum allg. bürgerl. Gesetzbuch, коментар уз § 1479). Његов главни разлог је непрактичност ове застарелости. Насупрот томе неки други аустријски писци, махом старији, као Унгер, Штубенраух (Stubenrauch), Крајнц (Krainz) сматрају да својинска тужба застарела.

на то питање. По њему застарелост се не слаже са самом природом и функцијом својине. И ми ћемо нешто рећи о томе.

Облигациона права су правно-нормативно потпуна субјективна права, као и остала субјективна права. Али економски, у одређеном смислу, она нису потпуна. Економска функција облигационих права је промет робе, пренос економских добара са једног имаоца на другог путем размене, или правном терминологијом речено, са једног субјекта на други. Но роба — правнички речено објект права — пренета је у целини са једног субјекта на други тек онда кад је прибавилац стекао употребну вредност те робе. Тек је тада „уговор испуњен“. Дотле, док уговор није испуњен, прибавилац, или ширим појмом изражен, поверилац присваја само прометну вредност робе — објекта права (најчешће ствари). На пример, ако поверилац потражује од дужника десет хиљада динара по уговору о зајму, он присваја само прометну вредност новца не и новац као новчанице, телесне ствари које као такве имају одређену употребну вредност. Или ако је Примус купио ствар од Секундуса, док се купљена ствар не преда тј. док Примус не буде у стању да користи употребну вредност купљене ствари, Примус присваја само прометну вредност те ствари. У томе је економски смисао правног израза „потраживање“ (7). Потраживање, дакле, већ улази у имовину повериоца као скупа права и обавеза, али предмет потраживања се не налази у имовинској маси повериоца у натуралном облику, у облику употребне вредности. У томе је смисао тврдње да облигациона права економски нису потпуна. Према томе, ако поверилац не користи своје овлашћење да дужника принудним путем натера на извршење његове обавезе — да пренесе на повериоца употребну вредност ствари, тиме је само пропустио да унесе ту ствар у своју имовинску масу, да оствари у имовинској маси крајњи акт размене чија је правна „форма“ облигационоправни однос.

Други је случај са стварним правима (која су овде за нас интересантна из групе апсолутних права). Стварно право управо значи присвајање употребне вредности ствари. Ако ствар — предмет стварног права — изађе из државине власника, настаје обрнута ситуација од оне у облигационим правима: само право је у имовини власника, али предмет права, ствар, није у његовој имовинској маси. У случају облигационих права, ако дужник не плати, не испуњава доспелу обавезу, „врећа“ право повериоца, али та повреда је у томе што није остварио економски ефекат обавезе — пренос имовинске вредности. Но ако ствар изађе из државине власника без његове воље, ту имамо повреду друге врсте: ту је држалац повредио једно економски већ остварено право — без овлашћења смањити имовинску масу власника.

Из тога даље произилази да док је невршење обавеза из облигационих односа повреда повериоцевог права, дотле је државина без пристанка власника или другог титулара стварног права — стање супротно праву. Ако се застарелост може схватити као једна „казна“, санкција према немарном повериоцу који на време није тражио принудно извршење свога

(7) Вид. опширније о том проблему у нашем чланку: Својина и имовина, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 1/53.

потраживања, не може се тако схватити реивиндикација или друга стварна (на пример конфесорна) тужба. Овде није у питању поверилац — дужник већ титулар права и узурпатор права. У облигационим правима тужба у материјалном смислу или, ако се хоће, захтев, дат је ради остварења права, а у случају апсолутних, специјално стварних, права ради отклањања напада на право, ради отклањања повреде у смислу правом недозвољене ингеренције у право титулара. Последица ове околности је да се, чак и онда када би се реивиндикација или друга стварна тужба схватила као захтев у смислу Немачког грађанског законика, не би могло узети да тај захтев застарева јер не би могао истећи рок застарелости. Наиме, у протвправном стању повреда стално траје, свакодневно се обнавља, па би се тај рок могао рачунати од сваког дана док противправно стање траје. А то противправно стање (противправно у смислу грађанског права) траје док се год фактичко стање — државина, разилази од правног стања — субјективног права на ствар (8).

Из изнетих околности можемо извући још један закључак: застарелост је у складу са природом облигационих права а одржај — стварних права. С друге стране, као што је одржај сувишан у облигационим правима, као што се облигациона права не могу стећи одржајем, тако је застарелост сувишна у стварним правима јер стварна права не могу престати застарелошћу. Застарелост не укида облигациона права већ их само претвара у природну облигацију. У облигационим правима захтев се заиста може одвојити од самог права. Захтев, било да га схватимо по немачком праву или како смо га ми формулисали, чисто је нормативан елемент, то је оно што је норма објективног права установила. Када он отпадне у облигационом праву и даље остаје економски однос у виду природне облигације. Јер шта значи природна облигација у коју се претвара застарела облигација? То значи економски однос без нормативног, правно-принудног, елемента. Застарелост потраживања значи да је отпао елемент принуде, онај елемент који је карактеристичан са правно-нормативног гледишта, али остаје „економска“ обавеза, остаје поремећни однос еквивалентне робне размене, остаје недовршени ток претварања прометне вредности у употребну. Ако дужник добровољно плати, он даје еквивалент за нешто што је примио (9). Но у стварним правима имамо другу ситуацију: она су економски остварена, њихова је подлога, као што смо рекли, ствар у натуралном облику и реализовање употребне вредности те ствари, или правнички речено, коришћење ствари и прибирање плодова. То економско искоришћавање је једна реална околност, споља видљиво, „фактичко“ стање. То је — државина. Државина је дакле ка-

(8) То је разлог што пројект Мађарског грађанског законика од пре рата, иако је слично Немачком грађанском законик у признавао захтев као празну конструкцију, није дозвољавао да својинска тужба застари (Вид., на пример, § 1032 Пројекта из 1913 и његово званично образложење у издању мађарског Министарства правде). Грађански законик Мађарске народне републике из 1959 у свом чл. 115, ст. 2, изричито предвиђа незастаривост својинских тужби.

(9) У римском праву ситуација је била обрнута. Ту се првобитно звала *naturalis obligatio* обавеза која је настала из *natum* растити, тј. из сагласности воља о преносу економских добара која није одговарала дотадашњим правилим формама па стога није била заштићена од стране права. Раста су се појавила управо за то што постоје правне форме нису више одговарале набујалом робном промету. Претор је постепено снабдевао ова раста одговарајућим тужбама и тако су се они постепено претварали из природних облигација у пуноправне.

рактеристична за стварна права (10) а истовремено нужан елемент одржаја. Док, дакле, у облигационим правима није споља видљив, ни економски, ни правно-интелектуални однос — однос овлашћења и обавеза, између дужника и повериоца, дотле у стварним правима поред тог правног, интелектуалног, споља невидљивог односа имамо један фактички елемент, државину, која је и објективно видљива. Због те околности је могуће да се правно и фактичко стање у стварним правима разилазе. Титулар може да има само право (на пример, тзв. голу својину) а држалац фактичко, економско уживање предмета права. На тој околности се оснива одржај. Ако се фактичко стање за одређено време разилази од правног, у извесним случајевима оно се претвара у право, држалац постаје титулар, али тиме потпуно престаје право ранијег титулара. — Дакле, одржај и застарелост и по својој природи и по својој функцији су различити. Има међу њима, додуше, и извесне сличности јер се и једно и друго заснива на времену као правној чињеници. Та сличност се огледа у начину рачунања времена, у сличности значаја прекида и спречавања (застоја) и разлога за прекид и спречавање, иако ни ту нема идентичности. Но то је само спољна сличност која никако не може да доведе на исти именитељ битне, суштинске, разлике у њима.

Кад већ говоримо о времену као правној чињеници, морамо истаћи још једну околност. Српски грађански законик и Аустријски грађански законик узимају застарелост и одржај као једну те исту установу јер у доба доношења ових законика време као правна чињеница била је обухваћена само у установи застарелости. Зато је и одржај подведен под појам застарелости, а застарелост обухвата и престанак оних дејстава изјава воље што ми називамо правним моћима. (Разуме се, у то време теорија о правним чињеницама није још ни постојала.) Но данас модерна наука време као правну чињеницу узима за основу четири установе: застарелости, одржаја, преклузивних рокова и престанка права. Раније се није правила разлика између преклузивног рока и рока застарелости (а и данас се она ретко прави у законској терминологији). Но јасно је да застарелост престaje захтев у облигационим правима али правне моћи не застаревају него престају по протеклу преклузивног рока. И престанак права заснива се на времену као правној чињеници, а та ситуација је такође различита и од застарелости и од преклузивног рока. Престанак права је данас веома важна појава у ауторским правима која по својој природи трају само одређено време. Но те појаве је било и раније. На пример, и службеност може престати невршењем (§ 938 Српског и § 1488 Аустријског грађанског законика), пошто је она ограничење својине, па стога подложно временски ограниченом трајању и престанку ако више није економски оправдана. Старија теорија и ту је говорила о „застарелости“ службености или пак тзв. либераторној узупацији, одржају сло-

(10) Додуше, државина постоји и код оних облигација које се односе на привремено искоришћавање ствари, рецимо код закупа и послуге. Но те облигације би се могле конструисати као стварна права, као што то чини енглеско право. Било би много логичније да је закуп стварно право (то је и тенденција у модерним законима). Но оно је у римском праву постало облигационо право из друштвено-политичких разлога, да би се закупци — представници имућних класа — што боље заштитили.

боде власника. У ствари, ово није ни службеност ни одржај већ престанак права због невршења за одређено време.

Поред ових разлога теоријске природе, можемо истаћи и извесне разлоге који застарелост својинске тужбе и у пракси чине сувишним и доводе до парадоксалних закључака. Ако би се узело да у нашем праву постоји застарелост својинске тужбе, рок застарелости изнео би двадесет и четири године по Српском односно тридесет по Аустријском грађанском законнику. Наиме, рок од двадесет година из Закона о застарелости потраживања из 1953 не би се могао узети и за застарелост својине јер тај закон се односи само на застарелост потраживања. С друге стране, рок од двадесет и четири године је исто тако најдужи рок одржаја по Српском грађанском законнику, док по Аустријском грађанском законнику имамо још један дужи рок — рок од четрдесет година за непокретности (тридесет година за покретности). То је рок у случају тзв. апсолутног одржаја по § 1477. (Апсолутан одржај наступа онда када је државина најмање квалификована, тј. кад је она незаконита; једина врста државине која дисквалификује држаоца да одржајем стекне својину је несавесна државина.) (11). И тада се по Аустријском грађанском законнику дешава ситуација да раније наступа рок застарелости својинске тужбе него рок одржаја. Но у сваком случају, када није дошло до одржаја а наступа застарелост својинске тужбе, настаје наопака, парадоксална ситуација. У том случају власник који при застарелости својинске тужбе још увек задржава право својине нема никакву правну заштиту, док узурпатор његовог права, чак и ако је његова државина најмање квалификована — ужива заштиту. Додуше та заштита је државинска, заштита фактичког стања. Али она је ефикасна. Путем ње држалац може да одржи своје фактичко стање чак и према власнику који би од таквог држаоца одузео ствар, јер власник, услед дугог трајања државине, не би могао истаћи против држаоца приговор манљивости државине из чл. 421, ст. 1, Закона о парничном поступку из 1957. На тај начин се одржава у недоглед једно правно стање које не ужива заштиту насупрот фактичком стању које је супротно правном стању али ипак ужива заштиту објективног права.

Питање застарелости својинске тужбе по Српском и Аустријском грађанском законнику може сразмерно често да се појави у пракси зато што оба законика траже као апсолутан услов одржаја савесност државине чак и у случају најдужег рока одржаја. Па чак и у начелном мишљењу Врховног суда ФНРЈ од 4 априла 1946 за апсолутан одржај од двадесет година тражи се „поштени посед“. Ова дисквалификација несавесне државине и у случају најдужег рока одржаја данас је сасвим сувишна и неоправдана. Њу је већ 1804 напустио Code civil (чл. 2262) који несавесну државину подводи под апсолутан одржај у року од тридесет година, као и војвођанско (бивше мађарско) право за случај одржаја од

(11) У нашем савременом праву, у судској пракси, такође постоји апсолутан одржај. Наиме, постоји начелно мишљење Врховног суда ФНРЈ од 4 априла 1960 које, мимо рокова из предратних правила, предвиђа извесне рокове одржаја. Ти рокови за покретне ствари износе три године а за непокретности које нису уписане у земљишне књиге двадесет година. Такође је предвиђен апсолутан одржај од двадесет година и за покретне и непокретне ствари, при којем се не мора доказивати законитост државине (што у пракси значи да се код ванкњижног одржаја не мора доказивати законитост државине јер су оба рока иста по трајању).

тридесет и две године, а њу напуштају и модерни законици. Овај постулат који није постојао у класичном римском праву, а који је увео Јустинијан као услов одржаја под утицајем хришћанске цркве (знамо да је канонско право нарочито инсистирало на „савесности“), продро је у Аустријски и Српски грађански законик кроз пандектно право. Када би се у нашем праву поставио један дужи рок апсолутног одржаја који би се односио и на несавесну државину — што је у пракси и иначе тешко доказати — могли би се сви случајеви неслагања фактичког стања са правним стањем ликвидирати кроз установу одржаја.

Дакле, наш закључак је следећи. Застарелост својинских тужби, а специјално реивиндикације, јесте једна вештачка конструкција. Она је поникла у атмосфери претеране жеље за истанчаним и до крајности доведеним конструкцијама у Немачком грађанском законiku и у теоријским радовима који су му претходили. Појам захтева како га схвата Немачки грађански законик и на којем он заснива застарелост својинских тужби може се успешно критиковати; али и кад би се он прихватио, не мора довести до постулата да и својинске тужбе застаревају. Застарелост својинских тужби не одговара економској и правно-нормативној суштини стварних права. У целини узевши, конструкција о застарелости својинских тужби је туђа „духу“ нашег права, теоријски је неоправдана а у пракси сувишна.

Андрија Гамс

О ПОГРЕШНОМ И НЕПОТПУНО УТВРЂЕНОМ ЧИЊЕНИЧНОМ СТАЊУ У КРИВИЧНОЈ ПРЕСУДИ

I. Активност органа кривичног поступка, која има за циљ проналажење истине као основа за доношење законите и правилне одлуке, развија се у два правца: у правцу утврђења релевантних чињеница које су објект и садржина кривичног поступка, и у правцу утврђења правне норме која регулише те чињенице и под коју исте и треба да се подведу. Ради тога у току кривичног поступка стално се сусрећу чињенична и правна питања као посебне али истовремено и међусобно условљене и повезане категорије. Ове две групе питања се сусрећу и у поступку по правним лековима. Систем правних лекова у многоме зависи од тога да ли се једним правним леком побија чињенична (*quaestio facti*) или правна питања (*quaestio iuris*), те многе савремене процедуре и знају за више врста редовних правних лекова, којима као критериј диференцирања служе управо ове две категорије питања. Систим правних лекова нашег кривичног поступка карактерише се и тиме што зна само за једну врсту редовног правног лека против првостепене пресуде којим се иста побија како због чињеничних тако и због правних питања. Међутим, и у нашој процедури ипак долази до изражаја потреба разликовања чињеничних од правних питања (1), јер поступак и врста одлука другостепених судова

(1) Изузетак од овога представља право другостепеног суда да, по одржању претреса, измени чињенично стање утврђено од стране првостепеног суда. Међутим,

зависи у многоме од тога да ли је реч о чињеничној или правној страни пресуде, тј. да ли ће се нападнута пресуда укинути или преиначити (2). Према томе, иако познаје само једну врсту редовног правног лека противу првостепене пресуде, наш Законик о кривичном поступку у своме чл. 342 предвиђа више разлога због којих иста може да се побија, а међу њима и погрешно или непотпуно утврђење чињеничног стања као посебан разлог.

II. Нема сумње да је погрешно или непотпуно утврђење чињеничног стања један од најсложенијих и најделикатнијих разлога побијања првостепене пресуде редовним правним леком. Но и поред сложености овог разлога, Законик о кривичном поступку у своме чл. 345 у недовољној мери одређује ближе његов појам, тј. у његовом одређивању ограничио се једино на навод да под погрешним утврђењем чињеничног стања треба разумети када суд погрешно утврди неку одлучну чињеницу, а под непотпуним утврђењем чињеничног стања када суд није утврдио неку одлучну чињеницу или када нове чињенице или нови докази указују да је чињенично стање непотпуно утврђено (3).

Због важности овог разлога за побијање првостепене пресуде и његовог недовољно развијеног појма у ЗКП, треба покушати са теоријском разрадом и објашњењем овог питања. Даља излагања ће бити такав покушај.

III. Као што је већ речено разлог побијања првостепене пресуде предвиђен у чл. 345 ЗКП полази од чињеничног стања. Међутим, он у ствари садржи две ситуације: а) погрешно утврђено чињенично стање и б) непотпуно утврђено чињенично стање, ситуације које су квалитативно различите, те их и треба посебно изложити. Разликовање ових двеју ситуација није правни формализам већ императив праксе, јер виши суд увек треба да прецизира да ли стоји једна или друга, образлажући посебно зашто он налази да стоји управо једна од њих или обе истовремено и да укаже нижем суду на путеве којима треба ићи у отклањању тога. Међутим, пре излагања ових двеју ситуација претходно се треба задржати на чињеничном стању уопште.

1) Чињенично стање састављено је из правно релевантних чињеница. Нема сумње да се чињенично стање односи на збивање из стварног жи-

мајући у виду да другостепени судови заиста сасвим ретко одржавају овакве претресе, што у основи можда и није неправилно, то ипак утврђење чињеничног стања припада првостепеном суду.

(2) Проблем разграничења чињеничних и правних питања или другим речима однос између чињеничног стања, чињеничног утврђења с једне и правне оцене тог утврђења с друге стране, истиче се у процесној литератури као један од најкомпликованијих проблема. При томе пада у очи да се процесуални теоретичари или ограничују на констатацију да су чињенична и правна питања у тој мери повезана и узајамно испреплетена, да је њихово диференцирање сасвим тешко ако не и немогуће, или уколико и додирују тај проблем, то чине скоро искључиво у циљу одвајања ревизибилног од ирревизибилног подручја правних лекова, те се и ограничују на казуистику.

(3) Редактори Објашњења Законика о кривичном поступку сматрају да је прецизирање појмова „погрешно“ односно „непотпуно утврђење чињеничног стања“ немогуће због опасности да се нешто не изостави и не створе недогледне тешкоће у практичној примени, јер су круте и уске формуле неподесне за једну разнолику нову и комплексну садржину као што је чињенично стање (Објашњења, с. 287—288).

вота које се десило у прошлости и које је састављено из разних чињеница. Међутим, те чињенице не могу се узимати изолирано као компоненте збивања из прошлости, нити нас оне интересују саме за себе већ нас интересују јединствено као правно релевантне чињенице, тј. у оној мери у којој одговарају чињеницама које су предвиђене у правној норми, и то у њеној хипотези и што од њих зависи настајање правног односа. Стога смо те чињенице у почетку и назвали правним, разликујући их од обичних чињеница. У теорији чињенице се деле на: догађаје и људске радње. Под догађајем се подразумевају све оне промене у природи, у спољнем свету које настају без учешћа људске воље и свести. Под људским радњама, међутим, подразумева се телесна и психичка активност човека која је вољна и свесна (4). Уколико сада на основу ових догађаја или људских радњи настају или престају извесни правни односи, правне последице, то су онда правне чињенице од којих је састављено чињенично стање. Према томе чињенично стање је скуп оних чињеница које су потребне за настајање одређеног правног односа, одређене правне последице. Утврђивање чињеница несумњиво представља основни део кривичног поступка, јер од правилности и потпуности њиховог утврђења зависи остварење циља самог кривичног поступка, утврђење истине, а тај циљ се састоји у репродукцији збивања које се догодило у стварности и које се ставља на терет оптуженом. С правом се истиче да се у току кривичног поступка постављају три основна проблема: утврђење чињеница које изражавају стварност ситуације; утврђење правних норми које регулишу чињенице у питању; и утврђење координираности између констатованог чињеничног стања и онога садржаног у правној норми (5). Будући да утврђење чињеничног стања у ствари значи утврђење истине, неопходно је да се, барем у најопштијим линијама, дотакне и питање истине у кривичном поступку, иако по своме значају то питање заслужује посебну обраду.

2) Питању истине процесна теорија придавала је и још увек придаје ванредну важност. Ово је разумљиво јер и наш Законик о кривичном поступку у чл. 1 као задатак поступка одређује „да нико невин не буде осуђен а да се кривцу изрекне заслужена казна“. Испуњење овог задатка не може се ни замислити без утврђења истине у сваком поједином случају (6).

(4) Види др. Радомир Лукић: Теорија државе и права. II Теорија права. Београд, 1954, с. 159.

(5) Упореди др. Бор. Т. Благојевић: Начела приватног процесног права, Београд, 1936, с. 326. Премда су у овом делу изнета начела парничног поступка, сам аутор наглашава да се његови основни принципи могу применити и у другим поступцима, па према томе и у кривичном.

(6) Карактеристична је концепција неких совјетских процесуалиста према којој инсистирање на безусловном утврђењу истине у кривичном поступку може да слаби борбу противу криминалитета. Тако, према В. С. Тадевосјану, околности под којима се извршују кривична дела не дају увек могућност да се истина утврђује у њеној потпуности, због чега он и тражи да је суд увек, када је поднета оптужба, дужан да се задовољи и максималним степеном вероватноће у утврђивању криминалне активности оптуженог. Другим речима, суд не треба да инсистира на безусловном утврђењу истине већ треба да се задовољава и максималним приближавањем истој. Изложено мишљење Тадевосјана цитирано је према уџбенику: Совјетски кривични поступак, израђен под редакцијом проф. Д. С. Карева, Москва 1956, с. 59. Иначе, и сами аутори овог уџбеника орађују се од наведене концепције, сматрајући да је иста неприменљива у совјетској кривичној процедури.

Нема сумње да је проблем истине у кривичном поступку веома комплексан, а у том комплексу истичу се својом важношћу следећа питања: шта је истина; и да ли је могуће њено утврђење. Да изложимо укратко ова два питања:

а) Појам истине у кривичном поступку не треба разликовати од њеног општег, филозофског појма. Напротив, у њеном схватању и објашњењу треба имати у виду филозофски појам истине. Под истином у филозофском смислу подразумева се сагласност појмова људске свести са стварима, тј. субјективан одраз објективне стварности (7). Међутим, истина као највиша форма одраза стварности у људској свести, а не као прост одраз, није пасивно-контемплативна већ је активно, стваралачко, свесно одражавање јединствене, у својој разноликости и у своме дијалектичком развоју, стварности и да је саставни део истине и сам човек-субјект у чијој се свести и одражава стварност (8).

Разумљиво је, према томе, да се и у схватању истине у кривичном поступку треба оријентисати према њеном филозофском појму, што процесуалисти, углавном, и раде. Тако, старији аутори под истином подразумевају подударност, сагласност представа, свести, схватања са стварношћу (9). И новији аутори схватају истину у истом смислу, подвлачећи управо подударност свести, одраза са објективном реалношћу. У овоме се издваја Бајер, који под истином подразумева оно што је (што постоји) или оно што је било (што је постојало) (10). Ова Бајерова дефиниција истине као да занемарује одраз објективне стварности у свести људи и уопште улогу субјекта у откривању истине.

Међутим, иако су неки аутори сагласни по питању општег појма истине, када тај појам анализирају у кривичном поступку, обично придају атрибуте истини: материјална и формална; апсолутна и релативна; објективна и субјективна, истичући да је савременом кривичном поступку својствена материјална истина. Додавање ових атрибута наводи на мисао да под истином у кривичном поступку ипак треба подразумевати неку другу, посебну истину, а не истину као сагласност свести са објективном реалношћу. Да бисмо ово потврдили, позваћемо се на неке ауторе. Тако Божидар Марковић под материјалном истином, до које се долази у кривичном поступку, подразумева највећи степен извесности до које судија може доћи (11). Слично мисли и Огорелица који налази да је материјална истина највећи степен извесности до којег уопште човек може да досегне (12). Увиђајући неприхватљивост и неодрживост оваквог схватања материјалне истине у кривичном поступку и истичући да је свака истина материјална, у објашњењу појма материјалне истине Бајер иде другим

(7) Упореди Фридрих Енгелс: *Фојербах и крај немачке класичне филозофије*, Београд, 1934, с. 69; К. Маркс — Ф. Енгелс: *Изабрана дела*, Том II, Култура, 1930, с. 95—96; Тодор Павлов: *Теорија одраза*, Култура, 1947, с. 396.

(8) Тодор Павлов: н. д., с. 397.

(9) Др. Божидар Марковић: *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1921, с. 5—6; др. Никола Огорелица: *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, с. 425.

(10) Др. Владимир Бајер: *Теорија кривичног поступка ФНР Југославије*, Загреб, 1950, с. 99.

(11) Др. Божидар Марковић: *Уџбеник судског кривичног поступка*, Београд, 1930, с. 241.

(12) Др. Никола Огорелица: н. д., с. 425. Упоређујући концепције Марковића и Огорелице о истини у кривичном поступку са напред изложеном концепцијом неких совјетских аутора заиста се констатује сличност између њих.

путем: сматра да је материјална истина у кривичном поступку она која се сазнаје одбацивањем свих начина или форми поступања које би могле да угрозе сазнавање истине, било из којих разлога се те форме наме- тале (13). Постоји и мишљење које, премда не инсистира на атрибуту „материјална“, ипак, сматрајући да се истина о једном кривичном дога- ђају креће у границама кривичног законодавства а изналази на путе- вима кривичног процесног права, налази да је нашем социјалистичком праву својствен принцип материјалне истине, али допушта да се може говорити и једноставно о истини (14).

Говорећи о истини у кривичном поступку старији процесуалисти јој додају не само атрибут „материјална“ већ и атрибут „релативна“, што је у потпуној сагласности са буржоаском филозофијом. Тако Марковић истиче да се у праву уопште, а у кривичном поступку посебно, може доћи само до релативне односно историјске истине а не и до апсолутне истине. Под релативном истином Марковим подразумева ону која се добија на искуству добивеном на основу чулних запажања (15), док под апсолутном (аподиктичком или математичком) подразумева ону која се заснива на по- гледима ума. Затим, он сматра да апсолутна истина искључује сваку мо- гућност супротности, док код релативне истине таква могућност, ради саме чињенице што се она добија на основу чулних запажања, никада није искључена. И Огорелица (16) исто тако истини кривичног поступка, поред атрибута „материјална“, придаје и атрибут „релативна“, којој супротставља „аподиктичку или математичку“ истину, сматрајући да се у праву долази једино до историјске односно јуристичке истине.

Марксистичка филозофија је у потпуности обрадила питање истине па је стога и неопходно да видимо како она њу објашњава и третира уопште у науци па према томе и у праву.

За дијалектички материјализам не постоји непремостива граница између релативне и апсолутне истине. Полемишући са Дирингом, Енгелс истиче да се сувереност мишљења остварује у низу људи који мисле веома несуверено; сазнање, пак, које има безусловну претензију на истинитост, остварује се у низу релативних заблуда. Дакле, као што примећује Лењин, према Енгелсу, апсолутна истина се формира од релативних истина. Развијајући даље ову Енгелсову мисао, Лењин закључује да је људско мишљење према својој природи способно да даје и оно даје апсолутну истину коју чини мноштво релативних истина и да материјалистичка дијалектика безусловно укључује у себе релативност али се не своди на њу, тј. она признаје релативност свих наших знања али не у смислу

(13) Овде се поставља питање да ли је уопште могуће непридржавање форми одређених у кривичном поступку и који би то био неформални начин сазнања истине у кривичном поступку. Тим пре што је кривични поступак у основи низ процесних форми кроз које пролази делатност суда и процесних странака и што постоји опасност да непридржавање форми одређених у закону одведе у арби- трарност а утврђивање истинитости правно релевантних чињеница сведе на ин- туизију.

(14) Др. Драгољуб Димитријевић: О истини у кривичном поступку, Сарајево, 1956, с. 2. Самим тим што налази да се креће у границама кривичног законодавства и ово мишљење, у основи, полази од поставке да је истина кривичног поступка нека посебна, специфична истина и да се ипак у нечему разликује од научне истине. Међутим, и ова истина се креће не у границама кривичног законодавства већ у границама људског логичког мишљења.

(15) Др. Божидар Марковић: О доказима, с. 6.

(16) Др. Н. Огорелица: н. д., с. 425.

негирања објективне истине већ у смислу историјске условљености гра-ница приближавања наших знања истини.

Као што се истиче да се у кривичном поступку може доћи само до релативне истине, исто тако се наводи да свака истина до које се у поступку долази није нити може да буде објективна већ једино субјективна истина, а она је субјективна због тога што је индивидуалност судије од великог значаја у проналажењу истине и да та индивидуалност и заснива уверење о истинитости.

Марксистичка филозофија, међутим, сматра да постоји дијалектичко јединство између објективности и субјективности. У својим тезама о Фојербаху, као главни недостатак материјализма укључујући и Фојербахов, Маркс наводи то што предмет, стварност, чулност узима само као објект или као контемплацију а не као људску чулну активност, праксу, не субјективно (17). Према томе, иако истину у кривичном поступку открива судија, значи човек, субјект, та истина је ипак субјективан одраз објективне стварности. Не негирајући улогу субјекта у откривању истине, дијалектички материјализам истиче да објективно материјално биће одређује објективну садржину, улогу и значај сваке истине. Субјективно са-знање, пак, иако је одређено бићем, и поред своје специфичности, релативне самосталности и активности, никада се не откида апсолутно од бића, већ тежи да му се врати, да га обухвати, да га одрази управо у његовој објективности и разноликости, да се усагласи са њиме (18).

После ових доста сумарних излагања поставља се питање да ли је заиста оправдано да се истини кривичног поступка додају атрибуту „материјална“, „формална“, „апсолутна“, „релативна“, итд. Када се полази од поставке да је истина сагласност свести са стварношћу, онда та свест, та представа може да буде тачна, што истовремено значи и истинита, или нетачна, што значи неистинита. Због тога и истини кривичног поступка не треба придавати никакве атрибуте већ говорити једноставно само о истини, јер она и може бити само једна, научна истина. Придавање атрибута може да наведе на закључак да се у кривичном поступку открива нека специфична правна истина а не истина као субјективан одраз објективне стварности. Ради тога, питање атрибута који се придају истини је суштинско питање, јер се њихово уношење у теоријски појам истине одражава и у пракси при утврђењу релевантних чињеница.

б) На питање да ли је могуће откривање истине, марксизам одговара да је људско мишљење по својој природи способно да даје апсолутну истину коју сачињава збир релативних истина и да су границе приближавања наших знања објективној, апсолутној истини историјски условљене, али да је постојање те истине безусловно, безусловно је да се ми приближавамо њој (19). Међутим, и при откривању истине у кривичном поступку треба имати у виду Марксову мисао изражену у другој тези о Фојербаху да питање о томе да ли је људском мишљењу својствена предметна истинитост (да ли је људско мишљење способно да сазна објективну

(17) К. Маркс — Ф. Енгелс: н. д., с. 391.

(18) Т. Павлов: н. д., с. 453.

(19) В. И. Лењин: Материјализам и емпириокритицизам, Култура, 1948, с. 133.

стварност) није питање теорије већ је питање праксе и да се кроз праксу доказује истинитост, тј. стварност мишљења.

3) Да ли ове основне поставке дијалектичког материјализма налазе своју адекватну примену, и када је реч о утврђењу истине у кривичном поступку. Ово питање се поставља стога јер се изражава сумња у тачност закључака суда и других органа кривичног поступка у односу на истинитост правно релеватних чињеница, тј. у односу сагласности представа о тим чињеницама са стварношћу, зато што се у току поступка не запажају увек чулно, непосредно те чињенице од стране субјеката који и треба да донесу суд о њиховој истинитости, већ се у томе неминовно ослања и на запажања других лица, на пример, сведока, вештака и слично. Ове сумње намећу потребу да се размотри питање о формирању закључака, о доношењу судова у односу на истинитост правно релевантних чињеница које служе као основ при доношењу судских одлука у кривичним предметима.

Као што је већ истакнуто, релевантне чињенице у кривичном поступку суд утврђује на основу својих непосредних чулних запажања (својих представа) али исто тако утврђује их и на основу чулних запажања (представа) других лица. Међутим, утврђење истине не врши се само на основу представа већ и на основу појмова као посредно апстрактних слика за дубље, суштинскије особине ствари, јер појмови одражавају најдубље унутрашње стране предмета, оно што је у њима најсуштинскије (20). Мишљење на основу појмова је, у упоређењу са мишљењем на основу простих и евидентних представа, виша форма мишљења, оно је логичко-разумно мишљење, те је заиста неоснована сумња у истинитост чињеница које судија установљава ослањајући се на чулна сазнања других лица, тј. сведока и вештака исказаних у току поступка, јер су представе тих лица најнижи степен у процесу сазнања (21), а до истине долази судија преко логичког мишљења, у чему је служење појмовима неопходно. Према томе, за утврђење истине у кривичном поступку непосредне чулне представе судије су нужан али не и јединствен начин, будући да се она утврђује и на основу чулних представа других лица.

Међутим, од посебне важности при утврђењу истинитости чињеница на основу представа сведока и вештака је начин активности у току прикупљања података, тј. прикупљања доказа. Пре свега, приликом анализе и оцене исказа сведока, као једног од најчешћих доказних средстава преко кога се добијају подаци о чињеницама, треба имати у виду психолошку законитост у формирању свести сведока у односу на чињенице које представљају садржину његовог исказа и које су предмет доказивања. При томе треба указати да је тај процес састављен од следећих психолошких компоненти:

аа) Од способности да се чулно опазе предмети и појаве. Само опажање је у зависности од многих објективних и субјективних фактора међу којима пажња игра одлучну улогу;

(20) Т. Павлов: н. д., с. 440.

(21) Т. Павлов: н. д., с. 401.

бб) Од способности да се опажања фиксирају у сећању, да се запамте а то, поред осталог, нарочито зависи од интересовања које се код сведока појавило у моменту опажања; и

вв) Од способности сведока да репродукује, да искаже оно што је опазио и упамтио.

Поред анализе и оцене исказа једног сведока, треба имати у виду да се у току поступка његов исказ проверава исказима и других сведока; даље, признање оптуженог обавезно се проверава другим доказима, итд., или, другим речима, анализа и оцена доказа у кривичном поступку обухвата како сваки од њих посебно тако и њихову међусобну повезаност и условљеност и само на тај начин се код судије ствара представа о истини, тј. о стварности. Све ово представља активну операцију ума органа кривичног поступка у оцени тачности чулних запажања других лица, а самим тим и њихово мишљење о истинитости чињеница, мишљење које они заснивају на основу података прикупљених у току поступка. Разумљиво је да при томе нису искључене заблуде, али напред је истакнуто да марксистичка дијалектика не искључује релативност истине, премда је не своди на њу. Према томе, и евентуална могућност заблуда не сме да изазива сумњу у могућност откривања истине. Од активности органа кривичног поступка зависи да ли ће те грешке и заблуде бити сведене на минимум па и сасвим искључене, а тиме и чињенично стање правилно и у потпуности утврђено. А то је, несумњиво, питање праксе.

IV. Недостаци чињеничног стања, као што је напред изложено, могу бити у његовом погрешном утврђењу или у његовом непотпуном утврђењу. И поред извесног, у процесној литератури израженог скептицизма у односу на могућност и целисходност разграничења ових двеју ситуација (22), треба покушати са њиховим разграничењем.

1) Погрешно утврђено чињенично стање обично се објашњава као погрешно закључивање о чињеницама, као погрешан чињенични закључак (23). Тај закључак односи се на доказивање о постојању односно непостојању чињеница важних за одлуку (24). Тако, на пример, Цуља сматра да је чињенично стање погрешно утврђено када суд узме за доказану неку правно релевантну чињеницу која у ствари не постоји, или када суд узме да није доказана или да не постоји нека правно релевантна чињеница која у ствари постоји (25). Не може се рећи да се закључком о постојању односно непостојању чињеница у потпуности објашњава и сам појам „погрешног чињеничног стања“. Несумњиво је да је овде заиста реч о закључивању, а оно је погрешно због тога што управо одређени закључак суда не произилази из чињеница које се узимају као доказане.

(22) Поред мишљења наведеног у белешци 3 овог чланка, такву сумњу изражавају и коментатори Закона о парничном поступку — Др. Боривоје Познић и др., изд. „Нове администрације“, Београд, 1957, с. 319.

(23) Објашњења, с. 287.

(24) Др. Тихомир Васиљевић: Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 1957, с. 340.

(25) Др. Срећко Цуља: Грађански парнични поступак ФНРЈ, Загреб, 1957, с. 530. — Премда Цуља обрађује ово питање са аспекта парничног поступка, оно се може применити и на кривични поступак, јер је уистини реч о идентичној ствари. Међутим, Цуља не инсистира на разликовању погрешног од непотпуног чињеничног стања, јер иако на изложени начин објашњава погрешно чињенично стање, он даље наводи да то представља не само погрешно већ и непотпуно утврђење чињеничног стања.

Према томе, није увек реч само о постојању односно непостојању чињеница. Напротив, има и случајева када су чињенице ту, оне су утврђене, само што из њих суд није извео правилан закључак, није их правилно ценито. Због тога се, при обради овога питања и намеће потреба објашњавања појма закључивања као умне операције.

У објашњењу појма закључивања неопходно је ослонити се на принципе формалне логике односно елементарнологичког доказивања — оповргавања (26). Међутим, треба нагласити да поред елементарнологичког доказивања у кривичном поступку долази до примене и дијалектичко доказивање.

С обзиром на околност да закључивање о чињеницама може бити како на основу непосредно изведених доказа тако и на основу посредних доказа, то је и само закључивање непосредно и посредно.

а) Непосредно закључивање је оно које се изводи на основу датог, одређеног суда (расуђивања, мишљења) не прибегавајући никаквом трећем, посредном суду (расуђивању, мишљењу). Код непосредног закључивања употребљавају се два начина: супротстављање и преобраћање-конверзија (27). Супротстављање се састоји у томе што се из истинитости једног суда непосредно закључује о лажности другог и обратно, из лажности једног непосредно закључује о истинитости другог. Супротстављање допушта да једна ствар јесте или није, а искључује сваку средину, јер с једне стране стоји афирмација а с друге стране негација те афирмације. На пример, ако је истина да су сви људи смртни, онда је лаж да неки нису. Преобраћање се састоји у извлачењу из једне одређене поставке неке друге, нове поставке, не мењајући при томе само својство те поставке већ претварајући подмет у атрибут и обратно. На пример, неки људи су паметни — неки паметни су људи. Непосредно закључивање о постојању чињеница у кривичном поступку је, на пример, када сведок изјављује да је видео оптуженог како одузима туђу покретну ствар, јер из таквог исказа суд непосредно закључује чињеницу противправног присвајања.

б) Посредно закључивање увек претпоставља трећи елемент односно посредни суд између првог суда и закључка. Посредно закључивање се изводи путем силогизама, тј. расправљања у коме самим тим што је једна чињеница установљена (дата) неминовно произилази друга чињеница. Сваки силогизам садржи две премисе из којих неопходно произилази закључак. Премисе се постављају хипотетички, а закључак увек следи постављеним, датим хипотезама односно премисама. Утврђивање чињеница путем сило-

(26) Код нас је покренута дискусија по питању да ли је формална логичка теорија доказивања и оповргавања дефинитивна и да ли дијалектичка логика има шта да измени или дода том учењу. Интересантна су излагања о овом питању Б. Шеша који сматра да поред елементарнологичког доказивања, постоји и дијалектичко доказивање и да се ова два начина не искључују већ да пракса научног сазнања указује да свако од њих мора да се употреби на одговарајућем месту. Тако, елементарнологичко доказивање — оповргавање је нужно и води истини у односу на све предмете елементарнологичке одређености, оне које у могућности допуштају „једно или друго“ а у стварности само једно, док је дијалектичко доказивање-оповргавање нужно у односу на све предмете, појаве дијалектички сложене одређености (Види Б. Шеша: Елементарно логички и дијалектички односи противстава у доказивању — оповргавању, „Филозофски преглед“, бр. 3/53).

(27) Сва ова излагања о правилима формалне логике узета су од Elie Rabier: *Leçons de Philosophie, II Logique*, Paris, 1888, ch. IV i V.

гизама у кривичном поступку особито долази до израза код индиција. На пример, ако се постави као премиса да се претње остварују, а утврђено је да је оптужени претио да ће изазвати пожар, онда се закључује да је оптужени и изазвао одређени пожар (28).

Имајући у виду изложени процес формирања закључака, сасвим је могуће да се при утврђивању чињеница поступило на начин противан законима логичког мишљења те да је, према томе, и закључак о чињеничном стању погрешан односно да је чињенично стање погрешно утврђено. Да ли је, међутим, тај и такав закључак и заиста погрешан, налази виши суд када одлучује о жалби, конкретизирајући увек у чему се састоји погрешно закључивање. У пракси се овако и поступа, што произлази из примера који ће ниже бити наведени. Тако је Врховни суд НР Хрватске нашао да не следи закључак о примени алкохолних пића у сврху да се оштећена против своје воље доведе у несвесно стање или да се онеспособи за отпор, на основу чињенице што је она једном хтела изаћи из друштва оптужених али да ју је један од њих одвраћао. Па ни наговештај оптужених да ће је полно употребити још не упућује на то да је оптужена узимала алкохол против своје воље (29). У овом смислу је и одлука Врховног суда НР Словеније у којој се наводи да се суд није могао сложити ни са самом констатацијом да је оптужени пропуштањем правилног вођења евиденције учинио кривично дело из чл. 317 Кривичног законика. То кривично дело може се учинити само умишљајем и оптужени треба да је свестан очигледне алкавости у своме раду или барем да пристане на њу. Да би се могло пребацити да оптужени није водио правилну евиденцију и да је тиме поступао очигледно алкаво, треба да је оптужени ту службу познавао и да је упркос томе намерно или барем са пристанком занемаривао своје дужности (30). На сличан начин третира погрешно закључивање и Савезни врховни суд, сматрајући да ако из спроведених доказа на главном претресу првостепени суд закључи да није доказана нека одлучна чињеница — није доказана стрижа коња, а тиме и одузимање туђе покретне ствари само на основу чињенице што је оптужена носила и предала откупној станици коњску длаку — може бити говора о погрешном чињеничном закључивању (31). Из наведених примера произлази да је погрешно утврђено чињенично стање онда када се утврди нешто што у ствари не стоји у оном смислу у коме се тврди да исто постоји.

У вези са овим поставља се и питање допуштености побијања слободне оценое доказа. Слободна оцена доказа или слободно судијско уверење састоји се у неограничености посебним формалним доказним правилима при оцењивању постојања или непостојања чињеница — чл. 10 Законика о кривичном поступку. Премда суд није везан никаквим формалним правилима, то нипошто не значи да у утврђивању чињеница, у чињеничном закључивању може да се поступа самовољно и без икаквог

(28) Треба истаћи да при доказивању индицијама није довољно постојање само једне, као у наведеном примеру, већ је неопходно да постоји више индиција које логички повезане стварају уверење о постојању правно релевантних чињеница.

(29) Збирка одлука, 1954, одлука бр. 17.

(30) Збирка судских одлука, књ. прва, св. прва, 1956, одлука бр. 48.

(31) „Правни живот“, бр. 8—9/56, с. 59.

ослонца на стварност, јер слобода воље не значи ништа друго до способност доношења одлука на основу познавања ствари, а та слобода се састоји у власти над самим собом и над спољном природом заснованој на сазнању природне нужности (32). Несумњиво је да Енгелсово схватање слободе и њена зависност, њена условљеност нужношћу (33) савршено одговара и слободној оцени доказа у кривичном поступку, те уколико је слободнији суд неког човека о одређеним питањима, утолико ће већом нужношћу бити одређена садржина тог суда. Према томе, уколико се чињенични закључак не заснива на познавању ствари, на законима логичког мишљења, уколико он није нужан и логичан, он се може нападати, јер то није у противности са схватањем слободе у оцењивању постојања односно непостојања чињеница.

Због свега тога и треба допустити вишем суду испитивање правилности закључака нижег суда, тј. правилност и основаност његовог уверења о постојању или непостојању правно релевантних чињеница. Једну тако значајну улогу, као што је утврђење чињеница, не треба препустити искључиво првостепеном суду и оставити га без сваке контроле, већ и у томе треба у одговарајућој мери ангажовати такву активност вишег суда. Забрана побијања слободне оцене доказа била би у супротности са схватањем слободе као сазнања нужности, а то сазнање није и не може бити привилегија само првостепеног суда. И у том сазнању су могуће грешке чије уочавање и исправљање треба препустити вишем суду.

Побијање слободне оцене доказа у нашем кривичном поступку омогућено је и дужношћу суда да изнесе основ свога уверења, тј. да одређено и потпуно изнесе које чињенице и из којих разлога узима као доказане или недоказане, дајући при томе нарочито оцену веродостојности противречних доказа — чл. 336, ст. 7, Законика о кривичном поступку. Сврха ове дужности је да странкама односно вишем суду у поступку по правним лексима омогући контролу правилности, нужности и оправданости закључака при утврђивању чињеничког стања, и уколико виши суд нађе да ти закључци нису правилни, нужни и оправдани, овлашћен је да укаже на њихове недостатке што значи да нађе да првостепени суд није правилно оцењивао и закључивао.

Поред погрешног утврђивања чињеница у напред изложеном смислу, у кривичном поступку је могуће и изопачивање чињеница, што се исто тако подводи под појам погрешног утврђивања чињеничког стања. Изопачавање чињеница је када суд у конкретном случају узима за утврђену чињеницу за коју то не произлази из садржине поступка или када одбацује чињеницу која је утврђена у поступку, итд., јер је све то израз самовоље и нема ничег заједничког са слободном оценом.

2) Други недостатак чињеничког стања састоји се у његовом непотпуном утврђењу. Овај недостатак, у поређењу са погрешно утврђеним чињеничним стањем, само на први поглед и с обзиром на реч „непотпуно“ изгледа јаснији. Међутим, и он може у примени да ствара извесне тешкоће које резултирају из непрецизности закона.

(32) Фридрих Енгелс: Антидиринг, „Напријед“, Загреб, с. 117.

(33) Енгелс: н. д., с. 118.

Да би се схватио појам непотпуног утврђивања чињеничког стања потребно је претходно одредити његову супротност, наиме појам потпуног чињеничког стања.

Под потпуним чињеничним стањем разуме се оно у коме су установљене све правно релевантне чињенице које су неопходне за примену материјалног права. Другим речима, ту спадају све оне чињенице које чине предмет и садржину доказивања (*thema probandi*). Према томе, непотпуно чињенично стање је оно у коме није утврђено све оно што је предуслов за правилну примену материјалног права, за правилно пресуђење (34). Ова непотпуност може бити, пре свега, у томе што нека доказна чињеница (*probatio argumentum*) није искоришћена за доказивање одлучне чињенице (*thema probandi*) или другим речима, иако је прибављен доказ у његовом логичком смислу, тај доказ није искоришћен у процесном смислу јер није послужио као доказни основ. Ова непотпуност, ова празнина може бити последица немарности, неспособности, итд., оних у чију дужност спада утврђивање чињеница. Међутим, она може резултирати и из правне оријентације, правног схватања нижег суда, а за коју виши суд налази да није адекватна за конкретни случај, што може довести до ситуације да први суд сматра да су неке чињенице ирелевантне а други суд налази да су управо оне правно релевантне. Тако је Врховни суд НР Хрватске нашао да је чињенично стање непотпуно, јер је првостепени суд о постојању одбране неопходне за одбијање истовременог противправног напада одлучивао само по томе какво оруђе је употребљено у нападу и у одбрани а није узео у обзир околности (35). И Савезни суд је у једној својој одлуци нашао да је првостепени суд непотпуно утврдио чињенично стање, јер у погледу битних чињеница није искористио све доказе које је имао на расположењу у томе што није ценио поднеске оштећеног (36).

Сложеније питање је да ли као непотпуно чињенично стање треба сматрати и оно у коме неке околности нису довољно испитане, а да би се могла дати оцена о потпуности чињеничког стања утврђеног од првостепеног суда треба поједине од тих околности још испитати а можда у нечему и допунити. У овоме треба правити разлику између ситуације када су доказни основи за све одлучне чињенице прибављени, те се и јавља потреба њихове накнадне и допунске оцене. У оваквом случају треба узети да је реч о погрешном утврђењу чињеничког стања, јер, иако стоји непотпуност, она се односи на оцену доказа, а та непотпуност оцењивања има за последицу погрешно утврђење чињеничког стања, а не пропуштање утврђења чињенице релевантне за одлуку (37). Међутим, и пракса се по овом питању колеба, јер се сусрећу и такве одлуке из којих произилази да је и у случајевима празнина у оцењивању реч о непотпуно

(34) Слично и Васиљевић који сматра да се остварење потпуности чињеничног стања заснива на тврђењу да су неке чињенице важне за пресуду остале неразјашњене или докази о истинитости тих чињеница нису у потпуности изведени (н. д., с. 340). И неки коментатори нашег парничног поступка сматрају да непотпуно чињенично стање стоји онда када првостепени суд пропусти да утврди неке чињенице за које виши суд држи да су важне за дотични случај (Др. Б. Познић и др.: н. д., с. 319).

(35) Збирка судских одлука, књ. прва, св. друга, 1955, одл. бр. 272.

(36) „Правни живот“, бр. 3/56, с. 26.

(37) Постоји и супротно мишљење које налази да је у суштини и овде реч о непотпуно утврђеном чињеничном стању (Објашњења, с. 287).

утврђеном чињеничном ставу а не о погрешном утврђењу (38), али су ипак најчешће такве одлуке у коме се ове две ситуације не разликују већ у одлукама виших судова стоји да је чињенично стање погрешно и непотпуно утврђено (39). Друга ситуација је када се указује потреба допуњавања чињеничког стања, у ком случају је реч о очигледној празнини а тиме и о непотпуно утврђеном чињеничном стању. Тако је Савезни врховни суд укинуо правоснажну пресуду због тога што је у поступку према окривљеном малолетнику пропуштено да се утврде прилике у којима је малолетник живео и друге околности потребне ради упознавања његове личности (40).

Непотпуно чињенично стање према нашем Законику о кривичном поступку постоји и онда када на то указују нове чињенице или нови докази. Као што је већ напоменуто, непрецизност закона у односу на нове чињенице и нове доказе поставља проблем да ли под тиме треба разумети само одлучне чињенице или и све друге чињенице које могу да послуже као доказни основ. Нема сумње да се у овоме не могу постављати општа правила, јер у крајњој консеквенци ипак све зависи од односа који постоји између оних чињеница и доказа који представљају само доказне основе и чије извођење се предлаже, и одлучних, правно релевантних чињеница које су од значаја управо за дати случај и које, према томе, и мора да се утврђују. Међутим, уколико је реч о таквим новим чињеницама и доказима који су очигледно безначајни и по својој суштини неподобни да битно измене чињенично стање, за њих се не би могло рећи да представљају недостатак процесне активности и чињеничног стања.

Др. Панча Марина

ПИТАЊЕ РИЗИКА ПО ЖЕНЕВСКИМ УГОВОРИМА

I. Типски уговори ЕСЕ (Женевски уговори). — Под окриљем Економске комисије за Европу ОУН до сада су били издати следећи типски уговори: Општи услови за добаву стројне опреме за извоз у 1953 (Опрема 188) и алтернатива томе уговору у 1955 (Опрема 574); Општи услови за добаву и монтажу опреме за извоз и увоз (188 А) и алтернатива (574 А); Општи услови за извоз и увоз меканог дрвета у 1955 (бр. 410); Општи услови за продају житарица у 1957 до 1960 (1 А, 1 В, 2 В, 3 А, 3 В, 4, А, 4 В, 5 А, 5 В, 6 А, 6 В); Општи услови за продају цитрусовог воћа (наранџе и лимуни) као и општи услови за извоз и увоз тврдог горива у 1958 а у марту 1961 Општи услови за увоз и извоз трајних потрошних добара и других производа механичке индустрије (бр. 730). Сви ови узорци уговора састављени су на енглеском, француском и руском језику, а сваки од њих се сматра подједнако аутентичним. Намена састављања типских уговора није била да се њихова примена сматра обавезном него да се ти

(38) Збирка одлука, 1954, бр. 129.

(39) Збирка судских одлука, књ. прва, св. прва, 1956, бр. 48.

(40) Збирка судских одлука, књ. трећа, св. прва, 1958, бр. 22.

уговорни типови употребљавају само уколико би уговорачи сматрали да им одговарају. Баш због тога су редактори морали тежити и за тим да узму у обзир и различитост правних система.

II. *Проблеми.* — Подела ризика између странака је један од најбитнијих елемената сваког уговорног односа, али је у разним правним системима различито уређена. Правило ризика стварног права (*periculum rei: casum sentit dominus*) долази у облигационим односима у обзир само ако не постоје посебна правила. Не долази у обзир ако ризику није изложена ствар него рад; ако се ризик не односи на пропаст или оштећење ствари него на немогућност из других разлога (забране); ако су странке саме уговориле сношење ризика по другим принципима; ако је правним правилима сношење ризика посебно уређено. У неким земљама је објективна одговорност дужника за испуњење (терет ризика) правило, а у другим изузетак. У многим земљама немогућност испуњења узрок је раскида уговора. Различито је у разним порецима уређен и однос између *periculum rei* и *periculum obligationis*: правило о раскидању уговора не долази у обзир ако је терет ризика губитка или оштећења ствари већ прелазило на повериоца. Упркос настојању да се са утачањем клаузула и типским уговорима избегну нејасности и празнине ипак се у пракси ове појављују. У таквим случају треба применити правни поредак који је назначен у колизионој одредби коју садржи сваки типски уговор. Странке обично не познају разлике различитих система, па наилазе на сасвим друге резултате од оних које су имале у виду склапањем уговора.

III. *Ризик у женевским стандардним уговорима.* — А. *Ризик у случају накнадне немогућности испуњења.* — Женевски стандардни уговори усвојили су више система расправљања накнадне немогућности испуњења: систем субјективне и систем објективне одговорности за испуњење.

I. *Појам накнадне немогућности.* — а. *Систем субјективне одговорности.* — Систем одговорности за кривицу усвојили су уговори о житу. Ако извршење уговора постане апсолутно и трајно немогуће због ванредних догађаја који настану независно од воље странака после закључења уговора, уговор се раскида а ни једна страна није дужна платити одштету (Житарице 1 А 19.1) Слично је становиште уговора о опреми бр. 574 који не говори о ванредним догађајима, него о околностима независним од воље странака, које онемогућују извршење уговора у нормалним приликама. Уговор даље прецизира да се у смислу ове клаузуле сматрају као околности које не зависе од воље странака оне околности које не резултирају од кривице (*faute, fault*) странке која их проузрокује (Опрема бр. 10.1, 574 А, 25.1).

По нашим узансама за промет робом дужник начелно одговара по субјективном принципу: кад дужник не испуни своју обавезу дужан је да накнади повериоцу штету која му је тиме нанета, изузев ако је до неиспуњења дошло из узрока за које није одговоран (уз. бр. 230.). За које узроке дужник није одговоран произлази из прописа о његовој дилигенцији. Странка је дужна да при испуњењу своје обавезе поступа са пажњом која се у пословном промету захтева (уз. бр. 60). Непоступање са оваквом пажњом узроци су дакле за које дужник одговара. Такво је становиште неких

теоретичара (1). А други теоретичари, напротив, мисле да узансе одређују објективну одговорност (2). Али пошто не би имало смисла да узансе одређују дилигенцију ако је странка у сваком случају одговорна за испуњење — без обзира има ли кривице до ње — сматрамо да је прво мишљење више уверљиво.

б. *Систем објективне одговорности.* — И овај систем познају неки стандардни уговори. Уговор — Опрема бр. 188 одређује, на пример, да се сматрају као узроци који растеређују дужника оне околности које се десе после закључења уговора, а онемогућују извршење тога уговора: сукоби у радним односима и друге околности као пожар, мобилизација, реквизиција, ембарго, забрана преношења девиза, устанак, оскудица превозних средстава, општа оскудица снабдевања (*approvisionnement*), скраћење употребе енергије, а све то само у случају ако су те околности независне од воље странака (188, 10.1, и 188 А 25.1). Странка која се позива на те околности дужна је без одлагања писменим путем обавестити другу страну о настанку и престанку тих догађаја (бр. 188 10.2, 188 А 25.2). Ако због тих околности испуњење уговора у разумном року постаје немогуће, свака од странака може се ослободити обавезе простом писменом нотификацијом, није докле потребно тражити раскидање уговора пред судом (188 10.3, 188 А 25.3.).

в. *Неодређени систем.* — У уговору (општим условима за извоз и увоз меканог пиљеног дрвета бр. 410) одређено је да се сматрају као узроци ослобођења одговорности околности које нису зависне од воље странака, а које пажљив (*diligent*) саговорач није могао отклонити и чије последице није могао спречити, када те околности настану после склапања уговора и онемогуће потпуно или делимично извршење уговора (18.1). Сасвим сличан пропис садржи и уговор (Општи услови) за извоз и увоз тврдых горива (13.1). Да ли је овде нормирана објективна или субјективна одговорност? Из саме дикције могли бисмо рећи да је овде субјективна одговорност: странка одговара за *culpa levissima*. Ако контрахент докаже да није ништа занемарио да би штету избегао или да би спречио штетне последице, није одговоран; довољно је, дакле, да докаже да није крив.

Али овде се поставља питање да ли странка заиста не одговара за околности на њезиној страни, за околности које извиру из унутрашњости њеног подхвата погона. Неки правни пореци наике под сличним дефиницијама подразумевају вишу силу: релативна (конкретна) теорија више силе не узима у обзир општу могућност спречавања губитака или оштећења него могућност коју има странка која би сносила одговорност да нема разлога за искључивање одговорности. Такав је случај у швајцарском праву: чл. 6 или 176 транспортног регламента (3). Тако је усвојена дефиниција више силе међународног уговора о превозу робе железницом. Слично одређује и наш закон о превозу на железницама („железница се

(1) Владимир Капор: Уговори о куповини и продаји робе, Београд, 1957, с. 98: слично Rosina: Ali je našelo krivdne odgovornosti podjetij za škodo opuščeno? „Pravnik“, 1956, št. 9, s. 229.

(2) Прица: Накнада штете због неиспуњења уговора о куповини и продаји, „Анали“ 1957, 39; Mihelak: Pogodbe blagovnega prometa, Ljubljana, 1958, s. 142.

(3) „Die Eisenbahn haftet [...] wenn sie nicht beweist dass der Schaden [...] durch Umstände herbeigeführt worden ist, die sie nicht abzuwenden und denen sie auch nicht abzuhelpfen vermochte“.

ослобађа одговорности за накнаду штете ако докаже да је штета проузрокована услед околности које није могла предвидети нити избећи, односно чије последице није била у стању отклонити“ — чл. 95). Иако та дефиниција одговара дефиницији у чл. 27 § 2 *CIM* (конвенције о превозу путника, пртљага и робе железницама, *Међународни уговори*, бр. 55 из 1955) (4), у погледу које је познато да је на тај начин изразила (дефинирала) појам више силе (у пређашњим текстовима конвенције била је на име употребљавана реч виша сила) (5), данас је у нашој литератури ипак спорно да ли је одговорност железнице објективна са изузетком више силе или је одговорност субјективна (6). Са становишта француске теорије, случај, како је одређен у поменутих уговорима, не би се могао сматрати вишом силом, јер француско право схвата вишу силу само апстрактно (7), тамо важи дакле апсолутна (апстрактна) теорија, по којој се узима општа могућност било којег субјекта да спречи ванредни догађај.

Из тога произилази да у пракси сигурно свака странка интерпретира такав уговор на онај начин који одговара становишту које је заузело њезино право.

2. *Дужности странака у вези са немогућношћу*. — У свим поменутих уговорима предвиђена је дужност дужника који је спречен накнадном немогућношћу да испуни уговор. Таква дужност у правним порецима није прописана, али се у теорији сматра да постоји, јер произилази из дужникове дилигенције. Према поменутих клаузулама у уговорима странка, коју погађа околност из које произилази немогућност, дужна је без одлагања телеграфским путем обавестити другу странку о том догађају. На исти начин је дужна обавестити странку и о престанку те околности. Ако то не учини, одговара за штету коју би тиме проузроковала другој странци, осим ако је било немогуће да шаље обавештење (Гориво 13.2; Житарице 19.4; Мекано дрво 18.2; Опрема 188 10.2, 188 А 25.3, 574 10.2, 574 А 25.2; само уговори о опреми не предвиђају испречење могућности обавештења, *Цитрус* 13.2).

3. *Последице немогућности*. — Као и правни процеси, и типски уговори праве разлику између случајева привремене и трајне немогућности. Упркос привремене немогућности уговор остаје на снази. Али док се у већини правних поредака време доспелости продужује само за неки целисходни рок, у женевским уговорима рокови су одређени: странке треба да их одреде за време закључења уговора, али рок не може бити дужи од трајања околности која спречава испуњење. Трајна немогућност није само немогућност која уопште неће отпасти него свака немогућност, која

(4) „Le chemin de fer est déchargé de cette responsabilité si [...] la perte ou l'avarie a eu pour cause [...] de circonstances que le chemin de fer ne pouvait pas éviter et aux conséquences des quelles ne pouvait pas obvier“. (Art. 27 § 2).

(5) Bela Nánassy: Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht, Leipzig 1956, 531 seq. То произлази из реферата Централног уреда у Верну (бр. 74).

(6) То становиште заузима Томашић: Да ли су Међународна конвенција о привезу робе на железницама и закон о привезу на железницама ублажили објективну одговорност железница, „Наша законитост“, бр. 7—8/58, с. 315, који тврди да спољашност догађаја није више услов за вишу силу.

(7) „L'imprévisibilité et l'irrésistibilité s'apprécient in abstracto. Il ne s'agit donc pas de rechercher si le défendeur lui même pouvait prévoir l'événement et y résister, mais si un individu avisé placé dans les mêmes circonstances, l'aurait prévu ou empêché“, (Mazeaud: Leçons de droit civil, Paris, 1956, p. 518).

траје преко рокова које су уговорнице унапред одредиле. У женевским уговорима уговор се у том случају не раскида аутоматски као што је то случај у правним порецима. Према италијанском праву обавеза престаје због накнадне немогућности за коју дужник не одговара (8). Исто важи по ОГЗ због накнадне немогућности испуњења престаје обавеза (§ 1447 ОГЗ). Слично одређују швајцарско право (чл. 119 OR) (9), совјетско право (чл. 118 ГК РСФСР), француско право (чл. 1302 CC) (10) и немачко право (11). И енглеска пракса одређује да немогућност (*frustration*) повлачи за собом раскид уговора (*frustrating event discharges the contract immediately*) (12). Према поменутој енглеској пракси (13) уговор не престаје *ab initio* (14). Оно што једна страна већ дугује пре догађаја (немогућности) не враћа се јер се не раскида уговор у погледу дужности супротне странке која доспе после догађаја. Нема дакле узајамности обавеза у уговору. Али *Law Reform Frustrated Contracts Act* изменио је ову праксу и заузео становиште које је ближе континенталном јер одређује: ако се уговор раскине због немогућности (*frustration*) свака страна има право да од друге тражи повраћај онога што је већ дала (15). Међутим, од овог начела има много изузетака (16).

Ко сноси, дакле, ризик ако се уговор раскине? Резултат раскидања је по општој теорији у томе да у тим случајевима немогућности испуњења ризик сноси она страна, која има право на ствари, ако је уништена нека ствар, односно страна која је с обзиром на уговор већ учинила неке трошкове, уложила неки рад. Последице забране државних органа сноси она страна које се забрана тиче (на коју се забрана односи) или која је на основу стварног права овлашћена у односу на ствар која је стављена ван промета. Пошто нема облигације, не постоји ни *risico obligationis* већ само ризик по стварноправним правилима: *periculum rei*.

Али у правним порецима предвиђени су случајеви у којима се уговор не раскида, а ризик мора сносити странка коју право одређује. То

(8) „La obligatione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile“ (art. 1256 CC).

(9) „Soweit durch Umstände die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen“ (Art. 119 OR).

(10) „Lorsque le corps certain et déterminé qui était de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose est perdue sans la faute du débiteur (et avant qu'il fut en demeure“ (art. 1302 CC).

(11) „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird“ (§ 275 BGB).

(12) Cheshire: op. cit., p. 74. Тако одређује и тач. 7 Sale of Goods Act-a 1893 да купопродајни уговор престаје ако је продата species а ризик није још прешао на купца.

(13) „Where there is an agreement to sell specific goods, and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer, the agreements is thereby avoided“.

(14) „Each party must fulfil his contractual obligations so far as they have fallen due before the frustrating event, but he is excused from performing those that fall due later“ (Cheshire: op. cit., p. 475, Krell v. Henry, 1903).

(15) „Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract [...] where any party to the contract has, by the reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit [...] before the time of discharge, these shall be recoverable from him by the other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case.“

(16) Schmitthoff: The Sale of Goods, London, 1951, p. 245.

су случајеви доцње. Доцња дужника или повериоца проузрокује прелаз ризика за накнадну немогућност испуњења на онога који је у доцњи. Али становиште разних правних поредака је различито. У неким је услов да је странка за доцњу одговорна (на пример, немачко право, § 287 BGB за дужника) (17). Али кривица се не узима у обзир ако је поверилац у доцњи, јер не постоји дужност него само право преузимања ствари (18). Објективном доцњом ризик немогућности већ прелази на повериоца (чл. 324 BGB) (19). Совјетско право (РСФСР) одређује да дужник сноси одговорност за немогућност испуњења која је настала случајно, ако је у доцњи. А дужник је у доцњи само ако је она наступила из узрока за који је дужник одговоран (чл. 121 и примедба) (20). У другим правним порецима одговорност за доцњу (дужника и повериоца) није услов за прелаз ризика за неиспуњење (§§ 1419 и 920 ОГЗ) и по италијанском праву сноси и дужник (21) и поверилац (22) у доцњи ризик накнадне немогућности испуњења. Ни по швајцарском праву (чл. 102 OR) није потребна одговорност дужника у доцњи: доцња не може да буде проузрокована објективним разлозима, а ипак дужник одговара за немогућност испуњења које је настало случајно за време доцње (чл. 103 OR) (23). Одговорност за доцњу повериоца није посебно нормирана јер ризик прелази на повериоца код куповине по *species*-у већ склапањем уговора (24). Само за уговор о делу (послу) је одређено да прелази ризик на повериоца ако је у доцњи са преузимањем ствари (чл. 376 OR), јер код тога уговора ризик не прелази већ у моменту закључења уговора. Чак по енглеском праву одговара поверилац у доцњи дужнику за штету која настаје због његове *moraе creditoris* (25). Као што је речено, женевски уговори не знају за аутоматско раскидање уговора, већ свака странка има право да обичном изјавом раскине уговор. Уговор се раскида само делимично ако се узрок односи само на део уговора. Само ако природа уговора дозвољава потпуно раскидање и делимична немогућност има утицај на уговор као целину.

Да ли је солуција у женевским уговорима боља од оне у правним порецима? Становиште које су заузели женевски уговори има своје практично значење јер ствара јасан положај. Када немогућност погађа само неки део уговорне обавезе, при аутоматском раскиду није извесно да ли ће се облигација раскинути у целости или само делимично. Странке

(17) „Der Schuldner ist auch für während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitig Leistung eingetreten sein würde“ (287 BGB). „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt den er nicht zu vertreten hat“ (§ 285 BGB).

(18) Enneccerus: op. cit., p. 236.

(19) „Die Gefahr der Gegenleistung (Vergütungsgefahr) geht mit dem Eintritt des Annahmeverzuges auf den Gläubiger über“ (Enneccerus: op. cit., p. 238).

(20) Арапов: н. д., I, с. 504.

(21) „Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore“ (art. 1221 CC).

(22) „Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore“ (art. 1207 CC).

(23) „Befindet sich der Schuldner im Verzuge so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch den Zufall“ (Art. 103 OR).

(24) Andreas Türr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen, 1924, S. 475.

(25) Schmitthoff: The Sale of Goods, p. 165.

се декларацијом изјашњавају да ли уговор сматрају још важећим или не. Странка која би хтела одржати уговор у важности морала би судски оправдати своје тврђење да немогућност не постоји, односно да нема утицаја на правни однос у целисти.

Странке могу у женевским уговорима одредити различите рокове доспелости за обавезу сваке од њих за случај привремене немогућности испуњења. У том случају је дужна она страна у корист које је одређен краћи рок, без одлагања телеграфски обавестити другу странку какву одлуку ће донети у погледу важности уговора (Цитрус 13.4, Мекано дрво 18.4).

Према становишту правних поредака, свака странка је дужна сносити оне трошкове које је сама учинила: пошто се уговор раскида, нема разлога да их сноси друга страна уговорница. Такво становиште је заступала и југословенска делегација при разматрању нацрта уговора. То је било и становиште Удруженог краљевства, Италије и Турске (Commentaires E/ECE/169, E/ECE/IM/WP 5/9). Међутим, у уговорима је на посебан начин уређено питање трошкова. Одређено је да се странке накнадно договоре о подели трошкова (Опрема 188 10.4, 188 А 25.4, 574 10.4, 574 А 25.4). Мислило се да то питање реши арбитар тражећи праведно решење (*amiable accord*). Тиме је било усвојено становиште Швајцарске и Шведске које су тврдиле на основу праксе, која се показала у прошлом рату, да је немогуће трошкове поделити према неким општим принципима. Уговори о опреми су изгледа усвојили у погледу одступања од уговора становиште енглеског права: ако је странка из било којег разлога одступила од уговора, такво одступање нема утицаја на тражбине које су већ доспеле (Опрема 188 12.1, 188 А 27.1, 574 А 27.1). Ову клаузулу су предложиле Холандија и Удружено краљевство, са образложењем да желе тиме спречити поништење уговора који се већ почео извршавати. Ако се има у виду постојање узајамности облигација обе странке, против такве клаузуле нема приговора. Али, ако се уговорни однос (куповине и продаје) не сматра узајамним, и према томе није већ обављено испуњење зависно од испуњења друге странке (које још није доспело), долазимо до резултата до којег доводи енглеска унутрашња пракса, према којој странка која је већ испунила своју тражбину нема право тражити повраћај онога што је дала иако је друга странка због немогућности испуњења ослобођена своје обавезе. Такво становиште се у основу коси са становиштем континенталних поредака, а ипак би могло да у спору дође и до такве интерпретације јер се из садржине не види јасно да ли женевски уговори стоје на супротном становишту.

Доцњу у вези са накнадном немогућношћу испуњења помињу само неки женевски уговори: одређују само да се уговор не може раскинути (једностраном изјавом) ако је у доцњи поверилац (Опрема 10.3 у вези са 8.7, 188 А 25.3 у вези са 11.7, 574 10.3 у вези са 8.7, 574 А 25.3 у вези са 11.7) или ако је у доцњи дужник (Опрема 188 10.3, у вези са 7.5, 7.7, 574 10.3 у вези са 7.5, 7.7, 188 А 25.3 у вези са 20.5, 574 А 25.3 у вези са 20.5). Други уговори не помињу могућност насталу за време доцње једне или друге странке.

Б. Ризик у случајевима могућности испуњења: ризик губитка и оштећења ствари. — Многи стандардни уговори нису одредили нека општа правила о томе ко мора сносити ризик за уништење или погоршање ствари у случајевима када је испуњење немогуће. У њима је предвиђено само како се интерпретирају разне клаузуле у погледу ризика које странке усвоје у свом уговору. Ништа није одређено за случај када странке ништа не уговоре за случај прелаза ризика (26).

У свим случајевима у којима је усвојена клаузула о ризику, ризик прелази углавном по правилима која су опште усвојена (*Incoterms*) и одговарају и нашим узансима за промет робом (уз. 101, 109, 114, 108, 110). Само „франко граница“ по тим уговорима значи да продавац сноси ризик до тренутка када су завршене царинске формалности на граничној станици земље извоза, а продаја „предато“ у неком одређеном месту значи да ризик прелази у месту опредељења у моменту када је прималац дужан преузети робу.

У уговору за мекано дево правила о прелажењу ризика слична су. И овде је странкама остављено да посебним клаузулама одреде прелаз ризика, а у стандардном уговору само су образложене неке клаузуле. Тако је образложена клаузула „из складишта“ (мекано дрво 7.1 а) (27). Клаузула *FAS* нарочито одређује како мора бити роба идентификована (као она која је назначена у уговору за време предаје уз бок брода: потврдом лучких органа или потврдом купчевог преставника или транзитара — *transitaire*). Исту идентификацију прописује и клаузула *ex quai* (клаузуле *CIF*, *FOB*, „франко граница“ и „франко предато“ образложене су исто као код уговора Тврдо гориво.)

У уговорима „Опрема“ ризик прелази на купца у фабрици ако странке не одреде нешто друго. У том случају продавац је дужан купца обавестити писмено ког датума је дужан преузети робу: обавештење мора бити толико благовремено да купац може предузети мере које су нормално потребне у ту сврху (188 6.2, 188 А 9.2). Појам клаузуле „у фабрици“ као и других транспортних клаузула је у првим уговорима одређен према дефиницијама Међународне трговинске коморе (*Incoterms*) на које се уговори позивају (188 6.1, 188 А 9.1). У каснијим уговорима појам се посебно

(26) „Sauf stipulation contraire des parties, les risques passent du vendeur à acheteur: a) dans le cas de vente „franco wagon, camion, péniche (point de départ convenu mine, rivage)“ au moment où l'engin de transport chargé est pris en charge par le transporteur; b) dans le cas de vente *FAS*, au moment où la marchandise a été mise effectivement le long de navire, à condition qu'elle ait été identifiée comme étant la marchandise faisant l'objet du contrat; c) dans le cas de vente „ex quai“, au moment où la marchandise est effectivement mise à quai, à condition qu'elle ait été identifiée comme étant la marchandise faisant l'objet du contrat; dans le cas de vente *FOB*, *CAF* ou *C & F* au moment où la marchandise a effectivement passé le bastingage du navire au port de l'embarquement convenu; e) dans le cas de vente „franco frontière au moment où sont achevées les formalités douanières du poste frontière du pays d'exportation; f) dans le cas de vente „rendu (poste frontière du pays d'importation ou lieu de l'intérieur du pays d'importation)“ dès l'arrivée de la marchandise au point de destination à partir du moment auquel l'acheteur est tenu de prendre livraison de marchandise“. Тврдо гориво 10.2: „Dans les autres modalités de vente, le moment du transfert des risques sera déterminé par les parties dans leur contrat“.

(27) „Dans la vente „ex chantier“ les risques passent du vendeur à l'acheteur au moment où la marchandise a été mise à la disposition de l'acheteur conformément au contrat, étant entendu que le vendeur doit prévenir l'acheteur par écrit de la date à partir de laquelle ce dernier devra prendre livraison de la marchandise aux échéances prévues au contrat. L'avis du vendeur doit être donné suffisamment à l'avance pour permettre à l'acheteur de prendre les mesures normalement nécessaires à cet effet.“

дефинише: Ризик прелази на купца у моменту када продавац ставља на располагање робу купцу у сагласности са уговором, а и ту је дужан продавац купцу благовремено нотифицирати датум преузимања испоруке. Клаузуле *FOB*, *CAF* и франко граница су дефинисане као и у горњим случајевима само што је иза њих посебно прописана благовремена нотификација продавца купцу (Опрема 574 6.1, 6.2, 574 А 9.2).

У уговору „Цитрус“ је као одлучан момент прелажења ризика, у случају ако странке не уговоре нешто друго, одређен за копнене послове момент предаје на превозно средство, а према *FOB* клаузули када је реч о превозињу морем, (прелажење ризика од тренутка преласка робе преко бродске оgrade у луци укрцаја). Као предаја на превозно средство сматра се време када превозник преузме робу ако је утовар његова дужност. А ако је дужан купац обавити утовар (28) ризик прелази тек када је утовар обављен (Цитрус 8.2). Остале клаузуле одговарају горе описаним клаузулама (*FOB*, *CAF*, франко граница, франко предато). Посебна клаузула, коју садржи тај уговор јесте клаузула франко граница земље увоза. Према тој клаузули ризик прелази на купца у тренутку када се роба преда на располагање царинским властима у земљи у коју се роба увози (8.1 е). За житарице је ризик одређен само за случај дистанчне продаје и превозиња морским путем: ризик прелази на купца у тренутку када роба фактички прелази ограду брода у луци укрцавања. Ако је уговор закључен после утовара робе на брод, ризик прелази на купца у моменту закључења уговора (Житарице 1 А, 1 Б, 2 а, 2 В, 3 А, 3 В, 4 А, 4 В, 9.1, 9.2).

Прелаз ризика због доцње помињу типски уговори само у неким случајевима. Тако у уговору мекано дрво ризик прелази на купца због његове доцње преузимања ствари (410 13.1). У уговору тврдо гориво само је одређено да странка која је оштећена због доцње друге странке (повериоца или дужника) има право на отштету (11.4).

V. Однос ризика немогућности испуњења и ризика губитка или оштећења ствари. — Какав је однос између последице ризика пропасти или оштећења ствари и ризика накнадне немогућности испуњења? Неки правни пореци одређују изричитом нормом да се уговор раскида због накнадне немогућности само у случајевима ако дужник сноси терет ризика губитка или оштећења ствари. Ризик немогућности испуњења прелази дакле на повериоца, ако је он дужан сносити ризик губитка или оштећења ствари. Према швајцарском праву потраживање се сматра због накнадне немогућности испуњења угаслим, али то не важи за случајеве у којима је ризик на основу закона или уговора прелазио на повериоца, већ пре испуњења уговора (чл. 119 OR) (29). Енглески закон (*Frustrated Contracts Act*, 1943) одређује да уговор није раскинут, ако се ствар поништи и испуњење онемогући после преласка ризика на купца (30). Слично је стано-

(28) „Franco sur l'engin de transport choisi“.

(29) „Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Gefahren nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht“ (Art. 119 OR).

(30) „The agreement is not avoided if the thing perishes and the performance becomes impossible after the risk passes to the buyer“ (Schmitthoff: *The Sale of Goods* p. 45).

виште ОГЗ. По § 1447 престаје свака обавеза кад каква одређена ствар случајно сасвим пропадне, и дужник није обавезан ни вредност исте ствари накнадити. Ово правило важи и у оним случајевима у којима је испуњење обавезе постало немогућно услед каквог другог случаја. Доктрина ОГЗ сматра да обавеза престаје само ако ризик губитка или оштећења ствари није прешао на повериоца, већ пре догађаја немогућности (31). Такав је случај по § 1049 ОГЗ. Ако су ствари ђутуре погођене, онда пријемник сноси случајну пропаст појединих комада, ако иначе није услед овога целина преко половине вредности оштећена.

Поверилац даље сноси ризик у случајевима транспорта (429 ОГЗ). Коначно због немогућности испуњења обавеза се не гаси у смислу § 1447 ОГЗ, ако поверилац мора сносити ризик због своје доцње (*mora creditoris*), јер по § 1419 ОГЗ на повериоца падају непогодне последице ако је у доцњи примањем исплате.

Стандардни уговори не уређују то питање.

IV. *Закључци.* — Из изложенога се види какве су разлике у гледиштима по питању ризика.

Разлика је у обиму ризика који мора сносити странка: објективна или само субјективна одговорност за испуњење (ризик немогућности испуњења). Разлика је у времену преласка ризика за оштећење или пропаст ствари: момент закључења уговора, момент прелаза својине, момент испуњења уговора, било који уговорени момент, момент када се странка која још није сносила ризик налази у доцњи. Случај прелаза ризика због доцње познају само неки правни пореци: при томе постоје и даље разлике у питању да ли доцња мора да буде скривљена, или је довољно да доцња објективно постоји.

Разлика је и у времену прелаза ризика за немогућност обавезе када је једна од странака у доцњи: у неким порецима и ризик неиспуњења сноси свака странка која је у доцњи, у другим порецима такав прелаз ризика признаје се само ако терети дужника а поверилац је у доцњи, а не признаје се ако терети повериоца а дужник је у доцњи.

Различно је уређен и однос између ризика губитка и оштећења ствари и ризика накнадне немогућности испуњења. У неким правним порецима је тај однос нормиран, а у другим није, али пореци који тај однос нормирају не заузимају исто гледиште. У многим правним уређењима је нормирано да правило о ризику због накнадне немогућности испуњења примарно у обзир долази, тако да искључује правило о ризику губитка или оштећења. Али други правни пореци знају за изузетке од тога правила. У неким ово правило важи само ако ризик за губитак или оштећење није већ пре рока испуњења прелазео на повериоца било на основу закона било на основу уговора. Многи пореци знају за још један изузетан који код других не долази у обзир: ако је поверилац у доцњи и на њега прешао ризик губитка или оштећења који је до тада теретио дужника, на њега прелази и ризик накнадне немогућности испуњења обавезе.

Разлике постоје и у интерпретацији одговорности за испуњење, дакле и о питању ко мора сносити ризик: да ли значи ослобођење од од-

(31) Gschnitzer у Клангу VI, Wien, 1951, S. 555.

говорности због околности које нису зависне од воље странака, а које пажљиви саговорач није могао отклонити и чије последице није могао спречити, ослобођење само у случајевима више силе или у свим случајевима у којима не постоји кривица странке.

Све размотрене разлике су детаљи. Такве детаље странка обично не познаје, ако постоје у правном уређењу које је за њих инострано право. Чак ни стручњаци за случајеве са елементом иностраности не познају многе финесе иностраних права. Из тога произилази да склапањем стандардног уговора свака странка схвата појмове у тим уговорима, па и одредбе њихових последица, у оном смислу у коме се ови појмови и одредбе подразумевају по правном поретку који је странцу познат — осим у изузетном случају кад сам уговор даје квалификације и дефиниције појмова.

У случају спора поменути појмови и одредбе просуђују се по праву на које указује колизиона норма. Ако то право није правни поредак странке, долази до резултата да је странка у моменту закључења уговора имала сасвим другу представу о садржају правних појмова него што ти правни појмови у истини имају: странка је дакле у правној заблуди, и то у битним питањима.

Мислим да је то недостатак стандарних уговора. Оне појмове који се у разним порецима не поклапају у детаљима, требало би дефинисати, последице у уговору утаначити. Тиме би се употреба неких правних норми смањила на минимум: уговор би дао одговор на сва евентуална правна питања. Тако би се постигла што мања правна несигурност која произилази из непознавања финеса иностраних правних поредака.

Др. Стојан Цигој

О СУПРОТНОМ УПРАВНОМ АКТУ

I. Доношење супротног управног акта настаје као последица промена у чињеничним или правним околностима који су служиле као подлога за доношење ранијег управног акта чије дејство престаје на основу супротног управног акта. Промене у чињеничним и правним околностима које служе као подлога за доношење управног акта могу настати у току вођења управног односно управног поступка, а исто тако и пошто је окончан управни односно управног поступак. Ми ћемо овде посматрати углавном дејство промене околности у односу на управне акте који су постали правоснажни а којима су нека лица стекла извесна права.

Ма да је наш Закон о општем управном поступку (даље ЗУП) усвојио начело формалне и материјалне правоснажности управних аката, ипак је предвидео случајеве у којима се надлежним органима дозвољава да одступају од начела материјалне правоснажности и да могу укидати, мењати и оглашавати ништавним материјално правоснажна решења донета у управном поступку. Изузеци од материјалне правоснажности пред-

виђени су у чл. 249—259 (обнова поступка), чл. 261 (захтев за заштиту законитости), чл. 262—264 (поништавање и укидање по праву надзора), чл. 266 (укидање и мењање уз пристанак странке).

Сем тога, извесним посебним прописима предвиђају се случајеви у којима се може правоснажни управни акт ставити ван снаге, ван оних случајева предвиђених ЗУП (на пример, Законом о пензиском осигурању, Законом о ратним војним инвалидима и др.).

Треба истаћи да овде искључујемо наведене изузетке од правоснажности, као случај престанка важности (укидања) решења на основу наступања резолутивног услова. Управни акт са резолутивним условом ступа на снагу одмах и може се извршити, али настајањем предвиђеног догађаја односно околности који су постављени као услов, управни акт се укида и његово дејство престаје.

Исто тако, овде искључујемо и случајеве додатка управног акта који се састоји у придржају опозива. Придржајем опозива као додатком управног акта одређује се да ће се акт опозвати у случају кад наступе одређене околности (1).

Проблем дејства промене чињеничних и правних околности појављује се првенствено у случају трајних односа који се заснивају управним актима. Међутим, тај проблем се појављује и код других а не само код ових управних аката.

II. *Доношење новог супротног управног акта као последица промена чињеничних и правних околности.* — Управни акт доноси се уз услов постојања нових чињеничних и правних околности. За пуноважно доношење управних аката тражи се постојање свих правним прописом предвиђених околности у тренутку њиховог доношења. Стога се поставља питање да ли акт остаје и даље у важности у случају када се чињеничне односно правне околности измене.

Може се поставити начело према коме околности (чињеничне и правне) које су настале после доношења управног акта остају без утицаја на важност тог акта, тј. управни акт остаје и даље да важи са истим правним дејством (2). Од овог правила постоје извесни изузеци.

Одмах треба истаћи да доношење новог супротног управног акта не представља изузетак од правоснажности. Опозивање управног акта (поништавање односно укидање) у ствари представља изузетак од правоснажности, док се доношењем новог управног акта, додуше, укида дејство ранијег акта али се то врши на основу нових измењених околности предвиђених правним прописима.

(1) Неоспорно је да се овај додатак управног акта може ставити онда кад је таква могућност изрично предвиђена правним прописом. Поставља се, међутим, питање да ли се овај додатак може ставити и мимо овог случаја. У управној теорији постоји мишљење да се придржај опозива може ставити у управни акт који се доноси на основу слободне оцене. Као разлог за ово наводи се да кад орган може потпуно одбити захтев странке, може га усвојити и уз придржај опозива. Међутим, ово гледиште се не може прихватити у праву у коме важи начело правоснажности, јер би такав додатак негирао правоснажност управног акта. С обзиром да и наш ЗУП усваја начело правоснажности, то се придржај опозива мимо случајева предвиђених у закону који допуштају изузетке од правоснажности не може стављати.

(2) Види J. Auby: L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs, „Revue du Droit public“, 1959, pp. 431—460.

Ми ћемо посебно разматрати дејство промена чињеничних околности а посебно дејство промена правних околности у односу на управне акте који су стекли правоснажност.

А. Доношење новог супротног акта услед измена чињеничних околности. — 1. — Доношење новог супротног акта услед измена чињеничних околности појављује се најчешће у случају оних управних аката којима се стварају извесна стања односно трајни правни односи (3). Трајни правни односи односно стања заснивају се, по правилу, путем управних аката који имају карактер дозволе (одобрење и сл.); на пример, одобрењем за вођење приватне занатске радње, дозволом за вођење приватне угоститељске радње, решењем о одобрењу конституисања предузећа, одобрењем за изградњу инвестиционих и грађевинских објеката, итд. Међутим, трајни правни односи и стања не заснивају се само путем управних аката који имају карактер дозволе већ и путем других управних аката; на пример, правни однос јавног службеника у служби државног органа или самосталне установе; статус држављанина може се установити решењем о редовном или ванредном прирођењу страних држављања.

Кад је реч о правним актима којима се заснивају трајни правни односи односно извесна стања, сматра се да функција управе није престала с доношењем управног акта већ управа задржава надзор односно извесна права ингеренције над трајним правним односима, тако да она може после протеча извесног времена, а пошто утврди да су настале извесне промене односно наступили одређени услови, донети супротан управни акт којим ће укинути тај трајни правни однос односно стање. У овом случају није реч о опозивању управног акта већ о доношењу новог супротног акта, јер тај нови управни акт има самосталну правну природу и он је донет у својству вршења надзора над правним односима.

На пример, ЗЈС предвиђа услове које лице мора да испуњава да би могло постати јавни службеник (чл. 31); то су општи услови. Сем општих услова лице које ступа у службу треба да испуњава и посебне услове предвиђене прописима за поједине службе. За ступање у службу страног држављанина поставља се као посебан услов прибављање одобрења Савезног односно републичког извршног већа. У истом закону али сасвим одвојено предвиђају се и разлози који представљају основ за престанак службе (чл. 128). Наиме, служба престаје: по споразуму, отказом, по сили закона, или по пресуди дисциплинског суда. По сили закона служба престаје углавном кад службеник изгуби који од услова који се траже при доношењу решења о заснивању службеничког односа; али исто тако по сили закона престаје служба и због других разлога (на пример, услед одласка на одслужење или дослужење војног рока дуже од три месеца; у случају остваривања права на старосну пензију; осуђивања на казну строгог затвора и безусловно на казну затвора дуже од годину дана; самовласног напуштања службе и нејављања на дужност за септембар дана).

У Уредби о занатским радњама и занатским предузећима (чл. 55) наводе се услови за добијање одобрења за вођење приватне занатске радње. Сем ових општих услова републичко извршно веће може прописати и посебне услове за отварање приватних занатских радњи одређене занатске радиности. А у оквиру прописана републичког извршног већа може народни одбор срез прописати посебне услове за отварање приватне занатске радње одређене занатске радиности. Независно од ових одредаба које предвиђају услове за добијање одобрења за вођење приватне занатске радње, у посебним одредбама предвиђају се и разлози због којих приватна занатска радња престаје. Према чл. 63 поменутих уредби приватне занатске радње престају: по сили закона, одјавом имаоца радње, одузимањем одобрења за рад по решењу надлежног државног органа, и смрћу имаоца радње. Приватна занатска радња пак по сили закона престаје из више разлога: ако ималац приватне занатске радње изгуби држављанство ФНРЈ; ако ималац радње изгуби пословну способност, изузев у случају болести; ако ималац радње буде правоснажном пресудом осуђен на казну забране обављања заната; ако не отпочне са радом за време

од годину дана од дана када је издато одобрење за рад; ако за време од три месеца обустави рад без одобрења савета за привреду народног одбора општине; ако не отпочне са радом после истека рока одређеног за привремену обуставу рада. Из ових одредаба произилази да приватна занатска радња углавном престаје у случају кад ималац приватне занатске радње изгуби који од услова који су му потребни за добијање одобрења за вођење приватне занатске радње. Међутим, сем тих разлога у разлозима за престанак приватне занатске радње наведени су и други разлози.

Услови за оснивање предузећа и радње предвиђени су у Уредби о оснивању предузећа и радњи. Међутим, услови за престанак предузећа и радњи предвиђени су у посебној уредби — у Уредби о престанку предузећа и радњи. Предузеће односно радња према чл. 1 наведене уредбе престаје: кад народни одбор одлучи о престанку предузећа ако не постоје економски услови за даљи рад предузећа; кад народни одбор и други државни органи у случајевима предвиђеним посебним прописима забране даљи рад предузећа; кад се над предузећем спроведе поступак принудне ликвидације.

Издавање дозвола за вођење приватних угоститељских радњи регулисано је углавном републичким прописима. У тим прописима предвиђени су услови које мора испуњавати одређено лице да би добило дозволу за вођење приватне угоститељске радње. Међутим, у посебним одредбама предвиђени су разлози због којих се дозвола за рад приватних угоститељских радњи може одузети. На пример, према прописима неких народних република дозвола за рад може се одузети: ако власник после писмене опомене води радњу супротно издатој дозволи; ако је власник осуђен на казну затвора дужу од једне године или казну строгог затвора дужу од 6 месеци; ако је власник поново кажњен за прекршај који указује на нехигијенско обављање угоститељских услуга или немарљиво одржавање просторија радње; ако власник не плати дужну порезу у року од 6 месеци по саопштењу разреза или аконтације. Поред ових случајева дозвола се може одузети, према прописима неких република, и у случају ако се месни услови и потребе тако измене да даље постојање приватне угоститељске радње није потребно.

Закон о држављанству предвиђа одређене услове за стране држављане који желе да постану наши држављани путем редовног или изванредног припојења. У посебним пак одредбама предвиђају се разлози због којих може престати југословенско држављанство.

Републичким законом о држању и ношењу оружја предвиђају се услови које мора лице да испуњава да би могло добити дозволу за држање и ношење оружја. У посебним одредбама наводе се разлози за одузимање дозволе за држање и ношење оружја. На исти начин се регулише и питање услова за добијање возачке дозволе, као и разлог за одузимање возачке дозволе, итд.

Доношењем супротног акта о престанку службе јавног службеника, о одузимању држављанства, о престанку предузећа, о престанку приватне угоститељске радње, о престанку занатске радње, о одузимању дозволе за држање и ношење оружја, итд. има за последицу престанак трајног правног односа, престанак једног стања. Међутим, доношење супротног акта треба разликовати од опозивања правоснажног управног акта јер опозивање има за последицу стављање ван снаге (поништење или укидање) управног акта који је постао већ правоснажан. На пример, једно лице добило је дозволу за држање приватне угоститељске радње на основу поднетих докумената. Пошто је решење о дозволи за држање приватне угоститељске радње постало правоснажно утврди се да је то лице дозволу издејствовало на основу лажних исправа, и у извршењу обнове поступка донесе се решење о стављању ван снаге дозволе за држање приватне угоститељске радње. Овај управни акт донет на основу обнове поступка представља акт којим се врши опозивање (поништавање) правоснажног акта, разуме се сагласно одредбама ЗУП. Међутим, ако наступи који од разлога за одузимање дозволе за рад приватне угоститељске радње (на пример, ако се месни услови измене тако да даље постојање приватне угоститељске радње није потребно), доноси се нови акти којим се одузима дозвола. Тај нови акт представља супротан акт на основу кога престаје трајни правни однос заснован решењем којим је дата дозвола за држање приватне угоститељске радње.

2. — У француској правној теорији постоји гледиште по коме међу чињеничним околностима за које се тражи да постоје приликом доношења управног акта којим се заснива неки однос, треба разликовати околности које су предвиђене правним прописом и које могу предвидети доношење акта или извесне од његових елемената, од других околности које нису предвиђене правним прописом и не улазе у конститутивне елементе управног акта. Прва врста чињеничних околности мора бити нужно узета у обзир при разматрању оцене законитости аката; друга врста околности могла је вршити утицај на доношење акта, јер их је управа могла имати у виду приликом његовог доношења, али се не могу узети као разлог за доношење новог супротног акта којим се укида трајни правни однос (4). Поменути писац разматра још случај чињеничних околности које чине мотив разматраног управног акта. Поставља се питање шта ће бити у случају кад после доношења управног акта, мотив који се састоји од чињеничних околности које су правно оправдале доношење акта, доцније нестане. Према ставу судске праксе оваква промена не може утицати на законитост акта, ако је он правилно био мотивисан приликом његовог доношења. Судска пракса стоји на гледишту да и у случају кад мотиви који се састоје од чињеничних околности ишчезну, не утичу на важност правног акта, јер у том случају акт остаје и даље на снази, изузев оних случајева у којима изричит законски текст условљава важност аката сталним постојањем мотива (одређених чињеничних околности). Оваква промена у мотивима може навести управу да стави ван снаге акт којим нису створена права или да донесе супротан акт, али под условом да то допуштају позитивни правни прописи. Према томе, доцније ишчевање мотива после доношења правоснажног управног акта је без правног дејства и према гледишту француске правне теорије и судске праксе.

У француској правној теорији разматра се још један случај: шта ће бити ако у тренутку доношења управног акта мотив није постојао али је накнадно настао? Сматра се да првобитна незаконитост није покривена каснијом појавом мотива. Судска пракса је у случају једног антиципираног постављења, када се није знало у ком року ће место за постављење службеника бити упражњено, заузела став да је ипак такав акт противзаконит. Међутим, акт се неће сматрати незаконитим ако би у тренутку кад суд треба да доноси одлуку било упражњено место за постављење службеника;

3. — Сложеније је питање важења правоснажног акта у случајевима кад се укаже потреба да се том правоснажном акту додају нови услови. На пример, пре издавања грађевинске дозволе по позитивним прописима захтевано је да се испуне и извесни услови у погледу осигурања од пожара; грађевинска дозвола је издата тек пошто је надлежни државни орган утврдио да су испуњени законом прописани услови у погледу осигурања од пожара. Постоји мишљење да се и пошто је решење постало правоснажно могу стављати нови услови (5). Ово се образлаже чињеницом да техника наређује, да се искуство са пожарима обогаћује, да јавни орган

(4) Auby: *op. cit.*, p. 435.

(5) Др. Иво Крбек: *н. д.*, с. 115.

у савршава своје знање и мења старија схватања и да су, према томе, услови за осигурање од пожара постављени у ранијем стваралачком акту постали застарели и да их треба заменити новим. Нови услови се не стављају непосредно с обзиром на првобитни стваралачки акт већ на основу надзора над односном зградом. Чини нам се, међутим, да није довољно на овако уопштен начин предвидети могућност стављања и додавања нових услова уз услове садржане у ранијем правоснажном управном акту. Да би се могли донети и ставити нови услови, поред услова садржаних у ранијим правоснажном акту, по нашем мишљењу потребно је да о томе постоје прописи који овлашћују органе управе да обавезу имаоца дозволе на испуњавање нових услова. Без постојања позитивног прописа који предвиђа нове услове не би се могло на општи начин доћи до закључка да управа има право постављати нове услове. На пример, Основним законом о заштити од пожара („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 18/56) предвиђене су мере за заштиту од пожара; наиме, предвиђено је да се при изградњи грађевинских објеката мора водити рачуна о мерама за заштиту од пожара и то приликом пројектовања, ревизије главних пројеката, одобравања уже локације и издавања грађевинске дозволе. Међутим, у закону се водило рачуна и о постојећим грађевинским објектима и посебним одредбама се исто тако предвиђа да ће се у таквим грађевинским објектима спровести мере за заштиту од пожара предвиђене наведеним законом и прописима донетим на основу њега (чл. 4). Према томе, надлежни органи управе имајући за основу одредбе поменутог закона могу обавезати орган управљања зградом односно власника зграде да предузме још и оне мере које раније нису биле потребне, а које се сада законом предвиђају. Али за доношење такво једног управног акта надлежни орган има основа у наведеном закону.

У вези са стављањем нових услова који нису били предвиђени ранијим правоснажним управним актом поставља се и питање накнаде штете. С обзиром да ово питање излази из оквира предмета нашег расправљања, на њему се нећемо ни задржавати. Питање накнаде штете решава се по општим прописима о одговорности јавне управе за штету нанету грађанима и правним лицима.

4. — Сматра се да је много теже решити питање доношења супротног акта у случају кад постоје само прописи који предвиђају услове за заснивање трајног правног односа (стања), а не постоје одредбе којима се предвиђају разлози за укидање таквог односа. Постоји мишљење да ће у оваквим случајевима сама управа (под судском контролом) морати да конструише такве услове, при чему неће моћи у ту сврху просто преузимати оне услове који су прописани за заснивање самог односа (6). Према овом мишљењу управа ће моћи постављати само такве услове који одговарају природи ствари њеног надзора или утицаја на односни трајни правни однос.

У погледу нашег права, које прихвата институт правоснажности управних аката, мишљења смо да се без законске подлоге не може доносити супротан акт ако нису предвиђени разлози за доношење таквог

(6) Др. Иво Крбек: н. д., с. 116.

акта. Према томе, по нашем мишљењу управа не може сама стварати разлоге и услове за доношење таквог супротног акта. Додуше, у нашој правној теорији постоји мишљење да у случају сумње треба сматрати да су услови за доношење акта потребни само у часу њеног доношења а не и за читаво време трајања тог односа. По нашем мишљењу о томе треба да води рачуна творац односне правне норме на основу које се ствара трајни правни однос. Ако творац правне норме није предвидео и разлоге на основу којих се може укинути један трајни правни однос, у том случају би било врло опасно поверити управи да сама ствара такве разлоге и нове услове за престанак трајног правног односа. Ако би се у пракси појавили такви случајеви, тада је потребно творцу правне норме указати на потребу допуне одговарајућег правног прописа и предвиђања и разлога за доношење супротног правног акта, којим ће омогућити престанак трајног правног односа.

На овом гледишту стоји и наша судска пракса. У једном случају Савезни врховни суд је стао на гледиште (пресуда Уж. бр. 6943/60 од 8. X. 1960) да се занатлији не може одузети одобрење за рад кад има положени стручни испит, па и у том случају кад је неовлашћено потписао послодавца на записник о полагању испита. У образложењу ове пресуде између осталог наводи се следеће:

„У конкретном случају утврђено је да је тужилац путем фалсификовања потписа (неовлашћеним потписивањем свог послодавца на записник о полагању испита) доказао је да је пет година изучавао фотографски занат мада то није било тачно. Но, како је тужилац са успехом положио испит из фотографског заната на темељу овог фалсификата, тужени орган оспореним решењем нашао је да тужилац не испуњава услове за вођење занатске фотографске радње, па му је због тога ову дозволу одузео а ово схватање прихватио је првостепени суд својом пресудом.

„Међутим, по схватању Савезног врховног суда, у овој ствари треба имати у виду с једне стране питање самог испита, а с друге стране питање одузимања одобрења за вођење занатске радње. Не може се прихватити као правилно схватање туженог органа односно првостепеног суда о томе да тужилац има својство квалификованог радника на темељу положеног стручног испита, а с друге стране да ипак не може водити занатску радњу и то због тога што је до таквог испита дошао путем фалсификата. Ово због тога што је питање одузимања одобрења за вођење приватне занатске радње везано за одређену квалификацију и све дотле док та квалификација стоји не може се тужиоцу из наведеног разлога одузимати одобрење за вођење радње, јер би у том случају проишло да се њему ово одобрење одузима због неовлашћеног потписивања свог послодавца а не због недостатка квалификације за вођење радње“ (Народни одбор, бр. 1/61).

5. — Даље се поставља питање да ли промена која је доцније наступила, а која може да утиче на јавна интересе и да се због тих промена појављује опасност по живот и здравље људи, по интересе привреде и друге важне друштвене интересе, може довести до доношења супротног акта и до престанка трајног правног односа заснованог ранијим правонаснажним управним актом. Овде је реч о уклањању тзв. „опасних“ правних аката.

По мишљењу Форстхофа (7) промена чињеничних околности не овлашћује органе управе да без устручавања повлаче управни акт. Тако станбени орган не може без устручавања опозвати станбену дозволу иако су се у међувремену станбене прилике погоршале. Међутим, опозивање је, по његовом мишљењу, допуштено када то налажу хитни, по оцени управног органа, јавни интереси који се не могу заштитити на други начин.

Мишљења смо да се у погледу нашег права мора водити рачуна о постојећим разлозима било у ЗУП, било у осталим посебним прописима и да се без посебног законског овлашћења не могу стављати ван снаге и у виду супротних аката „опасни“ управни акти. Један од таквих случајева предвиђен је у чл. 267 ЗУП у коме су наведени услови под којима се може управни акт, који још није извршен, у целости или делимично укинути. Али у том случају није реч о супротном управном акту већ о изузетку од правоснажности.

За овакво мишљење налазимо основа у начелу законитости управе које представља једно од основних начела у раду наше управе. Сагласно овом начелу, управни акт се може донети ако се заснива на закону или пропису заснованом на закону и ако за његово доношење постоје одређени законом и другим прописима предвиђени услови. У случају да се накнадно утврди да тих услова није било у часу доношења таквог акта, такав акт се, сагласно одредбама ЗУП, може поништити или укинути као незаконит односно неоснован, али увек у роковима и под условима предвиђеним нашим позитивним прописима који предвиђају могућност поништавања и укидања правоснажних управних аката.

Б. Утицај измена правних прописа на ранији управни акт. — У правној теорији и позитивном праву прихваћено је углавном правило по коме се правоснажни управни акт не може опозвати, нити се може донети супротан управни акт којим би се ставио ван снаге ранији управни акт у случају да су законом измењени услови за доношење тог управног акта. Претпоставимо да су донете измене Уредбе о занатским радњама и занатским предузећима којима се поопштравају услови за добивање дозволе за вођење приватне занатске радње. По правилу, све дозволе које су издате за време важења ранијих прописа остају и даље на снази. Према томе, законитост тих ранијих аката којима је издата дозвола, испитује се само према правилима која су важила и постојала у време њиховог доношења. Неслагање са каснијим прописима није разлог за поништавање или укидање управног акта. Према томе, можемо поставити као правило да доцнија правна правила немају дејство на управни акт којим су створена нека права. Друкчије се поступа са актима којима лица нису стекла нека права (8).

Међутим, нови пропис може се донети и са ретроактивним дејством. У нашем праву ово важи за законе. У оваквим случајевима правоснажни управни акт престаје да постоји на основу закона који има повратно

(7) E. Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd., Allgemeiner Teil, VII Ausg., S. 242.

(8) Исто мишљење постоји и у француској правној теорији (в. Auby: op. cit., p.p. 446-447; Delbez: La révocation des actes administratifs, „Revue du Droit public“, 1928, и André: Le retrait des actes administratifs, Paris, 1943, thèse dactylographiée).

дејство, и то не само за убудуће већ и за прошлост. На истом гледишту стоји и француска правна теорија. У француском праву сматра се да у оваквим случајевима управни акт губи важност и у прошлости, унатраг, без потреба да управа интервенише новим управним актом. На пример, ако би законодавац померио нових законом са ретроактивним дејством границу старости у погледу стављања у пензију неких службеника, у том случају сматра се да је акт о стављању у пензију таквих службеника донет с обзиром на првобитни пропис, стављен ван снаге (9).

У пракси има примера да се у прелазним одредбама новог прописа који поставља нове услове за издавање дозволе или за доношење управних аката из одређене области, предвиђа обавеза за имаоце дозвола добивених по раније важећим прописима да ускладе своје пословање односно свој рад са ново прописаним условима (10).

Од ових случајева, у којима се, као што смо већ истакли, новим законским или другим одредбама предвиђају нови услови и обавезе за субјекте права да изврше саобраћавање свог пословања или организације са новим прописаним условима, треба разликовати случајеве у којима органи који су донели правоснажне управне акте доцније измене своје правно односно стручно схватање. Овај случај свакако да се не може поистоветити са напред изнетим случајевима и да, према томе, измена у правном или стручном схватању од стране органа који је донео правоснажни управни акт не може имати утицаја на такав акт.

III. Надлежност за доношење новог управног акта. — Апстрахујући случајеве ванредних правних средстава предвиђених ЗУП односно посебним прописима на основу којих се може правоснажни управни акт поништити или укинути, може се поставити правило да је орган који је донео ранији правоснажни управни акт истовремено и надлежан за доношење новог супротног акта којим се укида неки трајни правни однос (стање). Али од овог правила постоје у нашем позитивном праву и извесни изузеци. На пример, Општим законом о школству, Уредбом о престанку предузећа, Општим законом о организацији здравствене службе и другим прописима не предвиђа се истоветност органа надлежног за доношење акта о оснивању установе односно организације и органа за доношење акта о престанку рада те установе односно организације. На пример, по Општем закону о школству (даље: ОЗШ) многи органи могу основати основне и средње школе (сем народног одбора општине и народног одбора среза, ове школе могу основати привредне и стручне организације, друге самосталне организације односно извесне самосталне установе, под условима предвиђеним у ОЗШ). Али по ОЗШ оснивач који је донео акт о оснивању није

(9) В. Auby: *op. cit.*, p. 448.

(10) На пример, према чл. 61. Уредбе о спољнотрговинском пословању („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 47/59) Комитет за спољну трговину имао је да одреди рок у коме ће привредне организације које су по ранијим прописима биле уписане у Спољнотрговински регистар бити дужне да саобразе своју организацију и пословање одредбама нове уредбе. Ако привредна организација у одређеном року није поднела документе на основу којих се може утврдити да је извршила саобраћавање новим одредбама и да испуњава нове прописане услове, Комитет за спољну трговину доносио је решење о брисању такве привредне организације из спољнотрговинског регистра. На сличан начин су у изменама Уредбе о земљорадничким задругама били предвиђени извесни нови услови, као и обавеза за земљорадничке задруге да своју организацију и пословање ускладе са новим прописима.

истовремено овлашћен да донесе акт и о укидању школе, тј. није овлашћен на доношење супротног акта којима би се укинуо изванредан трајни правни однос заснован ранијим правним актом. По ОЗШ о укидању основних и средњих школа одлучује републичко извршно веће ма ко био оснивач. О престанку предузећа исто тако не одлучује оснивач већ је зато надлежан народни одбор општине који, у случају кад се испуне услови из чл. 1 Уредбе о престанку предузећа и радњи, може донети акт о престанку предузећа односно радње; тај акт има карактер супротног акта којим се укида трајни правни однос заснован актом о оснивању односно актом о одобрењу оснивања (конституисања) предузећа односно радње. Одлуку о престанку рада здравствене установе доноси, по претходно прибављеном мишљењу савета установе, оснивач у сагласности са републичким саветом за народно здравље. Ако оснивач здравствене установе није општински народни одбор, прибавља се и мишљење савета општинског народног одбора надлежног за послове народног здравља (чл. 45 Општег закона о организацији здравствене службе — „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 45/60).

Како се регулише питање надлежности органа за доношење супротног акта у случају кад је реч о трајном правном односу који је заснован на основу сложеног управног акта. И овде се мора поћи од правила да се супротни акт мора донети од стране оних органа који су донели и акт којим је заснован трајни правни однос. Од тога правила може се одступити само у случају кад је то предвиђено законом или прописом заснованим на закону.

IV. *Дејство новог управног акта.* — Правило је да нови супротан управни акт делује *ex tunc*, тј. само за убудуће. Према томе, нови супротан управни акт има за дејство укидање трајног правног односа (стања) па према томе, он не делује повратно. Од изложеног правила може се одступити само онда ако се нови управни акт доноси на основу закона који има ретроактивно дејство. У таквом случају нови супротни акт делује *ex tunc*, тј. он замењује у потпуности ранији правоснажни управни акт, па према томе, његово дејство се простире и унатраг од тренутка доношења ранијег правоснажног управног акта који на основу новог супротног акта губи правно дејство. Ово су само општа правила али у оквиру ових општих правила могу се предвиђати посебни прописи и извесна одступања.

Др. Славољуб Поповић

ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ГРАЂАНИМА ПРОУЗРОКУЈУ ЈАВНИ СЛУЖБЕНИЦИ

1. — У нашој правној литератури већ су изражена извесна гледишта да после Уставног закона од 13 јануара 1953 и Закона о јавним службеницима од 1957, политичко-територијалне јединице односно установе, одговарају по правилима објективне одговорности за штету коју јавни службеници проузрокују грађанима и правним лицима (1).

С обзиром да су питања у вези одговорности политичко-територијалних јединица за штету коју јавни службеници проузрокују грађанима увек актуелна, то ћемо покушати да укажемо на извесна правила која ће нам олакшати да утврдимо основ ове одговорности у нашем праву.

2. — Као што је познато одговорност може бити заснована на кривици или може бити без кривице (2). У случају одговорности за кривицу, одговара сâм штетник, односно физичко лице које је штету проузроковало. У случају одговорности без кривице, одговорно лице одговара за радње другог или за створени ризик који потиче од његове активности односно од опасних ствари којима располаже.

По Закону о државним службеницима од 1946 одговорност државних службеника била је заснована на кривици, јер је службеник одговарао лично а држава је под одређеним условима само јемчила, ако се оштећени не би могао наплатити од службеника-штетника. Ова одговорност за кривицу измењена је Уставним законом од 13 јануара 1953 када је држава преузела на себе непосредно плаћање накнаде штете коју њени службеници проузрокују незаконитим радњама грађанима. Ово начело је ближе одређено и спроведено у Закону о јавним службеницима од 1957. Који је основ ове одговорности? Пре свега одговорност је старо морално и друштвено правило по коме сваки ко другоме проузрокује штету за њу и одговара (3). Ово старо правило нашло је своје место у праву, али су објашњења основа одговорности била различита. По органском схватању државе штета проузрокована кривицом службеника или надлежних колегијалних органа, била би проузрокована кривицом саме државе, јер она само преко њих може бити активна. Међутим, кад год је проузрокована каква штета од стране државе, које политичко-територијалне јединице или ког правног лица, штета је проузрокована радњама физичких лица за чији рад одговара одговорно лице.

Овде можемо споменути да се у француском управном праву говори о кривици јавне службе (*faute du service*) за разлику од кривице службеника при вршењу службене дужности (*faute de service*) и личне кривице службеника која нема везе са службом (*faute personnelle*). Кривица јавне службе била би у ствари такозвана анонимна кривица односно она кривица у којој је непознат службеник који је проузроковао штету. С разлогом се истиче да изрази кривица јавне службе, кривица државе или кривица управе не одговарају стварности, јер кривицу могу учинити само физичка лица односно службеници, тако да кривица у овом случају није

(1) Сергије Кузманић: Одговорност за штету насталу незаконитим радом службених особа, „Наша законитост“, 1954, бр. 1, с. 21—27; др. Александар Голдштајн: Каузална деликтна одговорност привредних организација за службенике и раднике, „Архив“, 1952, бр. 4, с. 470; Никола Бошковић: Остваривање права на накнаду штете која потиче од незаконитих радњи службеника, „Правни живот“, 1954, бр. 2—3, с. 20—26; Богдан Лоза: Питање основа одговорности у грађанском праву, „Годишњак Правног факултета у Сарајеву“, III, 1955, с. 153; Накнада штете проузрокована од јавног службеника у вези са вршењем службе, „Народна управа“, 1958, бр. 4—5, с. 169—177.

(2) Др. Михаило Константиновић: Основ одговорности за проузроковану штету, „Архив“, 1952, бр. 3, с. 296—305.

(3) Jean Dabin: La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé, Paris, Sirey, 1929, p. 506; Georges Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1925, p. 225.

основ већ само услов одговорности. Правна лица, под одређеним условима, одговарају увек за радње физичких лица без обзира да ли те радње врше службеници или колегијална тела (4).

Одговорност државе, односно политичко-територијалних јединица и установа за рад њихових службеника је према томе одговорност за другог (5). Одговорност за другог има више објашњења. По једнима, одговорност за другог може, углавном, бити заснована или на претпостављеној кривици послодавца због слабог надзора над подређеним особљем (*culpa in inspiciendo*) или због слабог избора подређеног особља (*culpa in eligendo*) Међутим, постоји мишљење да је ова одговорност заснована на обавези гаранције за рад подређеног особља (6). Проф. Валин (Waline), који истиче ово мишљење, сматра да објашњење ове одговорности као гаранције за рад подређеног особља више одговара кад је реч о одговорности државе. Држава сама по себи не може вршити надзор над подручним особљем, већ у име државе овај надзор врше хијерархиски виши службеници над хијерархиски нижим службеницима. Тако су сви службеници заједно само обични службеници. Отуда држава као таква не врши надзор сем уколико се не би ишло до врховног органа власти који својим одлукама непосредно обавезује државу. Али тада, како каже проф. Валин, каква каскада суксесивних контрола и колико *culpa in vigilando* односно *culpa in inspiciendo* и најзад долази се до тога да би се сувереност воље врховног органа власти супротставила одговорности (7).

Тачно је да је механизам надзора пословања службеника сложенији него, на пример, надзор родитеља над децом или послодавца над његовим особљем, мада има послодаваца који руководе и великим предузећима, али је тешко примити да би овај механизам надзора морао увек доводити до надзора врховног органа власти у држави. Колико год ово гледиште изгледа логично, оно и у централистички као и у федералистички организованој држави ипак прелази преко чињенице да постоји одређен хијерархиски ред по коме се зна који је службеник надлежан да врши над-

(4) René Chapus: Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1954, pp. 205–207; L. Duguit: L'Etat, les gouvernants, les agents, Paris, 1903, p. 637; Traité de droit constitutionnel, T. II, Paris, 1930, p. 70, T. III, Paris 1930, p. 496; Marcel Waline: Traité élémentaire de Droit administratif, Paris, Sirey, 1952, p. 579; Cyr Cambier: La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, Bruxelles, 1947, pp. 257 sequ.

(5) У нашој новијој правној теорији постоји гледиште да се „одговорност правних лица за радње својих органа и државе за своје службенике не би [...] могла назвати одговорношћу за другог у строгом смислу речи, јер се ту ради о штети проузрокованој радњом лица која се не би могла сматрати „другим лицем““ (Др. Стеван Јакшић: Облигационо право, Сарајево, „Веселин Маслеша“, 1960, с. 323). Ово је гледиште у ствари засновано на органској теорији државе и правних лица. Међутим, као што је већ истакнуто, само физичка лица односно службеници могу проузроковати штету. У вези с тим мало потенцирано али духовито је речено: „држава као правно лице, и њен службеник односно физичко лице су две одвојене личности и само се по цену мађионичарске вештине може једна од ових личности изненада преобразити у другу“ (С. Cambier: op. cit., p. 194.) У ствари чим службеник својом незаконитом радњом проузрокује штету он више не представља вољу правног лица чији је службеник па је и штета проузрокована радњом службеника-штетника а не самог правног лица. Да је службеник „друго лице“ указује и чињеница да службеник одговара и за штету коју проузрокује самој политичко-територијалној јединици или установи чији је службеник.

(6) M. Waline: op. cit., pp. 579–589.

(7) Ibidem.

зор над одређеним службеницима и према томе ко би све одговарао. Није целисходно засновати одговорност државе односно политичко-територијалних јединица само на повреди дужности надгледања пословања службеника из једног другог разлога. И поред најсавеснијег надзора вишег хијерархиског старешине, службеник може проузроковати штету јер незаконита радња, на пример, у доношењу једног управног акта који може проузроковати штету, само је интелектуални процес који се одражава у погрешном тумачењу закона или погрешној примени закона од стране одговорног службеника. Уосталом то може бити исти случај и при извршењу материјалних радњи. Отуда је тешко прихватити да се може вршити непрестани надзор над интелектуалним процесом који се обавља код службеника при вршењу његове службене дужности. Можда би се могло приметити да у управном поступку постоје одређена правна средства за контролу рада службеника односно управних аката која они доносе, те да остаје *culpa in inspicendo*. И поред тога, тешко је прихватити да се може вршити непрестани надзор над интелектуалним процесом који се обавља при вршењу његове службене дужности, јер савремена држава мноштвом својих јавних служби и великим бројем службеника није ни у могућности да врши непрестани надзор над свим својим службеницима ради спречавања њихових евентуалних противправних радњи пошто и поред најсавеснијег надзора службеници могу проузроковати штету.

Не долази у обзир ни *culpa in eligendo* јер не може бити речи о слабом избору службеника, пошто и најбољи службеник може проузроковати штету, а с друге стране има и обавезних службених лица (војници и др.) за које такође одговара држава односно политичко-територијална јединица иако не врши њихов избор.

Постоје и друга гледишта која објашњавају одговорност државе за рад њених службеника. Нарочито је истицано да се поставља питање да ли ће оштећени грађанин сам сносити терет рђавог функционисања јавне службе која му је проузроковала штету или ће преко државе сви грађани учествовати у сношењу овог терета (8).

Проф. Ђ. Тасић је разликовао одговорност државе за противправне радње од одговорности за повреду принципа једнакости грађана пред јавним теретима (9). По проф. Ђ. Тасићу држава одговара за противправне радње својих службеника по принципу ризика а накнађује штету проузроковану правилним функционисањем службе по принципу једнакости грађана пред јавним теретима (10).

Проф. М. Константиновић, говорећи о одговорности послодавца за њихове раднике и намештенике, истиче да је у нашем праву неодрживо објашњење ове одговорности због слабог избора намештеника већ више одговара објашњење по коме је одговорност заснована на повреди ду-

(9) H. et L. Mazeaud: *Traité élémentaire de la responsabilité*, Paris, 1947, T. I, N° 353, p. 368; M. Waline: *op. cit.*, p. 578.

(9) Др. Ђ. Тасић: Одговорност државе за противправна акта њених органа, „Друштвени живот“, 1921, с. 280—281; Одговорност државе по принципу једнакости терета, Београд, 1924, с. 198.

(10) Др. Ђ. Тасић: Одговорност државе по принципу једнакости терета, с. 3—4; Одговорност државе за противправна акта њених органа, с. 262—282.

жности сталног надгледања како се посао обавља, али закључује да је стварно објашњење у томе што се послодавац користи услугама радниковим „те је право да сноси и ризик евентуалне штете“ (11). То је објашњење и одговорности правних лица за њихове органе, јер како каже проф. М. Константиновић „право је да правно лице које се користи активношћу својих органа, сноси последице њихових кривица“ (12).

Објашњење одговорности за другог по коме онај ко користи активност другог сноси и ризик штете већ је давно најбоље објашњење основа ове одговорности (13). Отуда и одговорност државе односно политичко-територијалних јединица и установа за штету коју грађанима проузрокују њихови службеници није одговорност за кривицу већ, као што је истакнуто, држава одговара за другог без кривице односно обезбеђује своје грађане од ризика који потиче од активности државе, па стога и сноси ризик за штете које би активност јавних служби проузроковала грађанима (14). Ако се за државу односно политичко-територијалне јединице и установе не може рећи да као послодавац у свом интересу користе активност својих службеника, јер се обављање јавних служби врши у општем интересу па самим тим и у интересу самих службеника, свакако се може сматрати да функционисање јавних служби служи обезбеђењу потреба савременог друштва, али уз дужно поштовање права грађана, те се не може дозволити да службеници у обављању задатака јавних служби вршењем службене дужности могу без законског основа проузроковати грађанима штету.

Из свега изложеног можда би се могло сматрати да је основ одговорности државе за штету коју проузрокују њени службеници заиста само гарантија државе за рад њених службеника, како то истиче проф. Валин, и да је то разлог што држава и сноси ризик од њихове активности. Међутим, исправно је гледиште које сматра да одговорност не значи ништа друго него обавезу гарантовања за извесне радње (15).

Према томе, није нужно израз одговорност заменити изразом гаранција, пошто оба израза имају исто значење, те је довољно рећи да држава односно политичко територијалне јединице и установе одговарају за рад њихових службеника, јер носе ризик који потиче од њихове активности.

У правној литератури се истиче да има места разликовању појма одговорности од појма гаранције. Одговорност би обухватала случајеве кад је штета проузрокована кривицом физичког лица, а гаранција би се односила на случајеве кад одговорно лице не одговара за своју кривицу, тако да би одговорност заменила израз „одговорност за кривицу“ а гаранција „одговорност без кривице“ односно „одговорност за ризик“. Исправно је већ истакнуто да нема озбиљних разлога за прихватање ове

(11) Др. Михаило Константиновић: Облигационо право. Општи део. Према белешкама са предавања, средно В. Капор, Београд, 1952, Научна књига, с. 121.

(12) Др. М. Константиновић: н. д., с. 118.

(13) М. Planiol: Etudes sur la responsabilité civile; Troisième étude: Responsabilité du fait d'autrui „Revue critique de législation et de jurisprudence“, 1909, pp. 297 seq.

(14) R. Chapus: op. cit., pp. 261–263; Ј. Диги: Преображаји јавног права, Београд, 1929, с. 235.

(15) C. Cambier: op. cit., pp. 10, 28.

нове терминологије пошто би нови изрази имали исти садржај као и стари изрази (16).

Постоји гледиште, слично наведеном гледишту проф. Ђ. Тасића, да би основ одговорности био у начелу узајамности између користи од извесне активности или једног стања и терета које из тога могу проистећи. Држава одговара јер је штетник њен службеник односно постоји веза између државе и штетника, тако да је ова одговорност иста као и одговорност послодавца. По овом гледишту, у случају одговорности државе за штету коју њени службеници проузрокују неправилним радњама не би требало употребити уобичајену терминологију из грађанског права да одговорно лице одговара због профита који има од радњи својих службеника, већ је правилније место израза профит употребити израз интерес или корист, пошто су ови изрази шири и мање могу бити предмет замерки. Јавноправне личности морају по овом гледишту, накнадити у извесном степену, штете које је проузроковала њихова активност преко службеника, јер ови делају у њиховом интересу, тако да се може сматрати оправданим да онај у чијем интересу друго лице делује под одређеним условима подноси штетне последице које могу бити резултат евентуалних кривица ових службеника. По овом истом гледишту накнада државе за штету проузроковану правилним радњама њених службеника не би имала овај исти основ већ би ово плаћање накнаде било засновано на принципу једнакости грађана пред јавним теретима (17).

У англосаксонском праву које је такође сада увело одговорност државе за штету коју проузрокују њени службеници, ова је одговорност углавном заснована на правилу *respondeat superior* по коме послодавац одговара за штету коју проузрокују његови службеници у вршењу своје дужности (18).

Можемо споменути још и гледиште по коме би објашњење одговорности било у праву на безбедност личности и њених добара (19). Иако ово гледиште може изгледати ново оно не садржи ништа што већ не улази у појам и основ одговорности јер одговорност за проузроковану штету свакако обухвата безбедност личности и њених добара (20).

Ако се основ одговорности државе за рад њених службеника најбоље објашњава ризиком који држава преузима на себе, због активности својих јавних служби, да ли то значи да по нашем праву држава одговара по правилима објективне одговорности? Ако би се пошло од гледишта да држава објективно одговара, то би значило да она одговара без обзира да ли је службеникова радња којом је проузрокована штета противправна или правилна, тако да би оштетени грађанин морао доказивати само штету и узрочну везу са службениковом радњом.

(16) Ch. Eisenmann: Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, Juris - Classeur Periodique - La semaine juridique, 1949, No 8, I, 751.

(17) Ch. Eisenmann: op. cit., 1949, No. 8, I, 751/10, 11.

(18) Бернард Шварц: Америчко административно право, Београд, 1956, с. 183; N. Street: Governmental Liability, Cambridge University Press 1953, pp. 36-37.

(19) B. Starck: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris, L. Rodstein, 1947, p. 260.

(20) Jacques Robert: Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration (Le problème des responsabilités), Paris, 1956.

Ако се одговорност државе односно политичко-територијалних јединица и установа објашњава као један вид одговорности за другог и то стога што држава преузима на себе ризик штете од активности својих службеника, овај се ризик у нашем праву не може схватити у његовом објективном значењу, тако да држава односно политичко-територијалне јединице и установе преузимају ризик за сваку штету односно одговарају за све радње којима службеници проузрокују штету. Напротив, с обзиром на услов који поставља Устав и Уставни закон и Закон о јавним службеницима од 1957, а наиме да држава односно политичко-територијалне јединице и установе одговарају за штете проузроковане незаконитим радњама јасно је да ће ове одговорности бити само за штете које су проузроковане незаконитим радњама службеника. Проф. Крбек је мишљења да је „крајњи правни формализам“ сматрати „да наша држава одговара само за скривљена противправна дјела свога апарата. Таква опћа одговорност државе утврђена је већ самим Уставом“. Проф. Крбек даље закључује: „У случају одговорности државе за такву објективну протуправност, грађанин мора доказати само ту протуправност, а не и личну кривњу службеника. Држава овдје јамчи објективно за правилно функционисање јавне службе и да се неће неправилним функционисањем те службе наметнути штета грађанима. Нема протуправности и одговорности државе, ако штету уопће није проузрочио држ. апарат, већ је она настала случајем, вишом силом, радом неког трећег лица или самог оштећеника“ (21)

Исправно је гледиште да за одговорност државе односно политичко-територијалних јединица и установа и по нашем праву није нужно назначити самог службеника-штетника. Само ваља имати у виду да нису само „скривљена протуправна дјела“ последица незаконитог рада службеника већ су и остала „протуправна дјела... апарата“ односно „објективна протуправност“ у ствари „скривљена протуправна дјела“ јер су и она последица незаконитог и неправилног рада одређеног физичког лица односно службеника-штетника. Стога, ако за одговорност државе односно политичко-територијалних јединица и установа није нужно назначити самог службеника-штетника, по нашем праву услов је да се установи да је штета проузрокована кривицом односно незаконитом радњом за коју је извесно да је могао извршити само службеник (22). Уставни закон од 1953 и Закон о јавним службеницима од 1957 изричито прописују овај услов противправности кад одређују да држава односно политичко-територијалне јединице и установе одговарају за штете које њихови службеници проузрокују незаконитим радњама. Друго је питање тумачења појма незаконите радње. Појам незаконите радње не би се смео тумачити уско. Ту је проф. Крбек у праву. С обзиром да се не мора идентификовати службеник-штетник, противправном радњом могла би се сматрати и слаба организација или слабо функционисање јавне службе ако је оно проузроковало штету. Само и ту би радња службеника односно радња за коју би било извесно да је могао извршити службеник била услов ове одговорности, пошто држава односно политичко-територијалне јединице и установе у нашем праву не

(21) И. Крбек: О одговорности државе за штету, Југословенска академија знаности и уметности (посебан отисак), Загреб, 1954, с. 211.

(22) Ch. Eisenmann: *op. cit.*, 1949, No 9, I, 751.

одговарају за своје службенике по правилима објективне одговорности. Према томе, како је противправна радња службеника-штетника, услов одговорности државе односно политичко-територијалних јединица и установа, могло би се прихватити да у нашем праву држава односно политичко-територијалне јединице и установе не одговарају „за сваки створени ризик, већ само за онај који је створен супротно праву“ (23). Објашњење овог ограниченог ризика било би у томе што је „дужност савесног и пажљивог понашања неопходна када се изванредан ризик може предвидети, а када је ова дужност прекршена ризик је створен. Штета чак и непредвидљива је реализација ризика који се могао предвидети“ (24).

Ово објашњење може изгледати уско, јер би одговорност била шира ако би држава односно политичко-територијалне јединице и установе одговарали за сваки ризик, али такво објашњење ове одговорности у нашем праву није основано на закону. С друге стране, можда би се могло сматрати да је још увек исправније узети да се ова одговорност заснива на претпостављеној кривици државе односно политичко-територијалне јединице и установе. Међутим, с обзиром да наше позитивно право не говори о претпостављеној кривици политичко-територијалних јединица за рад својих службеника, једино је исправно објашњење да држава односно политичко-територијалне јединице и установе одговарају за ризик штете који потиче од активности њихових службеника и то под условима да је штета проузрокована противправним радњама службеника. На тај начин се избегава објашњење ове одговорности фикцијом о претпостављеној кривици. Насупрот томе, прихвата се реално објашњење. Држава односно политичко-територијалне јединице и установе, не одговарају према томе, за своје кривице нити за какве своје претпостављене кривице јер кривица може бити само лична односно службеника-штетника.

Ако се противправне радње службеника које су услов ове одговорности политичко-територијалних јединица и установа схвате као радње које службеник врши неовлашћено или овлашћено али на ненормалан начин тако да изневерава основано поверење вређајући туђе право, и оваква одговорност може бити добар заштитник права грађана.

3. — У правној литератури се већ појављују гледишта да ни кривица ни ризик нису основ одговорности већ само услов одговорности. По једном гледишту, испитивање услова одговорности је проблем правне технике а објашњење ове правне технике би садржавао основ одговорности (25). По другом гледишту, и кривица и ризик су само услови одговорности а не „филозофски основ односно оправдање одговорности“ (26). Стога, на пример, у француском праву изванредан број теоретичара и данас сматра да је основ ове одговорности начело једнакости грађана пред јавним теретима. Ово гледиште није ново у француском праву. Први његови

(23) Vincent Crusafulli: De la „Negligence“ dans la „Law of Torts“ du droit anglais, Paris, A. Rousseau, 1939, p. 179.

(24) V. Crusafulli: op. cit., p. 178.

(25) Francis-Paul Benoît: Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique. Juris Classeur Périodique, La semaine juridique, 1954, No 23, I, p. 1178.

(26) A. de Laubadère: Traité élémentaire de Droit administratif, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, 882, p. 472.

претставници су у овом начелу, за потребе управног судства, тражили објашњење основа одговорности државе изван правила Грађанског законика. Проф. Лобадер (Laubadère) данас истиче да би се ово начело садржавало у томе што јавне службе функционишу у општем интересу друштвене заједнице па како друштвена заједница користи, ако би јавна служба проузроковала посебну штету грађанима, право је да заједница прими на себе терет накнаде (27). Друго гледиште као основ одговорности истиче само начело једнакости грађана које се одражава у функционисању јавних служби на исти начин за све грађане (28). Исправно је подвучено да би за доследно спровођење начела једнакости грађана пред јавним теретима или само начела једнакости грађана било нужно да оно буде основ одговорности за сваку штету. Међутим, баш у француском праву одговорност заснована на овим начелима примењује се само кад је у питању посебна штета. С друге стране, подвучено је да ова начела пружају могућности да се расподели штета на читаву друштвену заједницу али, како је с разлогом истакнуто, то је последица а не основ одговорности, јер је и иначе „репарација штете [...] једна ствар а расподела друга“ (29).

Колико год теорија тежила тражењу нових објашњења основа одговорности остају као основи кривица и ризик. Тежња да се начело једнакости грађана пред јавним теретима или само начело једнакости грађана сматра као основ ове одговорности у француском праву има своје објашњење и у том што Државни савет односно посебно француско управно судство које решава о одговорности државе не решава ове спорове на основу Грађанског законика, већ својом праксом одређује и формулише правила ове посебне одговорности. Међутим, наше право нема потребе за тражењем нових основа одговорности који би оправдавали и надлежност посебног управног судства, поготову што и начело једнакости пред јавним теретима и начело једнакости грађана у ствари само објашњавају на посебан начин одговорност за ризик.

Д. Ђ. Денковић

МЕТОДОЛОШКИ ЗНАЧАЈ ПОСТАВКЕ О ОРГАНСКОМ ЈЕДИНСТВУ ДРЖАВЕ И ПРАВА*

Развој опште науке о држави и праву — као уосталом и развој научне мисли на свим подручјима — показује да одређена достигнућа, без обзира на вредност коју имају, само доприносе сагледавању неисцрпних могућности сазнања, али још више утиску да се решавањем извесних проблема намећу нови проблеми и вечно одлажу коначна решења.

И. — *Нека неопходна разјашњења.* — Приступајући разматрању сложености проблематике, а нарочито у неким посебним околностима, кори-

(27) A. de Laubadère: op. cit., p. 472.

(28) F. Benoit: op. cit. 1954, No 24, I, p. 1178.

(29) C. Cambier: op. cit., pp. 88, 77-90; Jean Rivero: Droit administratif, 2e ed. Dalloz, Paris, 1962, p. 235.

(*) Приступно предавање одржано 1 марта 1962 на Правном факултету у Београду

сно је и потребно пружити извесна претходна разјашњења која могу допринети потпунијем и одређенијем схватању мотива и намене разматрања, па и достизању жељених резултата.

1. — Наука која проучава државу и право, односно скуп одговарајућих дисциплина, има две битне компоненте од којих зависи њен карактер и физиономија: *методолошка компонента* показује начин, путеве и форме, као и инструменте који су подобни за сазнање односног предмета; *садржинска компонента*, пак, своди се на укупност постигнутих резултата, тј. у одређеној мери систематизовано и специфично изражено знање. Другим речима, метод представља динамичку страну науке, а то значи начин кретања мисли, ток сазнања, форму достизања истине о предмету; садржина, пак, представља статичку страну науке, оно што је настало као производ процеса сазнања. Ове две компоненте науке међусобно су преплетене и усклађене, зависне једна од друге, па их је доиста тешко прецизно разликовати и разграничити. Одређен метод води ка одређеној садржини, али извесна садржина намеће потребу коришћења одговарајућег метода. Свака наука остварује своје задатке применом потребног и могућег метода током процеса сазнавања, али и истовременим фиксирањем својеврсне садржине у виду адекватних знања. Наука је само једна врста свесног одраза објективне стварности, света који нас окружује.

Наравно, предмет или објект проучавања, који представља један или више појава стварности, може бити мање или више сложен, може имати ова или она својства, стране и саставне елементе. Држава и право су изванредно сложене појаве, па зато могу бити предмет проучавања различитих дисциплина. При том, природа самог предмета, у крајњој линији, одређује метод који се може употребити, па и садржину која тако настаје. Поједине стране, својства или елементи државе и права су предмет посебних дисциплина. Али, као субјективан одраз објективне стварности, научна дисциплина с истим предметом проучавања може постојати у разним варијантама како у погледу метода, тако и у погледу настале садржине.

Међу дисциплинама које проучавају државу и право нарочито место заузима *најопштија дисциплина* код које се веома јасно показује зависност методологије од садржине али и садржинска условљеност методологије.

2. — Ова дисциплина је теориска па претпоставља максималну употребу инструмената логичке генерализације, мисаоног обухватања општих, битних и суштинских квалитета свих историских и савремених држава и правних система. Исто тако обухватају се и њихове везе с осталим елементима друштвене структуре. Неопходност специфичног метода и његове могућности показују битни елементи садржине ове дисциплине, који се јављају у виду бројних и сређених *појмова, поставки и закона*. Ова дисциплина представља скуп знања изражених у овим елементима.

Не упуштајући се у објашњења сваког од ових елемената утврдимо само шта значе поставке у склопу ове науке.

Поставке су кондензоване мисаоне одредбе или ставови у којим се спајају и на извештан начин изражавају одређени општи појмови и закони. У њима се, тако рећи, сублимира и резимира највећи део онога што се постиже у процесу сазнања. То су садржајне мисли, конструкције и констатације усмерене на то да одразе битне црте, везе и тенденције стварности. Особито се у њима фиксирају принципи повезивања саставних елемената државе и права, као и политичких система и активности основних политичких снага. То су концептуални оквири и шеме, полазне тачке и крајњи резултати, ослонци развоја сазнања у одређеном смеру: то су нити водиле и оријентациони инструменти у широј или ужој научној области. Наравно, има различитих поставки: експлицитно изражених, али и имплицираних у конгломерату знања; има их научно тачних, али и нетачних до те мере да су пример типичних заблуда (то је случај кад се у њима налазе етичка, политичка и друга мерила оцењивања стварности или просто извесне замисли); има их веома уопштених па ипак најдубљих у погледу сазнања стварности (1), али и с много ужим домашајем; има их које означавају сумирање историских факата, али и априорно постављених; има их које су плод индукције, али и таквих које су настале дедукцијом, итд.

У овој дисциплини постоји скуп поставки које су мање или више усклађене, па следствено томе служе као основа научног система својственог самој дисциплини.

3. — Поставке, као уосталом и општији појмови и закони, могу се формулисати само у оним дисциплинама у којим је процес логичког уопштавања неизбежан. А у дескриптивним дисциплинама ограничене су могућности изградње поставки, јер често недостаје материјал на основу кога би се оне формулисале. С обзиром на то да најопштија дисциплина настоји да постигне најдубља сазнања о држави и праву, поставке се појављују као битан елемент садржине овакве дисциплине. При том је значајно то да поставке доиста фигурирају као продукт одређеног метода или примене својеврсне методологије па зато дају основни тон насталој садржини. Но, с друге стране, као део садржине дотичне дисциплине, оне изискују примену прикладне методологије. Следствено томе, оне дају — заједно с општим појмовима и законима — стварни печат разним теоријама државе и права. Те теорије се и разликују због разлика у методу и садржини уопште и извесном скупу поставки посебно. На тај начин, у склопу најопштије дисциплине настају многе концепције код којих се може утврдити више истоветност предмета него блискост њихове садржине.

(1) Најбољи примери таквих поставки налазе се на подручју историског материјализма као најопштијој марксистичкој теорији друштва. У вези с тим ваља подвући да је Маркс својом доиста генијалном формулацијом најкраће и истовремено најдубље изразио готово све најважније поставке ове теорије у чувеном и стално цитираном предговору „Прилога критичи политичке економије.“ Вероватно је да нико, нигде и никад у области људске мисли и сазнања није тако концизно и садржински богато изразио огромне научне резултате који су утолико већи што су имали карактер правог научног открића, као што је то Маркс учинио на свега једној страници формулишући у свакој реченици научне законе о изванредно сложеној и променљивој друштвеној стварности.

Наравно, битну вредност и значење неких поставки треба анализом показати и доказати. То се може постићи коришћењем примера поставке о органском јединству, односно повезаности, државе и права. Зато ћемо се њоме позабавити и указати на њене различите аспекте.

II. — *Смисао поставке о органском јединству државе и права.* — У целокупном сазнању о држави и праву, независно од историског нивоа, облика и захвата, врши се неизбежно и кристализација извесних ставова о односу ових појава: то подједнако важи за најапстрактније доктрине и најелементарнија схватања, систематске теориске анализе и сређивање одговарајућег материјала у позитивноправним дисциплинама, па и за свакодневно посматрање чињеница. Третирање основних проблема политичког живота или учешће у њему не могу се замислити без везе с овим инструментима, па и погледа на њих. Стога су одговарајући ставови о односу државе и права подједнако и мерило и тековина датог сазнања, али и својеврсне идејне пројекције постојећих друштвених околности уопште и односа политичких снага посебно, а врло често и непосредни израз програма практичне активности (2).

Наравно, у општој науци о држави и праву, коју сачињава укупност најразноврснијих теорија, није тешко установити какве поставке су се искристалисале, а посебно у специјалним истраживањима о односу државе и права. То због тога што се у средишту пажње налази однос два феномена, па се у најразличитијим варијантама појављују три могуће поставке (3). Прва поставка истиче да су држава и право две одвојене појаве, које, додуше, могу утицати једна на другу, али на исти начин као што сви елементи друштвене целине утичу једни на друге; овај став имају углавном природноправне и социолошке теорије, а као најважније за њих јесте питање шта је примарно а шта секундарно, историјски и логички (4). Друга поставка сматра да су држава и право само привидно различите и посебне појаве, а у ствари су истоветне; ово је гледиште углавном и најдоследније изведено у нормативизму, па се у вези с тим, наравно, посебно инсистира на разлозима њихове идентичности и специфичном карактеру света нормативности (5). Трећа поставка наглашава да су држава и право посебне али истовремено међусобно зависне и чврсто повезане појаве; ово је став разних позитивистичких и социолошких теорија које настоје да укажу зашто постоји таква повезаност (6).

Треба одмах приметити да је последња поставка садржана у скоро свим марксистички оријентисаним схватањима државе и права. У ствари,

(2) Упор. G. Tassitch: L'état et le droit, „Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique“. Paris, Nos. 1-2/1933, p. 175.

(3) Упор. G. Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin, 1914, S. 83; G. Tassitch: op. cit., p. 175; др. Радомир Лукић: Општа теорија државе и права, I књига, Београд, 1938, с. 115.

(4) На пример, K. Bornhak: Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1896, S. 11, 39; L. Gumplowicz: Allgemeines Staatsrecht, III Aufl., Innsbruck, 1907, S. 24, 425-431; L. Duguit: Traité de droit constitutionnel, III éd. tome I, Paris, 1927, pp. 89-199; E. Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts, II Aufl., München, 1929, S. 129.

(5) На пример, H. Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Tübingen, 1922, S. 205-253; X. Келзен: Општа теорија права и државе, превод, Београд, 1951, с. 186-187, 189-190.

(6) На пример, O. von Gierke: Grundbegriffe des Staatsrechtes, Berlin, 1915, S. 105; P. Јеринг: Циљ у праву, Београд, 1894, св. I, с. 202; G. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, III Aufl., Berlin, 1914, S. 332-379.

ова поставка најтачније одражава стварност, па научно расправљање мора бити само потврда управо ове поставке. Зато није случајно што је она и у марксизму заузела важно место.

1. — Максистичка теорија државе и права само је логичан наставак и извод општег учења и закључака о друштву. Да су држава и право међусобно повезани утврђује се на основу анализе њиховог места у склопу политички организоване заједнице. Таквом анализом открива се пре свега њихова зависност од социјалне структуре уопште и нарочито постојећих групација, а то значи класа, staleжа, каста, слојева, итд. Ове групације су реалне снаге које се боре за власт, положај и утицај на битним подручјима. Зато у свим друштвеним структурама у којим се успоставља превласт једне класе над осталим групацијама морају бити створени инструменти помоћу којих се та доминација успоставља, учвршћује и обезбеђује. При том је држава само организована сила или апарат којим се држи у подложности експлоатисана класа, а право је, како се то каже, израз воље владајуће класе. Из ових елементарних констатација следе исто тако општепознати закључци као на пример: да су држава и право само две стране класне превласти (7), да су то последице поделе друштва на класе (8), да су то средства заштите класног интереса (9), да су то два средства усмерена на решење класног сукоба (10), итд. На жалост, све ове формулације, ма колико биле тачне, по правилу су плод узгредних запажања а не темељних и систематских разрада. Као и у другим областима учења о држави и праву, недостају специјалне расправе које би пружиле дубоко и свестрано образложење горњих констатација.

Па ипак, исте су значајне управо зато што упућују на дубља истраживања основе и узрока повезивања државе и права. Јер, горње констатације, неке јасније а неке мање јасно, у ствари полазе од тога да је та основа у процесу класне диференцијације.

Треба одмах нагласити да се ове констатације могу ускладити једним решењем које ми се чини потпунијим. Наиме, није процес класне диференцијације основ повезивања државе с правом него је то један други и специфичан процес, — процес политичког конституисања друштва (11). Тај процес се састоји, најкраће речено, у сложенем збивању, повезивању и комбиновању низа активности одређених политичких фактора, чија је сврха стварање и одржавање целовите и јединствене заједнице у којој се

(7) На пример, С. А. Голунски — М. С. Строгович: Теорија државе и права, Београд, 1946, с. 131.

(8) На пример, О. Мандић: Држава и право, св. II, Загреб, 1961, с. 9.

(9) На пример, А. И. Денисов: Теорија государства и права, Москва, 1948, с. 14.

(10) На пример, Др. Радмир Лукић: н. д., с. 60—62, 65—70.

(11) Разуме се да на овом месту није могуће, а није ни неопходно, подробно образлагање горњег становишта. Међутим, истичући га писац се сматра обавезним да другом приликом у посебном раду разјасни шта је процес политичког конституисања друштва, какво је место и улога истога у склопу друштвене целине, а нарочито које су његове специфичне црте. Баш због тога што се у том становишту подвлаче моменти који до сада нису довољно истражени, неизбежно је да у овом расправљању оно има више карактер декларативног наговештаја него констатације и закључка који се иначе — у стандардним објашњењима везе између државе и права и структуре друштва — одмах разумеју и на одређени начин прихватају. То утолико више што је писац у својој докторској дисертацији „Социјална садржина функције државноправног покрета“ — Расправа о улози државе и права у процесу политичког конституисања друштва, Београд, 1960, с. 342, (у рукопису), настојао да размотри, поред осталог, најважније стране везе између овог специфичног процеса и државноправног поретка.

може обављати материјална производња, културни живот и све остало неопходно и могуће на датом нивоу историског развоја, а захваљујући савлађивању и елиминисању свих фактора и тежњи разбијања такве целовитости. То је најважнији политички процес, јер је праћен постојањем управљања и вршења власти у оквиру основне друштвене заједнице.

Али, овде треба нагласити и то да је процес политичког конституисања друштва само посебан случај конституисања друштвених заједница уопште. Реч је о следећем: конституисањем се ствара, с једне стране, средство у виду извесне организације (која се састоји од групе људи обједињених целисходним повезивањем њихових нарочитих делатности) и, с друге стране, форма у виду адекватног нормативног поретка (који сачињава извесни систем норми или правила понашања припадника). У томе је битно то што организација и нормативни поредак истовремено настају, нераздвајно су повезани и врше у основи исту функцију. У начелу једно без другог не може постојати.

Сходно томе, политичким конституисањем друштва ствара се и нужно постоји специфична организација, значајнија од свих осталих, у виду државе и истовремено специфични нормативни поредак који и јесте право. На тај начин, нарочито средство и форма су колико израз, толико и неопходни инструменти вршења овог процеса. Или, другим речима, држава и право су две стране процеса политичког конституисања друштва. То су нераздвајни елементи или еманација тога специфичног процеса.

2. — Таква основа повезивања условљава и карактер створеног јединства. То није резултат интеракционих дејстава која неизбежно настају између свих саставних делова друштвене целине, а нарочито ако су значајнији. Посреди је однос узајамне условљености, тј. нужности да се постојањем једног изазива постојање другог, али и обратно — да непостојање једног означава и непостојање другог. Они се заједно стварају, развијају, мењају и пропадају. Нема државе без одговарајућег права, као што ни права нема без одговарајуће државе. Они сачињавају дијалектичку целину, а то значи једно јединство у коме остаје посебност саставних елемената. Они се међусобно преплићу и прожимају и при том свако од њих доприноси уобличавању, ефикасности, могућности својеврног дејства, другог. Они су комплементарни у сваком погледу и то се манифестује на најразличитије начине. Али, баш због тога што повезивањем не губе своју посебност, они су релативно независни и та независност иде до границе која означава очување њихове супстанцијалне везе. Држава као организована група људи, који су јасно издвојени из масе осталих припадника заједнице, подобна је не само да дејствује у правцу регулисања и управљања током одређених процеса него и да уобличава само право. Иако оно није проста еманација државе, несумњиво је да се вршење државне власти не би могло постићи без форми које су својствене праву. Право је пут распрострањавања и утицаја државне власти на одређеним друштвеним подручјима. Држава је главни учесник успостављања, вршења и обезбеђења права (12). Али, исто тако, утицај права

(12) Често се истиче позната мисао Лењина о повезаности права с државом: „Право је ништа без апарата способног да принуђује на поштовање норми права“ (В. И. Ленин: Дела (на руском), том 25, с. 442).

битно доприноси својеврсном обликовању државе; оно је регулатор и државних делатности које се тако јасно назначују и разликују од недржавних.

Укратко, карактер повезаности државе и права огледа се у следећим правцима: а) структуралном, јер се код њих подједнако и у целини и у појединим деловима појављују елементи двају феномена, само је питање каква је та комбинација, који су у првом плану а који су потиснути тако да се понекад на први поглед не могу запазити; б) функционалном, јер не само да имају комплементарне функције, што значи да једно не може остварити сопствену улогу без другог, него фактички врше једну и јединствену функцију у друштву; в) садржинском, јер сви битни моменти једног налазе се својеврсно фиксирани у другом; г) формалном, јер су многи облици испољавања и општа физиономија једног само начин постојања и функционисања другог.

3. — Наравно, као што је све у друштвеној стварности историјски конкретно, тј. да има наглашену одређеност суштине и облика постојања, тако исто држава и право уопште и њихово јединство посебно показују историјски условљене специфичности. Нема апсолутне и механичке истоветности између ових феномена присутних у различитим историјским епохама, па ни у различитим друштвима која коегзистирају. Укупност друштвених околности опредељује повезивање ових двају политичких инструмената. С обзиром на нужност међусобног саображавања, они се и током своје историјске еволуције и током постојања од тренутка настанка па до тренутка нестанка јављају у јединству специфичног облика. У фазама нормалног постојања веза није иста као у периодима револуционарних или других значајних промена. Ни тада држава и право не задобијају потпуну независност једно од другог, не губе својство узајамног прожимања, немају „огољену егзистенцију“, како се то наглашава у неким теоријама (13).

И баш због тога политички процес модерног друштва пружа нарочито јасне потврде за повезаност државе с правом у свим аспектима и то с наглашеним интензитетом. Њихово јединство није тешко запазити, па односна поставка није хипотеза за коју је неопходно прибављати посебне доказе. Она је до те мере уверљива да управо супротне поставке морају бити хипотезе за које се, у ствари, конструишу на спекулативан начин натегнути докази.

4. — Поставља се питање да ли органски створено јединство представља неки *посебан феномен*, који постоји напореда са државом и правом као таквим? Органским повезивањем се само постиже узајамна зависност два посебна феномена, који, додуше, постоје као органи једног бића, али то биће реално не постоји. Не ствара се нешто „треће“ изван и изнад реалности државе и права. Исти нису стопљени у неки амалгам у коме би се изгубиле њихове особености. Исто тако, држава се не може свести на право, али ни обрнуто. Они заједно и у истој мери производе више јединство својим узајамним прожимањем. Тако се ствара једна творевина

(13) На пример, E. Tatarin-Tarnheyden: Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis, S. 533 у зборнику Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage, Berlin und Leipzig, 1926.

која представља најбољи пример социјалне симбиозе. Као што у биолошком свету симбиозом настају претпоставке опстанка два бића а да се не ствара треће, тако и у овом случају везом се омогућава постојање оба феномена али се не ствара нов који би апсорбовао обједињене делове. Пошто припадају генерички сличним али ипак засебним феноменима (тј. организацијама и нормативним порецима), када се раставе — од јединства, које је било образовано, не остаје ништа. Па ипак, институционално и функционално јединство доприноси да се у постављању према другим значајнијим елементима друштвене структуре врло често и изразито испољава једна целина. То је један фактор регулисања друштвеног процеса и зато се као такав с другим факторима повезује.

Последица овога јесте то да припадају истој сфери друштвеног живота. Они су компоненте политичког процеса, исте стварности, а нису постављени у две различите области те стварности (на пример, једно у свет нормативности, а друго у свет друштвено-политичких феномена). Онтолошки истоветна сфера у којој се налазе намеће потребу да се избегну представе (14) о тобожњој делимичној истоветности и поклапању али и различитости коју показују држава и право.

У склопу политичког процеса органским повезивањем државе с правом у ствари се врши прелаз и претварање реалне политичке силе у нормативност посебног вида, али исто тако својеврсна природа нормативног постаје моћна снага стварних односа. Тако се превазилазе и, у ствари, бришу оштре границе фактичког и нормативног. То нису две међусобно искључиве крајности него историјске и логичке претпоставке регулисања политичких и других важних друштвених процеса. То морају, уосталом, признати и најдоследнији нормативисти (15). Све то, међутим, не искључује него потенцира могућност утврђивања шта је правно код државе али и шта је државно код права. Односно, тако се само открива њихова веза с политиком. То су два инструмента владајуће политике.

5. — У вези с овим, целисходна је употреба термина који би најбоље изразио реално јединство државе и права. При том се мора водити рачуна о постојећим конвенцијама и устаљеним схватањима одређених израза али и о могућностима и оправданости проналажења нових. По свему изгледа да је најподеснији термин „државноправни поредак“ (16) јер се у њему ставља акценат на оно што је присутно и у организацији и у нормирању („поредак“), а с друге стране, назначује се да је то повезано како с државом, тако и с правом. Важно је, такође, да се тиме уопште

(14) На пример, F. Sander: Staat und Recht als Problem der Phenomenologie und Ontologie, „Zeitschrift für öffentliches Recht“, 1924, Bd. IV, S. 169, 180–181; F. Sander: Das Verhältnis von Staat und Recht, „Archiv für öffentliches Recht“, 1926, Bd. 10, S. 179, 203.

(15) На пример, H. Kelsen: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 92–105.

(16) Овај термин је само спорадично употребљаван код нас али још није стекао опште признање тако да се понеком чини, чак, необичним и неприкладним. Међутим, није тешко доказати да је употреба истог потпуно оправдана. При том је важно да се у њему назначи садржина која не би била истоветна садржини термина „држава“ и „право“ али ни садржини термина „правни поредак“ (јер се тако најчешће означава скуп свих елемената права). С друге стране, јасно је да се овим термином не жели нормативистички схватити држава и право већ, напротив, нагласити битне слабости таквог схватања.

не ставља под знак питања вредност и употребљивост термина „држава“ и „право“ када су анализе усмерене на одговарајуће посебне феномене.

III. — *Методолошки аспекти ове поставке.* — Свака значајнија поставка науке о држави и праву може послужити с једне стране као показатељ примењеног метода али исто тако и као полазна основа метода који треба и који се може применити. Следствено томе, кроз призму поставке којом се бавимо огледају се различити моменти специфичног метода. Штавише, изгледа да се баш методолошка компонента теоријског проучавања одређеног предмета па и све битне особености теоријских праваца, система и схватања, најупечатљивије и нужно ту манифестују и фиксирају. Разлог томе је околност да се у третирању везе државе с правом непосредно изражава битан став и одређивање самих појмова државе и права а такође природа њиховог места у друштвеној заједници. Наравно, та страна поставке је видљивија утолико више уколико је темељније откривен њен смисао.

1. — У проучавању свих феномена — а то значи и државноправног поретка — највише могућности и најплодније резултате може пружити *метод материјалистичке дијалектике*. Исти је примењен, уопштено говорећи, када се изврши правилан избор и доиста употреби скуп најуспешнијих и адекватних инструмената сазнања с тежњом да се достигне најпотпунија научна истина. Тај метод је доиста сложен јер зависно од предмета, који су изванредно разнородни, морају се примењивати облици истраживања и изражавања постигнутих резултата. Овај метод се не састоји у коришћењу неких априорних и упрошћених шема а још мање из вулгарно и механички постављених рецепата. Исто тако, он се не састоји у декларацијама и формалном опредељивању. У ствари, као синоним исправности научних поступака и достигнућа свуда па и на подручју изучавања државе и права, тај метод је мерило нивоа правних наука, али низ тешкоћа у стварној примени овог метода, баш у правним наукама уопште, па и у нашој земљи, обавезује на посебне напоре да би се исти развио (17).

Може се рећи без икаквих резерви да је напред оцртана поставка потпуно у складу са захтевима тога метода. Дијалектички карактер целине — државноправног поретка — изражен је дијалектичком формулом. Она указује на сложеност веза и међусобног дејства разних елемената, како државноправних тако и осталих. Она се усмерава против сваког метафизичког издвајања и изоловања државе и права или обратно али и од средине у којој се реално налазе. Следствено томе, она подједнако инсистира на разумевању дијалектичког прожимања између разноврсних састојака државе и права али у одређеном друштвеном амбијенту. Она омогућује узимање у обзир свих видова кретања и мењања ових феномена, како због њихове релативне независности тако и због њихове везаности за остале битне друштвене елементе подложне друштвеним променама. Облици и мере преображаја морају се правилно објаснити: шта има карактер квантитативних а шта карактер квалитативних промена —

(17) Вид. Љубо Тадић: Каква нам је наука о праву потребна?, „Преглед“, бр. 5/1956, с. 238, 239, 248.

то се успешно показује овом поставком. Формула није статична већ указује на потребу изражавања динамичне стварности.

2. — У складу са обележјима примене дијалектичког метода стоји и чињеница да је у овој поставци само конкретизован низ резултата историјског материјализма, као најопштије теорије друштва. Познато је да је тек ова теорија успела да покаже у чему се стварно састоји суштина целокупног друштвеног процеса, какве су законитости структурирања и развоја основних друштвених заједница, какви су карактер и улога појединих значајнијих или мање значајних елемената друштвене структуре. На таквој методолошкој подлози израста не само објашњење државе и права него и њихове повезаности.

Битан циљ свих општих наука, па дакле и науке о држави и праву, састоји се у утврђивању законитости на подручју које проучавају. Зато и овде треба да се формулишу закони, јер исти несумњиво постоје. Пре свега, поставком о органском јединству државе и права формулисан је, можда, најважнији закон њиховог постојања. Јер, апсолутно никада и никако не може бити државе без права или обратно. То је закон управо због тога што, и поред образованог јединства, представљају посебне феномене и при том показују низ правилности и нужности међусобног утицања. Ова законитост заузима најважније место у скупу *унутрашње* законитости структурирања, постојања и развијања државноправног поретка. Где и уколико постоје нужне везе и правилности узајамног дејства важнијих елемената државноправног поретка, ту и утолико постоје извесне законитости. Нарочито су значајне тенденције развоја државноправног поретка током историје политички организованог друштва али и на тлу одређене друштвено-економске формације.

Изразитији доприноси историјског материјализма досад су показани у законима повезивање државноправног поретка са друштвеном основом, класама, политичким и идејним фактима, итд. И без истицања државе и права као целине који се повезују са тим елементима није се могло избећи то да се исте законитости констатују и за државу и за право. Наравно, то се може успелије извести потврдом поставке о органском јединству ова два феномена.

3. — Али, ова поставка има нарочиту вредност и зато што упућује на материјалистички и социолошко-политички поглед на право. Наиме, држава је такав феномен да се његова социјална природа непосредније осећа него код права. Право је специфичан регулатор, па му се често с јасним настојањем, а често и несвесно, придаје карактер нечега што је изнад друштвене реалности. Уместо да се посматра као саставни део друштвених процеса и да се у њиховом склопу објасне сви његови састојци, право се проглашава неком од друштва независном појавом. На тај начин чини се одлучан корак у идеализовању права. Међутим, право је исто онако као држава само израз материјалних услова живота друштва; оно је детерминисано и садржински и по форми друштвеном основом као и све друго у склопу друштвене структуре, уосталом. Оно је само специфичан вид постојања друштвених односа. Повезујући се с државом оно је повезано и с дејством свих осталих политичких фактора. Првен-

ствено због тога и оно само постаје моћан политички фактор. Зато у политичком процесу и заједно с државом право неизбежно добија реалне димензије. Те димензије не смеју се занемаривати ако се имају намере да се право научно објасни и да се нагласи његова специфична природа. Метод који је инспирисан поставком да је оно само компонента једне целине (тј. државноправног поретка) унапред се обезбеђује од многих фикција и нетачних оцена.

Ове дилеме искрсавале су и остају стално актуелне због преовлађивања социолошког и догматског метода у традиционалној науци и разним грађанским теоријама. Оне су се посебно наметнуле поводом екстремних, али снажних и утицајних, настојања нормативизма на челу с Келзеном да проучавање права заснује на „чистом правном методу“, тј. независно од свих социолошких, политичких, етичких и других примеса (18). Другу крајност представља социолошки метод који усмерава пажњу скоро сасвим на друштвене везе државе и права и при том занемарује специфичност права (19). А познато је да научни метод мора избећи сваки вид хипостазирања појединих страна или елемената права. Научни метод мора водити рачуна о обе стране, као и о другим, али сразмерно значају који исте имају у стварности. То управо настоји да постигне дијалектички метод укључујући позитивне доприносе поменутих два метода па и других методских поступака.

Схватајући сложено јединство државе и права — које има друштвену, политичку, идеолошку и друге стране — постаје јасна неопходност избегавања свих крајности, ускости и једностраности. То, наравно, важи за све правне дисциплине, а нарочито за најопштију и теоријску. Зато, сходно потребама испитивања односног предмета, могу се применити методски поступци који највише одговарају постављеним задацима. Дијалектички метод је толико садржајан да може одредити право место и домаћај свим моментима, поступцима и инструментима истраживања не вербалним препорукама и жељама него стварном употребом.

Теоријска уопштавања на подлози једне овакве поставке имају шансе да буду максимално објективна. Та поставка у склопу дијалектичке, а то значи, научне методологије постаје средство помоћу кога се може највише приближити сазнању ослобођеном прекомерног дејства негативних фактора — историјских, гносеолошких, објективних и субјективних одређења и условљености недостатака у процесу сазнавања. Наиме, познато је да управо на подручју теоријског сазнања државе и права не постоје апсолутно сигурни критеријуми вредности постигнутих резултата, а још мање сигурна обезбеђења против нетачног, па и произвољног одражавања стварности. Емпијиска очигледност органске повезаности државе и права и поставка која то изражава пружа добрим делом одговарајуће позитивне гаранције.

IV. — *Садржина и структура теорије државноправног поретка у светлу ове поставке.* — Значајна сама по себи, тј. за уже схваћен однос

(18) Вид. Х. Келзен: О границама између правничке и социолошке методе, превео др. С. Кишнер. Београд, 1928.

(19) На пример, Е. Ehrlich: *op. cit.*, *passim*.

државе и права, ова поставка показује своју методолошку вредност на целокупној садржини и структури теорије. Она даје одређен печат њеној конструкцији. Став о органском јединству државе и права води ка упечатљиво друкчијој конструкцији него став о њиховој раздвојености. И не само то: садржина и карактер дате теорије представља, тако рећи, функцију или израз одређеног става у погледу односа државе и права. То се може приметити како код великих научних система тако и код потхвата скромног домаћаја.

Треба одмах истаћи да терминолошки назначено органско јединство државе и права намеће потребу конструисања теорије *државноправног поретка*, са свим одговарајућим обележјима садржине и структуре захваћене материје. Међутим, њене структуралне особености не могу означавати брисање свих разлика између разних теорија и концепција, односно разних варијаната марксистички оријентисаног схватања о држави и праву. Штавише, није искључена могућност стварања теорије државноправног поретка у немарксистичкој науци уколико се само пође од тога да постоји органско јединство, али се имају сасвим друкчији појмови државе и права као и њиховог места у друштву, а истовремено методологија се битно разликује од марксистичке.

1. — Развојни ток опште науке о држави и праву, који пада углавном у период од средине прошлог века, приметно је био усмерен у *аналитичком правцу*: то значи да је од самог почетка њеног уобличавања, а још више интензивним унапређењем, настало раздвајање теоријских знања о држави и истоврсних знања о праву. Независно од начелног става о вези између ових феномена (тј. да ли су повезани или раздвојени) много је очигледнија одвојеност теорије државе од теорије права него настојање да се истакну елементи њиховог повезивања. Изузетак је само нормативизам који је поистовећењем државе с правом створио претпоставке за јединствену теорију. Због таквог подвајања уследили су различити резултати, неуједначеност у опсегу, разноврсности, продубљености проблема на пољу теоријских уопштавања о држави и праву. Тај утисак не мења ни чињеница да има и низ примера да је исти аутор развио сопствену теорију државе али и теорију права. Међутим, чешћи су случајеви значајних доприноса само на једном од тих подручја, па су зато негде више а негде мање засебно уобличене и развијене две теорије (20).

Аналитичка усмереност, међутим, имала је одговарајуће последице и у погледу обраде проблема појединих састојака или страна државе и разних елемената и института права. Ту се посебним проучавањем најчешће изазивало брисање сваке везе државе с правом. Тешко је пронаћи, изван нормативизма, покушаје и инсистирања да се појмовно и разматрањем покажу везе државе с правом а не само неким уопштеним констатацијама. Уместо захватања државноправних феномена извршено је њихово вештачко подвајање, па су услед тога створена два одвојена система појмова.

(20) О неким аспектима развоја опште науке о праву вид. др. Берислав Перић: *Прошлост и садашњост опће науке о праву*, „Зборник Правног факултета у Загребу“, бр. 3—4/1957, с. 274—290.

Наравно, постојали су многобројни објективни разлози таквог аналитичког поступка. Не улазећи у откривање истих, довољно је само на-значити да је велику улогу имала околност што је то био лакши пут у обликовању теоријских знања. Усмереност на поједине стране иначе изванредно сложених појава на одређеној етапи обезбеђивала је, у крајњој линији, плодније резултате. Тако је створен богат материјал али и једна традиција и инерција која је изазвала и низ негативних последица.

2. — Свакако да унапређење опште науке о држави и праву има објективно детерминисане могућности и путеве. Баш због тога изгледа да се највеће могућности налазе у стварању теорије државноправног поретка као начина превазилажења вештачки створеног јаза у прошлости. Неопходна је нова оријентација и она би се састојала у стварању *синтетичке теорије*. Таква теорија би се карактерисала структуралном и садржинском јединственошћу општих знања, а то значи да би представљала једну а не две науке. Таква теорија би била права потврда поставке о јединству државе и права. У њој би се могла реализовати на најширем подручју премиса која тачно предочава стварност односа и повезаности двају феномена али која је раније остала без одговарајућих консеквенци, чак и кад је формално заступана. Самим тим би та поставка била доиста заснована, а што је још важније, теориско уопштавање би више одговарало карактеру предмета који обухвата.

Синтетичка теорија, наравно, представљала би само природан производ развоја, јер би била утемељена на ранијим тековинама. Својом досадашњом оријентацијом теорија је створила довољно претпоставки за настојање да се учини постепен заокрет у коме би се преиспитали нагомилани резултати произишли током одвојеног посматрања државе и права. То је изванредно разноврстан материјал, али је његова вредност у томе што је обухватио најразличитије моменте структуре и функционисања два најважнија политичка инструмента. То ипак олакшава процес синтезе у виду јединствене теоријске дисциплине која треба да обухвати две стварно одвојене и формално повезане теорије. Стиче се утисак да уопштавања на стари начин остају ипак половична, да су то варијације у основи истог домаћаја, и да даљи корак може бити остварен само потпуним захватима.

С обзиром на укоренењу традицију, међутим, таква преоријентација не може се лако извести. Стога се у почетку могу појавити само покушаји да се нешто учини у томе смислу.

Што се тиче марксистичке науке, постоје већ јасни наговештаји да је већ дошло време за настојања да се отпочне са уобличавањем синтетичке теорије. Код нас су пре више година најистакнутији теоретичари једнодушно прихватили идеју о потреби рада у томе правцу. У вези с тим је већ наглашавано како у појединим расправама (21) тако и у уџбеницима да постоје стварни научни разлози за конструисање такве теорије. Иста тенденција осећа се и у совјетској теорији новијег времена, како у изјашњењима тако и у обради стандардне материје која припада овој

(21) На пример, dr. G. Kušej: Nekaj misli k vprašanju o razmerju med državo in pravom, „Pravnik“, Ljubljana, št. 7-9 1953, s. 213.

дисциплини (22). Али, карактеристично је да се најпре врше механичке синтезе, тј. повезивање материје која је очигледно слична, а тиче се како државе тако и права. Доиста, такав поступак намеће се сам по себи и представља нужну етапу приближавања проблематике државе и права. Тек када се то постигне откриће се перспективе за могућа и целисходна сажимања постојећег различитог материјала и изналажења оног што је заједничко јер се тиче и државе и права.

Али, теорија државноправног поретка не може бити нека шематски и круто саздана дисциплина у којој би само очигледне синтезе заслуживале да се нађу у њеним оквирима. У ствари, она би обухватала сва уопштавања у вези с државом и правом. Разлог за оцену теорије као синтетичке представљало би то што би она имала ток који се разликује од досадашњег тока.

3. — Пошто се садржина теорије државноправног поретка састоји, поред осталог, од низа одговарајућих појмова то значи да исти треба да буду изграђени у складу с основном поставком која карактерише ову теорију. Наиме, настаје потреба да се измени низ постојећих појмова тако да се више истакне повезаност државе и права, односно неких њихових страна и момената. Од често истицане и тачне тврдње да су појам права и појам државе корелативни треба поћи даље и развити низ осталих важних појмова у којим би била назначена корелативност низа елемената државе и права. У таквим појмовима би се само потпуније и конкретније показала корелативност основних појмова, тј. појма државе и појма права. При том, дато стање у науци и карактер постојећих појмова истовремено олакшавају али и отежавају рад у том смеру. Јер, познато је да се у науци оперише с терминима који имају различито значење, да појмови немају исто значење у различитим теоријама, па чак ни исти писци не користе их доследно. Али, исто тако постигнута је у низу случајева бар толика уједначеност да се установљени појмови користе као логичке одредбе углавном истих ствари. Зато се појављују велике тешкоће у превазилажењу диспаратности појмова, али исто тако и код преиначења једном утврђених појмова. Преиначења су отежана зато што се сасвим разложне и оправдане намере сукобљавају с установљеном традицијом па постоји могућност да буду оцењене као непотребне новине. Олакшања, пак, произлазе отуда што се код многих појмова могу само истаћи неки иначе прости и више-мање општеприхваћени моменти па да се постигне потребна складност датих појмова с општим духом науке у којој се употребљавају — теорији државноправног поретка. Наравно, код низа појмова ревизија би била излишна, јер се односе на нека посебна обележја државе и права као таквих а не на целину коју сачињавају. У сваком случају, несумњиво је да се без преиспитивања садржине појмова не може развијати синтетичка теорија.

Пре него што се постигну видљиви резултати у томе смеру не може се са сигурношћу рећи који појмови и како треба да буду ревидирани. Али, пошто у стварности постоје државноправни феномени али и феномени

(22) На пример, М. П. Карева (ред.): Теория государства и права, Москва, 1955, с. 459.

који су само државни и само правни, свакако да ће се тежиште преиспитивања налазити на појмовима којим се одражавају управо заједнички и веома блиски елементи државе и права. Вероватно је да су они најзначајнији и бројни тако да сачињавају стварну окосницу теорије државноправног поретка.

4. — Целокупна садржина теорије државноправног поретка, тј. појмови, поставке и закони, имају утолико већу вредност уколико тачније одражавају стварност, али и уколико су међусобно усаглашени. Специфичност теорије, без обзира да ли је аналитичка или синтетичка, јесте то што мора имати одређен систем много више но остале дисциплине. Она је заснована на начелу *унутрашње кохерентности*. Зато њен систем не представља само формално обележје него има и битно садржинско значење. Систем се своди на целисходно распоређивање и повезивање појмова и поставки тако да не буду аморфна гомила него да једни произлазе из других, да се ослањају једни на друге и да се међусобно употпуњавају. Ако нема тог обележја онда, у ствари, и нема теорије као целивитог погледа и развијања одређене концепције него постоји извесно фрагментарно знање. Неопходност система и логичке хомогености, међутим, не значи да је то једини услов исправности теорије, јер и чисте спекулације могу имати такву хомогеност.

Систематичност садржине, дакле, није резултат субјективних склоности теоретичара. Дубоки разлози налазе се у чињеници да теоријско обухватање једне стварности одређених квалитета мора имати одраз на облик одговарајућег знања. Државноправни поредак је изванредно складна целина многобројних делова и таква складност не постоји ни код једне друге друштвене творевине. Јер, држава као најважнија организација и право као исто тако важан нормативни поредак својим повезивањем и прожимањем стварају једну монолитну целину. Као што су реални елементи сређени, тако мора бити сређена и теорија која их проучава. Систем треба да буде само мисаона пројекција, логичка симетрија, сређености државноправног поретка.

А концепција државноправног поретка има смисао који у потпуности изражава ту чињеницу. Она пружа подлогу за изградњу научног система и истовремено сугерира његова начела. Ова поставка је значајан методолошки фактор јер од ње зависи начин изражавања адекватне садржине. Проведена на целој области теорије, ова поставка је идентична у великој мери с успело постављеним научним системом.

V. — *Консеквенце у погледу позитивноправних наука.* — Поставља се питање да ли поставка о којој расправљамо има значаја и за позитивноправне науке? То због тога што постоји уска веза између свих државноправних дисциплина: теорија представља најопштија звања која се заснивају на резултатима како позитивних тако и историјских државноправних дисциплина; с друге стране, позитивноправне дисциплине нису само скуп дескриптивних знања него садрже мања или већа теоријска уопштавања у појединим областима или гранама права. Свака позитивноправна дисциплина само конкретније изражава садржину теорије и пружа неопходне податке о конкретној правној стварности. Али, постоје извесне специфич-

ности повезивања теорије с осталим дисциплинама сходно извесним особеностима одговарајућих области и грана права. Водећи рачуна о томе, могуће је проверавање поставке о органском јединству државе и права на подручју позитивноправних дисциплина.

1. — Област тзв. *јавног права* пружа најубедљивије податке о не-раздвојној повезаности државе с правом. Ту је чак тешко избећи такав закључак. Независно од тога какав се став заузима у области теоријског мишљења о држави и праву, пада у очи да се у садржини дисциплина као што су уставно право, управно право, кривично право и сл., непосредно показује баш кроз анализу конкретног материјала то да су најважнији институти најбољи примери постојања државноправних феномена, тј. да нема подвојености правних и државних феномена. Зато се у овој области врло често пружају јединствена знања о држави и праву. Повезивање и синтеза се намећу сами по себи, јер то је подручје непосредног манифестовања власти и политичких односа група и појединаца. На пример, расправљање проблема сувереног државног органа повлачи за собом и расправљање проблема устава као највишег правног акта, који тај орган ствара и тиме специфично изражава своју функцију и место у склопу државноправног поретка. Исто тако, наука о управном праву најчешће настоји да покаже везу између управних органа и специфичних аката које они доносе. У кривичном праву, даље, јасна је веза између делатности државних органа и правног регулисања спорова између субјеката, односно сузбијања и кажњавања друштвеноопасног и штетног понашања појединаца или група. Уопште, целокупно материјално и формално право у овој области показује присутност државе, али и правну заснованост и регулисање делатности њених органа.

Према томе, овде је синтеза у великој мери остваривана јер се наметала као најприродније решење и као стварна потреба. Управо због тога недовољна афирмација синтетичке теорије само је знак одступања од онога што је довољно јасно истакнуто у материји поменутих дисциплина. Самим тим, логично је да синтетичка теорија (теорија државноправног поретка) може пружити знања која одговарају тековинама поменутих позитивноправних дисциплина.

2. — Област такозваног *приватног права* карактерише се, уопште говорећи, мање наглашеном везом државе с правом. Разлог за то јесте чињеница што се у њој много више испољава делатност приватних лица као субјеката права. Правно регулисање у овој области обухвата имовинске или друге односе у којим је неопходна претпоставка баш то да субјекти релативно слободније иступају, без непосредног ангажовања државних органа. Међутим, неосновано је гледиште да је то неко „царство приватних и слободних акција“, јер сама чињеница да су ти односи правно регулисани означава чињеницу да је и ту присутна државна интервенција. Сваки институт грађанског права, на пример, само привидно показује лабавост везе између државе и права, а стварно и ту се увек може констатовати присуство државе. Јер, чим настане повреда и кршење правних прописа, који су сами по себи форма манифестовања државне власти,

настаје и непосредна државна акција. Уопште, ова област, па и научне дисциплине које су у вези с њом настале, више *потврђују* него што *негирају* исправност поставке о органском јединству државе и права.

3. — Чак и *међународно право* представља област у којој је на својеврсан начин потврђена исправност гледашта о повезаности државе с правом. Међународно право је основни нормативни поредак међународне заједнице, у којој су стварни агенси и субјекти многе државе. Без обзира на то што постоје санкције као у унутрашњем праву, несумњиво је да то право уопште, па и поједини институти у његовим оквирима (на пример, уговори), имају као претпоставку постојање државе, односно низа држава. Без низа држава не би могло бити ни међународног права као специфичног права. Правно регулисање односа у међународној заједници не врши се ван и независно од специфичних активности држава него управо кроз те активности манифестује се реална егзистенција овог права.

На основу ових неколико напомена може се истаћи да све позитивно-правне дисциплине, а такође и историјскоправне, баш зато што су конкретне, стоје некако ближе стварности, и да, поред осталог, пружају најпоузданији материјал о конкретним облицима, степену и виду повезивања, али и релативне независности државе и права. На тај начин, једна општа поставка појављује се као резиме бројних ставова заснованих на анализи конкретног материјала. Као резултат конкретних истраживања, она истовремено изазива одговарајуће консеквенце у тим истраживањима, када се јасно нагласи и одреди њена вредност и неопходност за процес сазнања државноправног поретка. Ова поставка је показатељ прелаза конкретних у најопштију науку, али и проверавања најопштије науке у дисциплинама које располажу неопходним подацима.

VI. — Прилагођење програма наставне дисциплине. — У плановима високих школа и факултета на којима се изучавају правне науке важно место заузима дисциплина која носи различите називе (теорија државе и права, увод у право, итд.), и има задатак да пружи основна и општа знања о држави и праву. Не узимајући у обзир њене најразличитије варијанте у иностранству, карактеристично је да је код нас још пре десетак година на једном саветовању најистакнутијих стручњака за ову дисциплину (23) расправљано о конструкцији програма која, у ствари, стоји на линији изградње синтетичке теорије. Наиме, истакнуто је да традиционални начин излагања па ни вишегодишња пракса код нас, која се састојала у томе да се поред уводних питања најпре излажу проблеми државе а затим права, не задовољавају ни научне захтеве, ни педагошку целисходност. Стога је једнодушно прихваћена препорука да се уложе напори у правцу целовитог излагања теорије државе и теорије права, иако је истовремено указано на велике тешкоће да се то и постигне. Но, то је симптоматична оцена вредности и потребе новог програма чија би основна карактеристика било целовито схватање државе и права, односно прак-

(23) Вид. Берислав Перић: О саветовању наставника теорије права одржаном 17 и 18 априла у Загребу, „Погледи“, бр. 8/1953, с. 590.

тично реализовање у програму управо поставке о органској повезаности државе и права.

Јасно је само по себи да је у истој мери педагошки оправдано и неопходно целовито излагање теоретске дисциплине колико је научно заснована поставка о органском јединству државе и права. Свакако да баш у тој дисциплини, у којој се налазе сумарна знања, првенствено треба назначити начела синтетичке теорије и показати њене особености и предности у односу на аналитичку теорију. Та дисциплина увек служи колико дидактичкој сврси толико и за скицирање система теорије. Предност такве дисциплине састојала би се у томе што би се избегла непотребна понављања градива, повезала проблематика која се неоправдано и механички раздваја, непосредније истакла уопште и кроз различите елементе посебно нераздвојна повезаност државе и права. Самим тим, задатак ове дисциплине био би у сваком погледу боље остварен.

VII. — *Закључак.* — У општој или теоријској науци о држави и праву нарочито је изразита условљеност и међусобно претпостављање методолошке и садржинске компоненте. Као што методологија одређује каква ће уследити садржина, тако и сваки значајнији елемент садржине има својеврстан методолошки смисао и значај. Поставка о органском јединству државе и права је најопштија и врло концизна формулација свакако најважнијег елемента у целокупној садржини теорије. У њој се сажето изражавају с једне стране, основни закон постојања ових феномена, а с друге основни појмови о тим феноменима. Поред тога, ова поставка изражава све видове повезивања државе с правом — функционалне, садржинске и формалне. Повезаност настаје у свим важнијим састојцима државе и права. У стварности држава и право егзистирају као органска целина („државноправни поредак“), а то значи да постоје државноправни феномени као делови такве целине, али истовремено због релативне независности постоје само државни и само правни феномени.

Управо због тога ова поставка има долекосежне методолошке консеквенце за целокупно истраживање државе и права. Због њене вредности и места у склопу теорије сви остали елементи — појмови, поставке и закони — треба да буду њој прилагођени а такође међусобно усклађени. Ова поставка одређује садржину и физиономију теорије државноправног поретка. Систем и конструкција ове научне дисциплине изграђени у смислу ове поставке, а такође и третирање појединих проблема, добијају обележја синтетичког схватања и сазнања државноправних феномена, уместо раније аналитичког које је карактерисало, у крајној линији, целокупни развој досадашње опште науке о држави и праву. И поред тога што су се изјашњавали за ову поставку, додуше формално схваћену, многи најистакнутији представници теорије деценијама уназад, па и у прошлом веку, чињеница је да тек предстоји опсежан рад у правцу који обележава ова поставка. Она још није у потребној мери потврђене стварном разрадом. Но, оправдано је претпостављати да ће се с напретком теорије, а то значи потискивањем спекулативних и идеалистичких представа али и вулгарних упрошћавања, и ова поставка бити све више разрађивана. Јер, то није само тежња за модернизовањем него и објек-

тивна потреба данашњег времена. Зато постоје многи историјски и гносеолошки разлози.

Да ова поставка намеће одређене захтеве приликом избора методолошких поступака, а затим при сређивању одговарајућих резултата најбољи доказ јесу разматрања предмета, садржине и метода теорије па до захватања и обраде појединих проблема свуда се осећа да ли и на који начин у њима фигурира и ова поставка. На пример, став о историјском пореклу државе и права сасвим зависи од става о односу ових феномена, а наравно и од тога каква је садржина дата тим појмовима. Даље, расправљање о проблематици одумирања државе и права било на апстрактном плану, било у вези са преображајима у одређеној земљи и раздобљу зависи од тога да ли је инспирисано овом поставком, да ли се врши у њеном контексту, или пак, насупротив њој. Јер, ова поставка одмах води ка закључку да процес одумирања истовремено захвата државу и право и да је степен извршених промена у крајњој линији истоветан и да се исте тенденције изражавају и у држави и у праву.

Наравно, напред оцртану функцију има ова поставка у склопу марксистички оријентисане теорије, која се разликује од немарксистичке управо у погледу основних методолошких и садржинских премиса.

*

На крају није ни потребно наглашавати да ово излагање има карактер једног покушаја указивања на могућности и значај широког коришћења ове поставке, а не одговара на многобројна питања и решења задатака који се самим тим постављају.

Др. Стеван К. Врачар

СУКОБ МЕЋУДРЖАВНОГ УГОВОРА И ЗАКОНА У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

У америчком праву је расправљано да конгрес САД у закључивању међудржавних уговора није ограничен доктрином делегације власти. То значи да Конгрес може да врши и права која му нијесу искључиво делегирана, да доноси одговарајуће законодавне акте нужне за примену и извршење уговора (1). Основно питање границе права закључивања међудржавних уговора остало је неријешено. Постоји једно мишљење суда да уговор може имати за предмет било које „питање које је нормално предмет преговарања са страном земљом“, али не може кршити ни једну изричиту уставну забрану (2). У америчкој јуриспруденцији, међутим, не постоји ни један случај да је неки међудржавни уговор проглашен неважећим зато што је прешао оквире уговарања (3).

(1) *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 (1920).

(2) *Geofroy v. Riggs*, 133 U. S. 258, 266–67 (1890).

(3) Види *Rottschaeffer: Constitutional Law*, par. 186–90, 385 (1939).

У новије вријеме, пак, питање уговорног права у односу на Устав постало је доста контроверзно питање у Сједињеним Државама. Формално је чак предложен и амандман на Устав САД, познат као Брикеров амандман, који се тиче обима права закључивања међудржавних уговора и утицаја ових на домаће законодавство. Сенатор Брикер (Bricker) је тражио изричито ограничавање права закључивања међудржавних уговора и захтијевао посебну акцију Конгреса САД да би међудржавни уговори могли имати утицаја на домаће законодавство. Године 1954 овај предлог је пропао само за један глас (4). Слиједећих година су упорно предлагане нове верзије овог амандмана, који би практично везао руке Влади САД. То је свакако израз уских, изолационистичких и конзервативних гледања на спољну политику САД. Друга тенденција је дошла до изражаја 1958 када је и сам сенатор Брикер, послје дугог низа година, изгубио сенаторски мандат.

Устав Сједињених Држава (чл. VI, секција 2) предвиђа да су међудржавни уговори дио врховног закона земље. Међудржавни уговори су сврстани у исту категорију са федералним Уставом и федералним законима (статутима). Устав изричито налаже да се све судије у државама морају придржавати тога (5). Изузетак се чини ако међудржавни уговор није извршан сам по себи, што значи ако је његово извршење условљено или везано за посебне законске одредбе које Конгрес треба да донесе (6).

Однос између Устава и међудржавног уговора. — У мишљењима Врховног суда Сједињених Држава не може се наћи изјава да Устав није изнад међудржавног уговора. Напротив, кад год се постављало питање односа Устава и међудржавног уговора, Врховни суд се изјашњавао за супериорност Устава. Иако се најранији преседан биљежи још 1803 (7), јасност принципа долази до изражаја тек 1835 у случају *Doe v. Braden* (8): „Уговор је [...] закон створен од надлежне власти, и судови правде немају право да пониште или пренебрегну било коју од његових одредаба, сем уколико не нарушавају Устав Сједињених Држава.“

Овај принцип је садржан и у два случаја из 1856: *Prevost v. Greneaux* (имовинска права држава) и *Brown v. Duchesne* (патентно право) (9). У случају *The Cherokee Tobacco* искључене су све могуће сумње: „Скоро је непотребно рећи да уговор не може мијењати Устав или бити сматран пуноважним када је у сукобу са тим инструментом. Ово произилази из природе и основних принципа наше владе“ (10).

У већ споменутом случају *Geofroy v. Riggs*, Врховни суд је 1890 изјавио: „Не би се могло сматрати да се она [власт уговарања] проширује

(4) 100 Cong. Rec. 2374–75 (1954); 103 Cong. Rec. 240, 259 (1957).

(5) *Ware v. Hylton*, 3 U. S. (3 Dall. 158) (1796).

(6) *Foster v. Nelson*, 27 U. S. (2 Pet.) 164 (1829).

(7) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

(8) *Doe v. Braden*, 16 Howard 635 at 656 (1853).

(9) *Prevost v. Grenaux*, 19 Howard 1 at 6 (1856); *Brown v. Duchesne*, 19 Howard 183 at 197 (1856).

(10) *The Cherokee Tobacco* (*Boudinot v. United States*), 11 Wallace 616 at 620 (1870).

тако далеко да дозвољава оно што Устав забрањује, или да мијења карактер Владе или појединих држава“ (11).

Суд је поново о доктрини супериорности Устава над међудржавним уговорима говорио 1898 у случају *United States v. Wong Kim Ark*: „[...] закони усвојени од Конгреса, као и уговори закључени од стране Предсједника и Сената, морају да уступе пред врховним и највишим законом Устава“ (12). Ова доктрина је данас општеприхваћена и могла би се наћи у низу других и новијих преседана америчког права (13). Ипак, као што је напријед истакнуто, тражено је ограничавање уговорног права, истичући да у пракси уговори нарушавају Устав Сједињених Држава, Повељу Права (*Bill of Rights*) и уставе свих држава Уније (14). Зато је ово питање било предмет и неких скорашњих одлука Врховног суда из 1957 — *Wilson v. Girard* (15) и *Reid v. Covert*, којом приликом је судија Блек (Black) рекао: „[...] ниједан уговор са страном државом не може овластити Конгрес, или било коју другу грану владе, да слободно учини оно што Устав ограничава.“ „Забране Устава се примјењују на све гране националне владе и оне не могу бити поништене од стране извршне или од комбиноване извршне власти и Сената“ (16). Закључак је јасан: мјерило вриједности уговора је Устав, када је уговор у супротности са Уставом, уговор пада.

На почетку је речено да у историји америчке јуриспруденције не постоји ни један случај да је неки међудржавни уговор проглашен неважећим зато што је прешао оквири уговарања, јер Врховни суд САД заиста никада није прогласио неки уговор неважећим зато што је био у супротности са Уставом. Суд је међутим проглашавао неважећим акте Конгреса који су имали за циљ извршење или спровођење одредаба појединих уговора, што је у ствари значило немогућност примјене и самог уговора. Навешћемо, само илустрације ради, примјер *New Orleans v. United States* (17) и *Scott v. Sanford* (18).

Однос међудржавног уговора и федералног закона. — Питање односа међудржавног уговора и федералног закона се поставља двојако: да ли међудржавни уговор може укинути федерални закон, и да ли федерални закон може укинути међудржавни уговор. Ово питање је такође непосредно повезано са претходним питањем односа међудржавног уговора и Устава. Јер, ако акт Конгреса не може укинути међудржавни уговор у унутрашњем праву, онда би уговорно право у извјесном степену било изнад законодавне власти. Тада би се поставило и питање одређеног степена супремације уговора над Уставом.

(11) *Geofroy v. Riggs*, 133 U. S. 258 at 267 (1890).

(12) *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U. S. 649 at 700 (1898).

(13) *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 at 433 (1920); *Asakura v. Seattle*, 265 U. S. (1924); *United States v. Minnesota*, 270 U. S. 181 (1924); *United States v. Curtiss-Wright Corporation*, 299 U. S. 304 (1936).

(14) Говор Dean Clarence Manion-а у току изборне кампање 1952 (99 Cong. Record, 9 јануар 1953, p. A 95–96); види Elbert M. Byrd, Jr.: *The Constitution and the Treaty Power*, A Study of Treaty Restricting Proposals (необјављена докторска теза, The American University, Washington, D. C., 1954).

(15) *Wilson v. Girard*, 354 U. S. 524 at 530 (1957).

(16) *Reid v. Covert*, 354 U. S. 1 (1957).

(17) *New Orleans v. United States*, 10 Peters 662 (1836).

(18) *Scott v. Sanford*, 19 Howard 393 (1857).

Конгрес је 1798 усвојио закон (19) којим су поништени сви уговори на снази између САД и Француске. Врховни суд није имао прилику да се изјасни о пуноважности овог закона; 30 септембра 1800 је закључен нови уговор са Француском. Када је један нижи суд донио одлуку о заплени француског брода на основу ранијег закона којим су поништени уговори са Француском, случај је дошао пред Врховни суд 2 октобра 1800 (20). Тад је постављено питање да ли је нови уговор поништио ранији статут. Врховни судија Маршал (Marshall) је том приликом изјавио: „Устав Сједињених Држава проглашава уговор за врховни закон земље. Следствено, судови морају прихватити обавезе из њега [...] и сматрати га као закон Конгреса (21).“ — Према томе, уговор укида ранији акт Конгреса, тј. федерални закон (22). Послије Маршала и друге судије Врховног суда су били *јединствени* по овом питању (23).

Друго питање, да ли акт Конгреса, тј. федерални закон може укинути међудржавни уговор расправљено је у Врховном суду САД тек 1870. Раније су ова питања у пракси рјешавана као што је напријед истакнуто у случају поништења уговора са Француском 1798. Нижи судови су и раније проглашавали принцип да је федерални закон обавезан макар и у супротности са раније закљученим уговором (24).

Први преседан у коме је рјешавано ово питање налази се у познатом случају *The Cherokee Tobacco (Boudinot v. United States)*, којом приликом је Врховни суд САД изјавио: „Без сумње један или други мора уступити. Неслагласност је јасна и они не могу постојати заједно [...] Устав није ријешио питање ефекта уговора и закона Конгреса када су у сукобу. Али питање не доводи у сумњу правилност његовог рјешења. Уговор може укинути ранији закон Конгреса (25), а закон Конгреса може укинути ранији уговор (26).

Исто питање се поставило и у случају *The Head Money Cases*, када је одлучено да је пуноважан закон Конгреса од 1882 којим је наметнут порез имигрантима од пола долара по глави, иако у супротности са раније закљученим уговором са Русијом. Говорећи у име јединственог суда по овом питању, судија Милер (Miller) је примијетио: „[...] Устав не даје (уговору) вишу вриједност од закона Конгреса [...] који може бити опозван или измијењен законом каснијег датума [...]“ (27).

С обзиром на јасност изложених примјера којима је постављено правило да закон Конгреса може укинути ранији закључен уговор, и да уго-

(19) 1 Stat. 578, од 7 јула 1798.

(20) *United States v. Schooner Peggy*, 1 Cranch 103 (1801).

(21) *Ibid.*, p. 109.

(22) *Foster and Elam v. Neilson*, 2 Peters 253 (1829), и pp. 314–15.

(23) *Strother v. Lucas*, 12 Peters 410 (1838); *Garcia v. Lee*, 12 Peters 511 (1838); *Pollard v. Kibbe*, 14 Peters 353 (1840).

(24) *Circuit Judge Curtis у случају Taylor v. Morten*, 2 Curtis 454 (1855) (питање уговора са Русијом и касније донесених царинских прописа).

(25) Овдје се Суд позива на ранији преседан *Foster and Elam v. Neilson*.

(26) Овдје се Суд позива на ранији преседан *Taylor v. Morton*.

(27) *The Head Money Cases*, 112 U. S. 584 (1884), 597–99.

вор може укинути ранији закон Конгреса, није потребно наводити многе друге примјере који само потврђују ово правило (28).

Са становишта међународног права ово се тумачи тако да то не значи да је међудржавни уговор укинут или дерогиран каснијим федералним законом који је у супротности са њим. Међудржавни уговор постоји и даље као међународна обавеза која не може бити принудно примијењена од стране судова или администрације. Уколико друга уговорна страна није задовољна тако створеним стањем, она може покренути поновне преговоре за рјешавање спорних питања и евентуално закључење новог уговора (29).

Однос међудржавног уговора и закона држава Уније. — Најраније одлуке Врховног суда по питању односа између међудржавног уговора и закона појединих држава Уније односе се непосредно или посредно на уговоре који су били на снази када је усвојен Устав САД. У случају *Ware v. Hylton* из 1796 у питању су биле одредбе Уговора о миру са Великом Британијом од 1783: у току револуционарног рата држава Вирџинија је прописала да њени држављани могу плаћати у благајну државе дугове поданицима Велике Британије, и да се дугови британских кредитора ликвидирају, чак и ако су плаћени у валути смањене вриједности. Иако је овај закон био у супротности са уговором са Великом Британијом, уговор није било могуће применити док Устав није прогласио да су постојећи уговори највиши закон земље. Врховни суд је одлучио у корист британских кредитора, прогласивши ништавним закон државе у супротности са уговором. Судија Чез (Chase) је у вези са овим рекао: „Четири ствари су очите у погледу чл. 6 националног Устава. 1-во: Да је он ретроспективан, и треба га разматрати у истом свијетлу као да је Устав усвојен прије закључења уговора од 1783. — 2-го: Да су Устав или закони било које државе, уколико и један од њих буде у супротности са тим уговором, на основу поменутог члана укинути у односу на уговор. — 3-ће: Да следствено Уговор од 1783 има вишу снагу од законодавства било које државе, јер законодавство ни једне државе нема никакву власт изнад Устава који је његов [уговора] стваралац. — 4-то: Да је јасна дужност судија држава да прогласе ништавним и непуноважним Устав или законе било које државе који су супротни овом (или било ком) уговору закљученом у име Сједињених Држава. Националне или федералне судије су обавезне по дужности и на основу заклетве“ (30).

Неки од раних случајева америчке јуриспруденције тичу се питања власништва над земљом. Право доношења прописа у вези власништва над

(28) *United States v. Gallons of Winskey*, 93 U. S. 188 (1876); *United States v. Rauscher*, 119 U. S. 407 (1886); *Baldwin v. Franks*, 120 U. S. 678 (1887); *Bartram v. Robertson* 122 U. S. 407 (1887); *Whitney v. Robertson*, 124 U. S. 190 (1888); *Botiller v. Dominguez*, 130 U. S. 238 (1889); *Chinese Exclusion Case*, 130 U. S. 581 (1889); *Geoffroy v. Riggs*, 133 U. S. 258 (1890); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U. S. (1892); *Horner v. United States*, 143 U. S. 570 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U. S. 698 (1893); *Ward v. Race Horse*, 163 U. S. 504 (1896); *Thomas v. Gay* 169 U. S. 264 (1898); *DeLima v. Bidwell*, 182 U. S. 1 (1901); *United States v. Lee Yen Tai*, 185 U. S. 213 (1902); *Fok Yung Yo v. United States*, 185 U. S. 296 (1902); *Hijo v. United States*, 194 U. S. 315 (1904); *Alvarez v. Sanchez v. United States*, 216 U. S. 167 (1910); *Rainey v. United States* 232 U. S. 310 (1914); *Cook v. United States*, 288 U. S. 102 (1932); *Pidgeon River Improvement Company v. Cox*, 291 U. S. 138 (1934); и *Moser v. United States*, 341 U. S. 41 (1951).

(29) Види *Haekworth: Digest of International Law*, Vol. V, pp. 185–195 (1943).

(30) *Ware v. Hylton*, 3 Dallas 199 at 277 (1796), p. 237.

земљом резервисано је у надлежност држава, уколико уговором питање није друкчије регулисано. У случају *Fairfax v. Hunter*, судија Стори (Story) је рекао: „Нема потребе разматрати аргументе у погледу ефекта смрти Denny Fairfax-а у току спора, јер и ако прихватимо да је опште правило примијењено, уговор од 1794 то потпуно поништава. Наследници Дени Ферфакса су по закону овлашћени да наслиједе, и власништво земље, према томе, није његовом смрћу пренесено на Commonwealth“ (31).

Постојање уговора је спријечило конфискацију земљишта у корист државе на основу закона државе Вирџиније. У случају *Chirac v. Chirac* (32) врховни судија Маршал је рекао да уговор може пренијети оставину у земљишту на страног наследника. Исти став је заузет у случају *Orr v. Hodgson* (33) у погледу права наслеђивања на основу уговора са Великом Британијом од 1783 (тзв. *Jay Treaty*). У случају *Hughes v. Edwards* (34) и *Carneal v. Banks* (35) одбрана права британских поданика је успјешно заснована на уговору од 1794. — У погледу права наслеђивања земљишта ови случајеви су били поново разматрани и одобрени од стране Врховног суда САД 1879 у случају *Hauenstein v. Lynham* (36). Одлучујући у корист страног потражиоца, на основу Уговора са Швајцарском, Суд је закључио: „Ми не сумњамо да је овај уговор у оквиру уговарачке способности на основу Устава, и наша је дужност да га у потпуности спроведемо.“

Неки амерички правни писци су покушали да протумаче одлуку Врховног суда САД у случају *Prevost v. Greneaux* (37) као одступање од преседана *Ware v. Hylton* и да уговори не могу имати ретроактивну вриједност (38): У вријеме смрти François Marie Prevost-а, држављанина Лујизијане 1848, по закону државе страни наследници су били обавезни да плате порез од десет по сто; Уговор са Француском од 1853 предвиђао је да се такве таксе не могу наметати и вршити дискриминација против француских наследника. Потврђујући вриједност пореза, врховни судија Тени (Taney) је рекао: „[...] уговор накнадно закључен од стране САД са Француском, не може одузети имовинска права већ дата држави, чак и ако би ријечи уговора садржале такву интенцију [...]“

Раније је било речено да уговорне одредбе не могу бити извршене само ако нарушавају Устав САД. У овом случају би то долазило ако би се оцијенило да је у питању нарушавање Петог уставног амандмана. Јер у једном другом случају судија Тени даље каже: „[...] Један од главних циљева Устава је да од нас учини, уколико се тиче спољних односа, један народ и једну државу; и прекинути све односе између страних влада и власти појединих држава [...]“ (39).

(31) *Fairfax v. Hunter*, 7 Cranch 603 (1812)

(32) *Chirac v. Chirac*, 2 Wheaton 259 (1817).

(33) *Orr v. Hodgson*, 4 Wheaton 453 (1819).

(34) *Hughes v. Edwards*, 9 Wheaton 489 (1825).

(35) *Carneal v. Banks*, 10 Wheaton 181 (1825).

(36) *Hauenstein v. Lynham*, 100 U. S. 483 (1879).

(37) *Prevost v. Greneaux*, 19 Howard 1 (1855).

(38) Види Charles H. Burr: *The Treaty-Making Power of the United States and the Methods of its Enforcement as Affecting the Police Powers of the States*, „Proceedings of the American Philosophical Society“, Philadelphia, 51 : 357 (Avgust-septembar, 1912).

(39) *Holmes v. Jennison*, 14 Peters 540 (1840), pp. 575-76.

The License Cases је од интереса споменути (40) јер представљају примјер гдје Суд избјегава да међудржавни уговор прогласи противуставним, већ рађе прибјегава тумачењу истог да се не примјењује на дати случај. То је, у ствари, заобилазни пут подржавања закона државе на рачун уговора. Важно је, међутим, напоменути историјско мјесто оваквих ставова, тј. да они потичу из времена уочи Грађанског рата када су јачале теорије о правима држава, „дуалном суверенитету“, итд.

Законодавно тијело државе Јужна Каролина је 1822 усвојило тзв. *The Negro Seaman Act* којим је било предвиђено да слободни Црнци и лица обојене коже буду затворени и држани у затвору све док брод не отплови; ко се не покори овом закону кажњаван је продајом у ропство. Пуноважност овога закона досшла је пред судију Џонсона (Johnson) у случају *Elkison v. Deliesseline* (41). Проглашавање овог закона противуставним изазвало је бурну реакцију у Јужној Каролини, говорило се чак и о потреби да међудржавне уговоре ратификују државе Уније (42).

Послије Грађанског рата било је свега неколико случајева који су дошли до Врховног суда САД у вези уговорног права (43). Послије Првог свјетског рата врло је познат случај *Missouri v. Holland* из 1920 у вези уставности *Migratory Bird Treaty Act*-а од 3 јула 1918 који је задржавао одредбе о примјени уговора са Канадом од децембра 1916 у вези заштите птица селица (44). Пред Судом се поставило питање „да ли је ништаван уговор и закон који се мијешају у права резервисана државама“. У вези са овим судија Холмс (Holmes) је рекао: „[...] Закони Конгреса су врховни закон земље када су донесени на основу Устава, док су уговори таквог значаја ако су закључени у име Сједињених Држава [...] Ми не желимо тиме рећи да не постоје квалитетације уговарачке способности; али се оне одређују на други начин [...]. Уговор и закон морају бити подржани.“ — Извјесна новина у овом случају налази се у проглашавању принципа да се регулисање неких питања не може остварити путем федералног закона, да је то могуће учинити уколико федерални закон слиједи закључени уговор.

У случају *Asakura v. Seattle* (45) Суд је поново потврдио принцип да уговарачка способност није ограничена Десетим уставним амандманом. Пошто је одбијање градских власти да дају одобрење да Асакура отвори заложну радњу било у супротности са Уговором са Јапаном од 5 априла 1911, судија Батлер (Butler) је у име Суда рекао: „[...] Уговор обавезује државу Вашингтон [...] Правило једнакости које он поставља не може бити учињено безвриједним ни у једном дијелу САД одлукама локалних власти или законима држава. Он стоји на истој основи супериорности као

(40) *The Licence Cases*, 5 Howard 504 (1847).

(41) 8 Fed. Cas. 493, No 4366 (C. C. Dist. of S. C., 1923), цитирано у Morgan: Justice William Johnson, *The First Dissenter*, 1954.

(42) Donald G. Morgan: Justice William Johnson, *The First Dissenter*, Columbia, University of South Carolina Press, 1954, pp. 192–93, 194.

(43) Раније наведени случајеви: *Hauenstein v. Lynham* 1879), *Geofroy v. Riggs* (1889)

(44) *Missouri v. Holland*, 252 U. S. 416 (1920), 435.

(45) *Asakura v. Seattle*, 265 U. S. 332 (1924).

одредбе Устава и закона Сједињених Држава. Он се проводи без помоћи законодавства: државе или федерације [...]“ (46).

У другом случају је био у питању уговор између САД и Италије од 1913: „Уговор не везује само уговорне странке већ се сматра као дио нашег позитивног права које обавезује законодавство и судове [...]. Уколико дође до сукоба између уговора и одредаба закона у питању, уговор мора да контролише и закон уступа пут у току вриједности уговора [...]“ (47). — Овакав став је увијек заступала и извршна власт САД. Од посебног је интереса преписка Државног секретара Рута (Root) од 16 марта 1908 (48), као и преписка Државног секретара Кнокса (Кнох) са шведским министром Екенгреном од 14 фебруара 1913, поводом примјене чл. 14 Конзуларне конвенције између САД и Шведске (49), на основу које се тражи да локалне власти извјештавају о смрти шведских држављана без познатих наследника. *State Department* је том приликом увјеравао шведску владу да је уговор „обавезан у односу за локалне власти држава“. Према томе, и без обзира када је донесен закон државе, он се не примјењује уколико је у супротности са међудржавним уговором.

У пракси има низ случајева да се на исти начин примјењује клаузула најповлашћеније нације. У случају *Rizzotto v. Grima* (50), Врховни суд државе Луизијане је одлучио да је у случају италијанског држављанина, који је умро без тестаментa, чија је имовина продата ради исплате дужника, требало на основу чл. 22 уговора од 1871 између САД и Италије, који садржи клаузулу најповлашћеније нације, примјенити Уговор између САД и Велике Британије од 1899.

И судови појединих држава су проглашавали теорију супремације међудржавног уговора над законима држава. У случају *Goos v. Brocks* Врховни суд државе Небраска одлучио је да чл. 14 Уговора са Пруском, закључен 1 маја 1828 и чл. 7 Уговора са Хамбургом закључен 20 децембра 1827 дају право Њемцима нерезидентима да наслиједе непокретности, иако је то у супротности са законом Небраске, упркос чињенице да је Њемачка била у рату са САД када је оставилац умро. Судија Гуд (Good) је у свом писменом мишљењу истакао да рат није поништио уговор (51).

Исто тако, у случају *Dutton v. Donahue* Врховни суд државе Вајоминг заузео је становиште да странац који борави у Енглеској може да наслиједи и располаже непокретном имовином у САД на основу Уговора са Великом Британијом, иако би по законима државе непокретност прешла у власништво државе, да није постојао уговор (52).

Федерални Врховни суд, рјешавајући 1931 у предмету *Santovicenzo v. Egan* истакао је: „Прописи о имовини странаца који умру на територији

(46) Уговор у питању: 3 Treaties... TIAS — 2712.

(47) Уговор T.I.A.S. 2699; случај *Vietti et al. v. The George K. Mackie Fuel Co.*, 109 Kans. 179, 181–2, 197 Pac. 881–883 (1921).

(48) MS Department of State, file 8275/4 и преписка од 6 јуна 1096 — MS Department of State, 27 note to the British Embassy, 602.

(49) Уговор T.I.A.S. 3 Treaties 2846; Department of State, file 711, 5821/27; Hackworth: Digest of International Law, 195–198, volume V, Memorandum of the Secretary of State Hughes од 8 октобра 1921, 324–326; Hyde II, 1463.

(50) 164 La. 1, 113 So 158 (1927).

(51) *Goos v. Brocks*, 117 Neb. 750, 223 N. W. 13 (1929); Уговор — 8 Stat 384, са Хамбургом — 8 Stat 370.

(52) *Dutton v. Donahue*, 44 Wyo. 52, 8 P. 2d 90 (1932); Уговор — 31 Stat 1939.

уговарајућих страна, спада у оквир надлежне власти за склапање уговора, и сваки закон државе у супротности с њима мора да уступи.“ Као што је у низу напријед изнијетих примјера изложено, Врховни суд САД је увијек заступао принцип да федерална влада има потпуну и недјељиву надлежност у међународним односима, да се у том случају границе држава бришу, јер се пред страним државама појављује јединствена федерална држава. Овакви ставови су дошли до изражаја у случају *Heines v. Davidovitz* (1940) и у познатом случају *United States v. Pink* (1941) (53).

У вези југословенско-америчких односа и права југословенских држављана у САД на основу уговора, када им локални закони то онемогућавају, од посебног је интереса осврнути се на праксу државе Калифорнија: Закон о наслеђивању државе Калифорнија (54) предвиђа да странци који стално не бораве у САД (нерезиденти) уживају право наслеђивања само ако наследник докаже да земља у којој стално борави даје реципрочно иста права америчким држављанима (реципроцитет у наслеђивању). У вези са овим и од начелног је интереса познати случај *Clark v. Allen* (55), у коме се није само постављало питање предности уговора у односу на закон државе Калифорнија. У пресуди се каже: „[...] Право наслеђивања имовине се регулише локалним законом. Ово право држава може бити измијењено федералном политиком, када су на примјер одредбе једног уговора различите или у супротности са локалним законима. Тада су одредбе локалног закона слабије [...]“. Ту се поставило и питање да ли је Други свјетски рат окончао или само суспендовао Уговор од 8 децембра 1923 са Њемачком. Суд се изјаснио за теорију суспензије, практично оснажио Уговор од 1923. Овдје се постављало и питање тумачења Уговора, да ли у конкретном случају на питање наслеђивања њемачких држављана треба примијенити Уговор од 1923 или Закон о наслеђивању Калифорније. Када се Суд изјаснио у прилог закона државе, то је послужило као преседан за начелну одлуку Врховног суда Калифорније у случају *Arbulich* (56), да наследници југословенски држављани који стално бораве у ФНРЈ не могу наслеђивати у САД на основу Уговора о трговини и пловидби, закљученог 14 октобра 1881 између САД и Србије. То је практично значило да у обзир долази примјена Закона о наслеђивању државе, односно његових одредаба о реципроцитету у наслеђивању, што је представљало правну основу јавном тужиоцу Калифорније да истиче приговор о немогућности постојања реципроцитета између САД и комунистичке Југославије. Тек 1 маја 1961 питање предности Уговора од 1881, који је на снази између САД и ФНРЈ, ријешено је у духу општих напријед изнесених начела у спору *Kolovrat et al. v. Oregon* о чему је рјешавао Врховни суд САД (57). Врховни суд САД је једногласно ревидирао одлуку Врховног суда државе Орегон и прогласио да југословенски држављани, на основу

(53) Види још: *Sullivan v. Kidd*, 254 U. S. 433 (1921); и *Nielsen v. Johnson*, 279 U. S. 47 (1929).

(54) *The Probate Code of California*, Section 259.

(55) *Clark v. Allen*, 331 U. S. 503 (1947).

(56) *Arbulich's Estate*, 41 Cal. App. 2d 86, 257 P. 2d 433 (1953); Cert. Denied, 346 U. S. 897 (1953).

(57) Мишљење суда је изио судија Блек: No 102 — *Kolovrat v. Oregon* — 81 S. Ct. 922, 6 L. ed. 2d 218, 366 U. S. 187 (1961).

клаузуле најповлашћеније нације коју садржи чл. II Уговора од 1881, преко Уговора о трговини и пловидби између Сједињених Држава и Аргентине од 1853 (58), уживају иста права као амерички држављани, те да се у случају југословенских држављана-наследника не може примјењивати закон државе Орегон (59).

Међудржавни „извршни уговори“ САД у односу на међудржавне уговоре САД, које ратификује Сенат. — У прву групу извршних споразума спадају споразуми које закључи Предсједник САД, као шеф извршне власти САД, на основу овлашћења из закона Конгреса. Врховни суд се први пут бавио овим питањем на посредан начин у случају *Field v. Clark* (60) 1891. Седам година касније Конгрес је усвојио 24 јула 1897 закон којим се овлашћује Предсједник да закључује трговинске споразуме. У случају *Altman & Company v. United States* (62) суд је нашао да је намјера Конгреса била у „циљу“ да се „уговори“ тумаче у међународноправном смислу а не са становишта уставног или унутрашњег права. Овај „трговински споразум“ је Суд окарактерисао „не као уговор“ већ као „међународни споразум“. Питањем делегације власти, у вези *Tariff Act*-а (63) преко клаузуле најповлашћеније нације, Врховни суд САД се бавио у случају *Hampton & Company v. United States* (64). Ипак један од најважнијих преседана из новије судске праксе представља случај *United States v. Curtiss-Wright Corporation* (65). Подржавајући пресуду против кријумчара оружја у Боливију, судија Сатерленд (Sutherland) је рекао: „Важно је имати на уму да овдје није ријеч само о овлашћењу датом Предсједнику кроз извршење законодавне власти, већ о таквом овлашћењу и још о врло деликатној, неограниченој и искључивој власти Предсједника као јединог органа Федералне владе на пољу међународних односа — власти која не захтијева као основу њеног вршења закон Конгреса, већ која, разумије се, као свака друга државна власт, мора бити вршена на основу одговарајућих одредаба Устава.“ — На основу *The Reciprocal Trade Agreements Act*-а из 1934 закључено је преко стотину реципрочних уговора у области трговине, тзв. конгресно-извршних или законодавно-извршних споразума. Ови споразуми нијесу никада непосредно нападани због тога што нијесу уговори, тј. зато што нијесу одобрени двотрећинском већином Сената те да имају мању вриједност и да се на њих не могу примјењивати правила о примату међудржавних уговора.

У другу групу извршних споразума спадају они међународни споразуми који се закључују на основу овлашћења Предсједника као шефа извршне власти, без сагласности како Сената тако и Конгреса у целини, тзв. „Предсједнички споразуми“. Иако је споразума ове врсте закључен велики број, врло мало их је дошло пред Врховни суд САД. Спор је настао у вези извршних споразума између САД и СССР, на основу којих

(58) 10 Stat 1005, 1009; 1 Malloy 20.

(59) Section 111.070 Oregon Revised Statutes.

(60) *Field v. Clark*, 143 U. S. 649 (1891).

(61) 30 Stat. 151.

(62) *Altman & Company v. United States*, 224 U. S. 583 (1912).

(63) 42 Stat 858.

(64) *Hampton & Company v. United States*, 276 U. S. 394 (1928).

(65) *United States v. Curtiss-Wright Corporation*, 299 U. S. 304 (1936).

су САД признале СССР 16 новембра 1933. Конкретан спор је настао у вези обештећења америчких држављана у вези дугова из периода царске Русије. Да би се овај спор ријешио совјетска влада је пристала да се совјетска имовина у САД преда Влади САД, у сврху подмирења захтјева америчких грађана. Део совјетске имовине у САД састојао се из депозита једне руске корпорације код Белмонта, приватног банкара у Њу Јорку. Када је руска корпорација национализована, на основу совјетског права банковни рачун у САД је постао власништво совјетске државе. Пошто је закључен споразум са СССР влада САД је покренула правни поступак против Белмонтових извршиоца за добијање депонираних фондова. Пошто је Влада изгубила пред нижим судовима, затражила је интервенцију Врховног суда САД. Тако је дошло до познатог случаја *United States v. Belmont* (66) у коме се суд први пут изјаснио у погледу вриједности предсједничких споразума, закључених само на основу уставних овлашћења Предсједника. Овдје се постављало и питање екстратериторијалне примјене совјетског закона о национализацији на штету јавног поретка државе Њу Јорк. Одговарајући на ове примједбе, судија Сатерленд је у име суда рекао да су извршни уговори пуноважни и да је за њихову пуноважност ирелевантно да ли су у сукобу са јавним поретком државе Њу Јорк: „Ми не оклијевамо да разматрамо да ли ће бити нарушена политика државе Њу Јорк, пошто смо мишљења да никаква политика државе не може имати превагу над међународним компактом о коме је овдје ријеч [...]. Да преговарање, прихватање цесије и споразума и сагласности без сумње спада у надлежност Предсједника [...]. У погледу онога што је овдје учињено Извршна власт је овлашћена да говори као једини орган [...] владе. Цесија и споразум у вези са тим не траже, као у случају уговора, како се тај термин употребљава у одредби Устава (чл. II 2) о закључивању уговора, сагласност Сената [...]. Постоје многи такви споразуми, од којих се као илустрација могу навести протокол, *modus vivendi*, поштанска конвенција, и споразум који се разматра [...]. Штогод Сједињене Државе правоваљано предузму, у оквиру поља својих надлежности, нужно се мора извршити“ (67). — Интересантно је да се врло олако прешло преко питања праведне компензације у вези Петог уставног амандмана: овим споразумом се не дира у питање имовинских права америчких држављана већ само у права руске корпорације. Страни држављани се морају обратити својој влади да би добили накнаду за своја права.

Можда је још интересантнији случај *United States v. Pink* (68), који је врло сличан случају Белмонт са том разликом што је намјесто банковног рачуна била у питању имовина бившег руског осигуравајућег друштва, и што потиче из 1941. У мишљењу већине Врховног суда истакнуто је да су „САД на основу Литвиновљеве цесије стекле само она права које је Русија имала“ и да питање да ли је Русија имала икаква права „зависи од исправног тумачења руског права“ и да судови државе нијесу погодни да то одређују. „САД настоје не само да заштите потраживање које држе, већ и потраживања својих држављана“. Суд је истакао да је Конгрес

(66) *United States v. Belmont*, 301 U. S. 324 (1932).

(67) *Ibid.*, pp. 330–32.

(68) *United States v. Pink*, 315 U. S. 203 (1941).

прећутно одобрио Литвиновљев споразум, јер је „одобрио именовање комесара за одређивање потраживања америчких држављана против совјетске владе“ (69). Говорећи у начелу, Суд је изјавио: „Уговор је ‘закон земље’ на основу клаузуле супремације (чл. 6, ст. 2) Устава. Овакви међународни компакти и споразуми као што је Литвиновљева цесија имају сличан углед (*dignity*) [...] закон државе мора уступити када није у сагласности или нарушава политику или одредбе уговора или међународног компакта или споразума [...]. Ми се овдје сусрећемо са једном искључивом федералном функцијом. Ако закони државе и њихова политика не би уступили пред извршењем спољних овлашћења САД, онда би наша спољна политика била изиграна. Ово су деликатна питања. Ако би акција државе поништила или измијенила нашу спољну политику, могле би наступити озбиљне последице“ (70). — Дакле, и када су у питању тзв. *Executive Agreements* важе иста правила као код сукоба међудржавног уговора и закона држава. До истог закључка би дошли ако би анализирали многе друге случајеве из ове области (71).

Нека закључна разматрања. — Свакидашња пракса међународних односа САД покреће и захтијева да се питање сукоба међудржавног уговора и закона држава једном до краја ријеши, јер се сматра да је питање још увијек дјелимично отворено. Тако, на примјер, иако је питање односа међудржавног уговора и закона држава рашчишћено у начелу, како је напријед изложено, федерална влада није никада покушала да покрене спор и деректно нападне статут државе који је у сукобу са међудржавним уговором. У пракси се то оставља да се рјеша у приватноправним споровима. На тај начин, без обзира на то каква су правна питања била покретана у тим споровима, основно питање у својој комплексности није разматрано нити је о њему одлучивано од стране Суда.

Од интереса је овдје споменути и случај *Sei Fujii v. State* (72), којом су приликом судови Калифорније били суочени са питањем пуноважности закона државе о праву странаца да посједују земљиште у односу на Повељу УН. Овим законом је забрањено странцима који нијесу примили држављанство да буду власници земљишта у Калифорнији, осим ако им то право није дато међудржавним уговором. *Sei Fujii* је јула 1948 покренуо поступак против државе Калифорнија у вези конфискације (*escheat*) непокретности у питању. *Superior Court of Los Angeles County* је пресудио да је имовина прешла у власништво државе, на што се овај жалио. Судија Вилзон (*Emmet H. Wilson*) из Апелационог суда заузео је становиште да је овај закон у супротности са Повељом УН (73): „Повеља је постала врховни закон земље; и судије у свакој држави су њиме обавезани. Све што би у уставу или законима државе било у супротности с њиме је правно непостојеће“ (Устав САД, чл. VI, сек. 2). — Члан I Повеље садржи међу циљевима и принципима „Да развија пријатељске односе међу нацијама

(69) Joint Resolution, од 4 августа 1939, 53 Stat. at L. 1100, Chap. 421.

(70) *United States v. Pink*, Ibid., pp. 231–32.

(71) У ову категорију спадају и случајеви: *Moscow Fire Insurance Co., v. Bank of New York and Trust Co.*, 280 N. Y. 286, 20 N. E. 2d 758 (1939), 309 U. S. 624 (1940). 595 Cal. App. (1950), reserved, 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1942).

(72) *Sei Fujii v. State*, 217 P. 2d 481 Cal. App. (1950) rehearing denied, 218 P. 2d 595 Cal. App. (1950), reversed, 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1942).

(73) 217 P. 2d 471 Cal. App. (1950).

на основу поштовања начела равноправности. Да остварује међународну сарадњу у подстицању и развијању поштовања права човјека и основних слобода за све, без разлике расе, пола, језика или вјере'. У чл. II се потврђује да ће Организација и њени чланови испуњавати савјесно обавезе преузете по овој Повељи'. У глави IX (чл. 55) постигнут је споразум да ће „Уједињене нације помагати опште поштовање права човјека и основних слобода за све, без разлике расе, пола, језика или вјере“ (74).

Интересантно је запазити да је суд отишао тако далеко истичући да чињеница што Јапан није био тада чланица ОУН не значи да на његове држављане нијесу проширене гаранције које се односе на сва лица без изузетка. Држава Калифорнија је поднијела жалбу истом суду за поновно саслушање, али је суд потврдио своју ранију одлуку и прогласио закон неважећим (75). Држава се жалила Врховном суду Калифорније који је, преко врховног судије Џибсона (Gibson) 17 априла 1952, дао мишљење да је Повеља УН Уговор, али одредбе Повеље које су у супротности са законом државе нијесу извршне саме од себе (*self-executing*) (76). Ипак, калифорнијски закон је проглашен противуставним, али на другој основи — будући у супротности са клаузулом једнаке заштите (*equal protection clause* и *due process of law*) по XIV уставном амандману.

Скоро се појавила могућност да се федерална влада непосредно умијеша, тј. намјесто иступања као *amicus curiae* да покрене спор о проглашавању закона државе неважећим *ex officio* када је у супротности са важећим међудржавним уговором. У пролеће 1956 законодавна тијела Јужне Каролине и Алабаме усвојила су скоро идентичне законе (77) којима се тражи да трговине на велико и мало, које продају јапански текстил, изложе ознаку „јапански текстил се овдје продаје“. Оба закона предвиђају и казне (Алабама до 25 долара, а Јужна Каролина до 100 долара или 30 дана затвора) у очитом циљу борбе против конкуренције јапанског текстила домаћој текстилној индустрији (78). Јапанска влада је уложила формалан протест код Владе САД (79), тврдећи да ови закони представљају кршење Уговора о пријатељству, трговини и пловидби од 2 априла 1953 (80) који предвиђа национални третман и поступак најповлашћеније нације за продају јапанских продуката у САД.

Влада САД (*Department of State*) сматра да су овакви закони непожељни, да доводе до сукоба са међудржавним уговорима, али се одмах ограђује да федерална влада неће постављати питање вриједности закона у питању. У ноти јапанској влади *State Department* је истакао да заинтересована странка треба сама да покрене питање пред надлежним судом јер је то редован поступак на основу уставног система САД за добијање ауторитативне одлуке о сукобу међудржавног уговора и закона поједи-

(74) 217 P. 2d 486, 487, Cal. App. (1950).

(75) Petition for a Rehearing, 218 P. 2d 595, Cal. App. (1950).

(76) 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1952).

(77) Alabama Acts 1956, No 120; South Carolina Acts 1956, No 672. Покушаји доношења сличних закона су вршени и у државама Џорџија и Конектикат.

(78) Department of State Bulletin 36, 218–20 (1957); 34, 974–77 (1956); 33, 1064–66 (1955); „New York Times“, 17. I 1957, p. 1.

(79) Department of State Bulletin, 728 (1956).

(80) 4 U. S. Treaties & Other International Agreements 2063; TIAS No 2863; члан XVI и XXII уговора.

них држава (81). Да се ти закони заиста сматрају непожељним показује чињеница да су истакнути представници *State Department*-а — Државни секретар Џон Фостер Далс (John Foster Dulles) и главни правни савјетник Херман Флегер (Herman Phleger), јавно критиковали споменуте законе (82). То све намеће закључак да су тачне вијести да се Влада САД озбиљно бави питањем активнијег мијешања преко надлежних судова (83).

Овај спор би могао бити покренут од стране Владе САД у циљу издавања налога службеницима држава да се уздрже од принудне примјене закона у питању или у циљу добијања деклараторне пресуде да су неважећи закони у сукобу са међудржавним уговором, на основу *Federal Declaratory Judgment Act*-а (84). Међутим, да би се водио грађански спор, по америчком праву, федерална влада, као и појединац, мора имати непосредни и суштински интерес у спору пред судом. Да ли је питање уклањања препрека за извршење међународних уговорних обавеза довољан разлог за оправдање акције федералне владе код суда — није никада одлучно расправљено у америчком праву (85). Други пак сматрају да овај разлог има своје пуно оправдање, јер као последице настају — губитак међународног престижа, слабљење пријатељских односа са државама уговорницама, материјална одговорност и штета. Трећи одговарају да међународне обавезе САД нијесу јаче нити оправданије од извршења законских, уговорних и других обавеза према сопственим држављанима. Положај владе се ниуколико не мијења предузимањем приватноправних спорова јер су интереси различити.

Ако се проблем историјски посматра може се разумјети да су ти и такви проблеми разумљиви као остаци дугогодишње политике изолационизма, љубоморног чувања и оштре борбе за права држава. Ипак, Влада САД има дужност да дјелује као једини представник федерације у међународним односима (86). Да би извршила тај задатак, Устав изричито даје федералној влади искључиво право закључивања међудржавних уговора. У циљу формулисања и вођења спољне политике она врши право закључивања уговора у својој дискреционој надлежности. Одатле проистиче и искључиво право и обавеза одлучивања и бриге за извршавање уговора. Не може се тражити од страних влада и држава да се управљају и подешавају своје акције и законе према жељама и тумачењима појединих или свих педесет држава Уније. Ако би се дозволило да државе Уније по својој вољи законодавним актима нарушавају или доводе у питање извршење међудржавних уговора, без могућности брзог правног лијека, то би значило одузимање права федералној влади и немогућност извр-

(81) 34 Department of State Bulletin, 728, 729 (1956).

(82) Говори пред New York Bar Association „United States Treaties: Recent Developments“, 34 Department of State Bulletin, 638 (1956), No 35, p. 11.

(83) Разматрања у Justice Department-у на основу тражења Department of State, „New York Times“, 6. III 1956, p. 41, „Daily News Record“, 1. II 1957, p. 1.

(84) 28 U. S. C. par 2201 (1952), касније амандиран — 28 U. S. C. par 2201 Supp. 1956.

(85) Види United States v. Minnesota, 270 U. S. 181 (1926); Sanitary Dist. v. United States, 266 U. S. 405 (1925) и друре.

(86) Види United States v. Curtiss-Wright Export Corporation, 299 U. S. 304 (1936).

шења међудржавних обавеза. Прекидање једном са таквом праксом значило би упозорење за државе Уније да у будућности не доносе законе у супротности са међудржавним уговорима. Све то добија још већи значај с обзиром на међународни положај САД и пораст њених међународних уговорних обавеза после Другог свјетског рата. Коначна одлука о даљим мјерама ће свакако, зависити од политичке одлуке ваде.

Др. Милан Булајић

ПОЛОЖАЈ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

I. Кривично дело као законом одређена друштвено опасна делатност управљено је против друштва, државе као целине, а често и против одређених лица, грађана. Неопходно је да се у друштву успостави равнотежа која је нарушена вршењем кривичних дела. Друштвени интерес захтева да се окривљени казни ако је кривично одговоран за односно дело. Поред овог друштвеног интереса постоји и интерес оштећеног да се окривљени казни, а и његов интерес да оствари свој имовинскоправни захтев који је настао услед извршења кривичног дела. Интерес друштва-државе и интерес оштећеног поклапају се у настојању да кривично одговорни учинилац кривичног дела не осујети кривични поступак и не остане без казне.

Захтев за примену кривичне санкције припада у првом реду држави и остварује се у кривичном поступку. Имовинскоправни захтев остварује оштећени у парничком поступку. Међутим, у многим правним системима постоји могућност да се имовинскоправни захтеви, настали извршењем кривичног дела, остварују у току кривичног поступка (тзв. адхезиони или придружни поступак). Решавањем оба захтева у једном поступку постиже се уштеда у времену и трошковима поступка, а овакво решавање је могуће с обзиром на истоветност разлога постанка оба захтева, као и истоветност једног дела доказног материјала. Поред тога, овим се задовољава интерес оштећеног коме се омогућује да брже, лакше и без великих трошкова оствари свој имовинскоправни захтев. С друге стране, оштећени својом активношћу у кривичном поступку може допринети бољем расветљавању и правилнијем решењу саме кривичне ствари (1).

Наш законик о кривичном поступку (даље у тексту ЗКП) предвиђа могућност да оштећени захтева да се у кривичном поступку, упоредо са одлучивањем о примени кривичних санкција, одлучи о његовом имовинскоправном захтеву који проистиче из кривичног дела а односи се на накнаду штете, повраћај ствари или поништај одређеног правног посла. Решавајући кривичну ствар, суд утврђује и многе околности од којих зависи доношење одлуке о имовинскоправном захтеву, па је економично да суд, на предлог оштећеног, одлучи уједно и о том његовом захтеву. Међутим, треба нагласити да оштећени није дужан да стави предлог да се

(1) Др. Богдан Златарић: Адхезиони поступак по новом Законику о кривичном поступку, „Наша законитост“, бр. 10/1953, с. 529—530.

о његовом имовинскоправном захтеву одлучује у кривичном поступку, а с друге стране суд није дужан да о том захтеву расправља ако би се тиме знатно одуговлачио кривични поступак;

По одредбама нашег ЗКП суд не може у кривичном поступку изрећи да се оштећени одбија са својим имовинскоправним захтевом. Ако дође до обустављања кривичног поступка решењем или се донесе ослобађајућа пресуда или пресуда којом се оптужба одбија, оштећени се увек упућује у целости са својим захтевом на парницу. Изузетно у случају пресуде којом се оптужба одбија због ненадлежности, оштећени се упућује да може ставити нов предлог за адхезиони поступак пред надлежним судом. Само ако је донео осуђујућу пресуду кривични суд може досудити захтев у целини или делимично а за вишак упутити оштећеног на парницу. При доношењу осуђујуће пресуде суд мора оштећеном досудити имовинскоправни захтев бар у оном делу који је у кривичном поступку доказан.

По већини законодавства суд у кривичном поступку може решити о имовинскоправном захтеву оштећеног само у случају осуђујуће пресуде, али нека законодавства предвиђају да суд може о том захтеву решити и у случају ослобађајуће пресуде (на пример, француско и италијанско законодавство). И у нашем ЗКП требало би предвидети да се у случају доношења ослобађајуће пресуде поступак, на захтев оштећеног, може наставити по одредбама кривичног поступка ради одлучивања о његовом имовинскоправном захтеву. То би било у складу са начелом процесне економије, јер би настављање поступка у том кривичном предмету, где се најчешће налазе сви докази потребни за решавање о захтеву, представљало за оштећеног знатну уштеду у времену и трошковима (2). Обим имовинскоправне одговорности је шири од кривичноправне одговорности и тамо где не постоји кривична одговорност може ипак да постоји имовинскоправна одговорност. Ако суд има довољно елемената да досуди имовинскоправни захтев, он треба о њему да реши и у случају ослобађајуће пресуде. Сматрамо да о имовинскоправном захтеву не би требало одлучивати једино у случају пресуде којом се оптужба одбија. У случају ове пресуде суд се не упушта у решавање саме кривичне ствари, тј. не решава главно питање о постојању кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца, већ због извесних процесних разлога обуставља кривични поступак. У таквом кривичном предмету неће ни бити прикупљен потребан доказни материјал који би омогућио да настављени поступак о имовинскоправном захтеву тече лакше и брже него нови поступак пред грађанским судом. Стога у овом случају треба оштећеног упутити у целости са својим захтевом на парницу.

II. У римском кривичном поступку у доба републике, у начелу, сваки римски грађанин без обзира да ли је непосредно повређен или угрожен кривичним делом, могао се појавити у улози тужиоца. То је систем популарне тужбе који и данас постоји у нешто измењеном облику у енглеском кривичном поступку, за разлику од система приватне тужбе у коме се као овлашћени тужилац јавља лице које је оштећено кривичним делом.

(2) Др. Јосип Врнчић: Главна расправа, реферат на Саветовању правника организованом од Југословенског удружења за кривично право и криминологију у Арапеловцу од 10 до 12 јануара 1962, с. 39.

Савремени поступак, по правилу, започиње на иницијативу државног органа, без обзира да ли оштећени жели или не жели да поступак започне. Међутим, под одређеним условима и лице које је оштећено кривичним делом може имати улогу овлашћеног тужиоца.

Наш кривични поступак, заснован на оптужном принципу, покреће се на иницијативу овлашћеног тужиоца. Сем јавног тужиоца сви остали овлашћени тужиоци су у суштини оштећени и по томе основу имају право гоњења учиниоца кривичног дела. Док у случајевима кривичних дела за која се гони по службеној дужности јавни тужилац врши гоњење искључиво у друштвеном интересу, у случајевима кривичних дела за која се гони по приватној тужби само оштећени одлучује да ли ће се водити кривични поступак.

Ако се за кривично дело гони по предлогу, јавни тужилац није овлашћен да покрене поступак без предлога оштећеног, нити је овлашћен да продужи гоњење ако оштећени одустане од датог предлога. ЗКП не предвиђа да предлог оштећеног има одређену форму или садржину. Кривична пријава оштећеног или предлог за остваривање имовинскоправног захтева сматрају се предлогом за гоњење. Чим је оштећени поднео пријаву-предлог, јавни тужилац учествује у поступку по службеној дужности. У таквом поступку оштећени није странка и он може само да остварује свој имовинскоправни захтев, као и да предлаже извођење доказа, како у правцу утврђивања кривичног дела и кривичне одговорности окривљеног, тако и у правцу утврђивања свог имовинскоправног захтева. Међутим, он је иницијатор кривичног поступка, а поред тога појављује се у својству супсидијарног тужиоца у случају одустанка јавног тужиоца од гоњења. Када оштећени као супсидијарни тужилац у поступку по кривичним делима за која се гони по предлогу одустане од захтева за гоњење, овај одустанак укључује и одустанак од предлога за остваривање имовинскоправног захтева у кривичном поступку. Тај захтев је придружног карактера и увек дели судбину захтева за кривично гоњење.

У поступку по кривичним делима за која се гони по службеној дужности оштећени се може појавити и у улози оштећеног као тужиоца. Кад јавни тужилац нађе да нема основа да покрене кривични поступак или да продужи гоњење за кривично дело за које се гони по службеној дужности, на његово место, под законом одређеним условима, може ступити оштећени као тужилац не може доћи на место јавног тужиоца да би за-ако јавни тужилац за односно кривично дело не покрене уопште поступак или ако одустане у потпуности од гоњења за одређено кривично дело, иако постоје законски услови да се учинилац кривично гони. Према томе, оштећени као тужилац не може доћи на место једног тужиоца да би заступао друкчију правну квалификацију кривичног дела или да би гонио окривљеног према коме је јавни тужилац одустао од гоњења, али је у исто време и за исту радњу гоњење управио против другог лица као окривљеног (3). Изузетак од овог правила предвиђен је само у чл. 403, ст. 1, ЗКП. Ова одредба проширује могућност оштећеног да се појави као

(3) Др. Тихомир Васиљевић: Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 1957, с. 63.

тужилац и представља меру за заштиту оштећеног од неактивности јавног тужиоца, и овај изузетак не важи ако јавни тужилац у означеном року поднесе среском суду оптужни предлог за лакше кривично дело.

Установа оштећеног као тужиоца представља допунску заштиту друштвеног интереса и истовремено задовољава оправдани интерес оштећеног да се учинилац кривичног дела гони и казни. Оштећени као тужилац нема дужности и права јавног тужиоца као државног органа. За њега не важи принцип легалитета у покретању кривичног поступка. Он нема право и дужност изјављивања правних лекова у друштвеном интересу. Оштећени као тужилац нема право захтевања извиђаја; он није изузет од дисциплинске власти председника већа; он не може захтевати да му се списи доставе ради разматрања и др.

ЗКП предвиђа знатна ограничења права оштећеног да сам предузме односно настави гоњење. За кривична дела из надлежности окружног суда отпочињање односно продужење гоњења зависи увек од сагласности истражног судије, а у случају неслагања истражног судије од одлуке већа окружног суда. Значи да оштећени као тужилац долази на место јавног тужиоца под претходном судском контролом. Ово је оправдано с обзиром да је овде реч о кривичним делима за која се гони по службеној дужности и ако јавни тужилац није нашао основа за гоњење, треба суд да се сагласи о отпочињању односно продужењу гоњења. Поред тога мора се водити рачуна и о интересима окривљеног. Оштећени се често руководи својим личним интересом за гоњење, његови мотиви могу бити чисто субјективни, као на пример, жеља за осветом. Претходне судске контроле нема ако јавни тужилац одустане од оптужнице на главном претресу а оштећени се одмах изјасни да жели да продужи гоњење. У поступку пред среским судом, оштећени као тужилац нема овлашћење да захтева спровођење извиђаја а има право да, под законом одређеним условима, покрене кривични поступак подношењем оптужног предлога.

Могућност поновног преузимања гоњења од стране јавног тужиоца има свог оправдања у чињеници да је овде реч о кривичним делима за која се гони по службеној дужности, али садржи и опасност осујећења права оштећеног да успе са својом оптужбом. У циљу заштите интереса оштећеног од евентуалне злоупотребе јавног тужиоца, ЗКП предвиђа у чл. 339, ст. 4, да оштећени има право жалбе на пресуду из свих разлога из којих се пресуда може побијати и то само онда ако је јавни тужилац преузео гоњење од оштећеног на основу овлашћења из чл. 63, ст. 2, ЗКП. Разуме се да у овом случају и јавни тужилац има право жалбе на пресуду. Исто тако, ако јавни тужилац није присутан на главном претресу пред среским судом, оштећени има право да изјави жалбу против пресуде из свих разлога из којих се може жалити и јавни тужилац (чл. 413, ст. 7, ЗКП). И ова одредба пружа могућност оштећеном да заштити своје интересе и замени јавног тужиоца који, неприсуствовањем на главном претресу, није показао интересовање за претрес и исход поступања.

III. Оштећени нема положај странке, изузев када се појављује у улози тужиоца (супсидијарни или приватни тужилац). Оштећени је помоћни кривичнопроцесни субјект који остварује свој имовинскоправни захтев,

а у сваком случају он је користан помагач јавног тужиоца. Он познаје средину у којој је извршено кривично дело, личне и узајамне односе субјеката у кривичном поступку, има шире могућности од јавног тужиоца да пронађе доказе и учини примедбе на доказе противне странке, тако да својом активношћу може знатно допринети успешном вођењу поступка.

ЗКП даје право оштећеном да у претходном поступку указује на све чињенице и доказе који су од важности за утврђивање кривичног дела, проналажење учиниоца и утврђење његовог имовинскоправног захтева. На главном претресу оштећени има право да предлаже доказе, даје друге изјаве и предлоге којима се иде на разјашњење ствари и да поставља питања оптуженом, сведоцима и вештацима. Исто тако, он има право да разгледа списе, уз извесна ограничења у претходном поступку (чл. 59 ЗКП). На тај начин, остварујући свој имовинскоправни захтев, оштећени помаже и у вршењу функције гоњења.

У нашем кривичном поступку оштећеном треба дати активнију улогу и у предузимању свих радњи које иду за утврђивањем кривичног дела и кривичне одговорности окривљеног. Садашњи кривичнопроцесни положај оштећеног не одговара његовом интересу, значају и доприносу који би он могао пружити кривичном поступку. Поред оптуженог, оштећени је највише заинтересован за исход кривичног поступка, јер је он жртва кривичног дела и о његовом интересу се расправља у кривичном поступку. Када се већ кривично гоњење у начелу врши по службеној дужности од стране представника друштвеног интереса, онда није оправдано што се оштећеном, који исто тако жели да учинилац кривичног дела буде гоњен и кажњен, не омогући да учествује активније у кривичном поступку. С друге стране, оштећени као особа чије је лично или имовинско право повређено или угрожено кривичним делом има непосредно сазнање о том делу. Оштећеном је најбоље познат кривични догађај јер му је најчешће био присутан односно учествовао у њему и осетио његове последице, те му и уз тих разлога треба дати више иницијативе у изношењу чињеница и предлагању доказа, у саслушању сведока и вештака и уопште више учешћа у кривичном поступку. Наиме, процесни положај оштећеног требало би умногоме приближити положају тужиоца, тј. дати му овлашћења која имају странке. Само неки прописи ЗКП изједначавају оштећеног са странкама као, на пример, чл. 266, ст. 1 и 2, 301 ст. 1, 309, ст. 1. Већина прописа који регулишу иницијативу кривичнопроцесних субјеката у главном кривичном поступку односе се на странке, тужиоца и оптуженог. Тако, на пример, чл. 268, ст. 3, предвиђа да се о времену и месту саслушања сведока или вештака обавештавају странке ако је с обзиром на хитност поступка то могућно. Странке могу присуствовати овом саслушању и постављати питања сведоку односно вештаку. У доказном поступку иницијатива у изношењу чињеница и предлагању доказа дата је углавном странкама. По чл. 304, ст. 4, странке могу до завршетка главног претреса предлагати да се извиде нове чињенице и прибаве нови докази, а могу поновити и оне предлоге који је председник већа или веће раније одбило. Исто тако странке имају право да стављају примедбе и дају објашњења у погледу исказа сваког сведока или вештака

и после читања сваког записника или другог писмена (чл. 315 ЗКП). По завршеном доказном поступку председник већа упитаће странке да ли имају какве предлоге за допуну доказног поступка (чл. 316, ст. 1, ЗКП). Према томе, иницијатива у формирању процесног материјала дата је углавном странкама, те би у том погледу и уопште у вези учешћа у расправљању оштећеног требало изједначити са странкама односно тужиоцем. Ово би унело више живости у расправу и допринело бољем расветљавању и правилнијем решењу кривичне ствари (4).

Поред тога, активнија улога оштећеног у кривичном поступку одговарала би нашем општем друштвеном развиту који подиже свест и вредност човека са свим његовим својствима социјалистичког грађанина. Битне промене у положају радног човека у привреди и разним друштвеним делатностима захтевају нови став према грађанину-субјекту у кривичном поступку. У складу са нашим друштвеним прогресом и развитком нових социјалистичких односа међу људима нужно је да се измени и положај неких кривичнопроцесних субјеката. Чињеница да је оштећени лично заинтересован за исход кривичног поступка не сме да ствара претдубеђење да ће оштећени увек да се руководи само својим личним интересима или чисто субјективним мотивима (жељом за осветом, тежњом да се наплати за зло које му је учињено). Већ смо напоменули да се интереси оштећеног и интереси заједнице, због друштвене опасности кривичног дела, поклапају у настојању да кривично одговорни учинилац кривичног дела буде кажњен. У социјалистичком друштву човек се преваспитава у правцу координирања свог личног и друштвеног интереса. Стога и на оштећеног треба гледати са већим поверењем, јер је у питању нови човек у кога све мање постоји застарело схватање о суду и правосуђу уопште. У кривичном поступку оштећени треба да добије улогу и значај који су одраз новог друштвеног гледања на човека као социјалистичког грађанина и као кривичнопроцесног субјекта.

Др. Милица Стефановић — Златић

(4) Др. Јосип Врнчић: н. д., с. 38 и 39.

СИРОМАШКО ПРАВО (IN FORMA PAUPERIS) У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

Федерално законодавство у Сједињеним Америчким Државама је прилично далеко напредовало у настојању да „сиромашном човеку“ обезбеди једнаку правду пред судом. Повластице сиромашнима дају се у разним облицима. На пример, лице које је сувише сиромашно да би могло узети себи адвоката у федералном кривичном поступку који је против њега поведен, има по Уставу право да му суд постави правног заступника који ће га бранити (1). У грађанском спору пред федералним судом, судија може затражити да неки адвокат пружи правну помоћ пауперу који није у могућности да узме сопственог заступника, мада суд нема права да захтева било од кога да буде нечији правни заступник (2). У неких девет држава постоје јавни браниоци који заступају сиромашне оптужене у кривичном поступку. У многим државама друштва за правну помоћ обезбеђују странкама које нису у стању да узму сопствене адвокате, правно заступништво и савете у кривичном и грађанском поступку, и то и у државним и у федералним судовима (3).

Сем хонорара адвокату, има и других трошкова које повлачи собом покретање спора или кривични поступак. Треба доста новаца да се плати дангуба сведоцима, да се штампају записници и поднесци, да се пронађу потребни сведоци и прикупе неопходни докази. У парничном поступку постоји такса већ за само подизање тужбе. То су трошкови који могу да одврате сиромашна лица од обраћања судовима ради заштите својих права, или да их лише свих преимућстава које им закон пружа. Чињеница да се у грађанским споровима сви трошкови превађују на странку која изгуби спор, од великог је утицаја на одлуку неког лица хоће ли тражити заштиту пред судом.

Да би се спречиле последице сиромаштва, Конгрес је прописао да суд може сваком дозволити да кривични или грађански поступак покрене или да се у истом брани, пред федералним судом, без претходног плаћања трошкова, уколико није у стању да те издатке сноси (4). Да би се неко

(1) Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 458 (1938). У кривичном поступку који се покреће у појединим државама САД, Устав захтева да оптужени има браниоца кад год је у питању кривица за коју је прописана смртна казна, док у осталим случајевима понекад није неопходно дати оптуженом браниоца ако он сам нема средстава да га узме. Упореди такође Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932) са Betts v. Brady, 316, U. S. 455 (1942).

(2) 28 U. S. C. § 1915 (c).

(3) У Енглеској Парламент је установио један систем правне помоћи за сиромашне (Види Legal Aid & Advice Act од 1949, 12—13 Geo. 6, c. 51).

(4) 28 U. S. C. § 1915 (a). Користи од § 1915 стоје на расположењу само држављанима САД. Уставност овог ограничења је довођена у питање (Види примедбу Aid for Indigent Litigants in the Federal Courts, 58 Col. L. Rev. 832, 838 (1958)). Чланом 1916 дозвољено је морнарима било ког држављанства да покрену спор ради надница, награде за спасену робу или накнаду штете, по прописима о чувању здравља и безбедности, без претходног плаћања трошкова или хонорара или полагања обезбеђења.

могао користити овим прописом, потребно је да да изјаву да није у могућности да плати трошкове и хонораре у питању. Ако испуњава услове, паупер стиче право да се користи свим судским радњама. Преимућства овог поступка могу се показати у многим видовима. Претпоставимо, на пример, да је за сиромашно, кривично оптужено лице, важно да приведе сведоке ради своје одбране. Може бити потребно да се сведоци судски позову да би се њихово присуство у суду обезбедило. Судски позван сведок има право на трошкове путовања до суда и боравка, што по правилу плаћа странка која се на сведока позвала. У федералном кривичном поступку, суд има право да нареди довођење сведока на које се паупер позвао на рачун државе (5). Разуме се, потребно је да буду испуњени извесни услови, како би се спречиле злоупотребе ове повластице. Оптужени мора навести шта ће сведоци доказати, образложити да без њих не би на претресу били заштићени његови интереси, и да није у стању да плати њихове трошкове. Међутим, кад ове услове испуни, оптужени ће моћи да буде оглашен кривим тек пошто му је омогућено да пред поротом изнесе своју одбрану.

Један други федерални пропис дозвољава кривично оптуженим да узимају изјаве од сведока којима је немогуће да присуствују претресу. Ако оптужени не може да поднесе трошкове путовања и боравка свог адвоката који би учествовао у поступку саслушавања, те издатке ће сносити држава (6). Паупер има такође право да му суд, преко својих службеника, врши све радње и достављања и обавља све дужности које по правилу падају на странку (7).

Али шта бива са лицем које изгуби пред судом првог степена? Шта оно може даље предузети ако нема новаца за жалбу? Федерални закон овлашћује првостепени суд да дозволи жалбу *in forma pauperis* кад странка која је изгубила истакне да није у стању да плати трошкове жалбе (8). За ову повластницу треба да буде испуњен један услов: првостепени суд мора потврдити да се жалба улаже добронамерно — *bona fide*. Ако он то потврди, жалилац може да поднесе своју жалбу не плаћајући претходно било које трошкове. Сем тога, ако је у питању кривична ствар, он има право на оверен препис записника са претреса да би поткрепио своја твђења о учињеној грешци (9). А ако жалбени суд нареди штампање свих списа и поднесака те правне ствари, трошкови штампања могу бити стављени на терет државе (10). Нема никакве сумње да осуђени жалилац има право да му се постави заступник који би заступао његову ствар у жалбеном поступку, ако се његов заступник пред првостепеним судом повукао или ако заступника није ни имао (11).

Ако првостепени судија одбије да потврди да се жалба улаже добронамерно, мора ли жалилац да прихвати одлуку тог судије? Одговор

(5) Fed. Rule Crim. Proc. 17 (b).

(6) Fed. Rule Crim. Proc. 15 (c).

(7) 28 U. S. C. § 1915 (c).

(8) 28 U. S. C. § 1915 (a).

(9) 28 U. S. C. § 753 (f).

(10) У грађанском спору жалилац има право да бесплатно добије препис записника са расправе ако првостепени судија потврди да жалба није неозбиљна већ садржи питање суштинског значаја (28 U. S. C. (b)).

(11) Види Johnson v. Zerbst. 304 U. S. 458 (1938); Johnson v. United States, 352 U. S. 565 (1957).

је да не мора. Иако не може поднети жалбу жалбеном суду, може да од тог суда затражи дозволу да уложи жалбу *in forma pauperis*. У ствари, он од жалбеног суда тражи да преиначи закључак првостепеног суда да жалба није била поднета добронамерно. Оптуђени има право на адвоката који ће му помоћи у том захтеву пред жалбеним судом (12). Ако пред првостепеним судом није имао браниоца, или бранилац није продужио да га заступа, жалбени суд ће наименовати адвоката који ће делати за оптуженог (13). Задатак овог адвоката није да као *amicus curiae* помаже при одређивању да ли је жалба предузета добронамерно. Његов је задатак више да буде адвокат оптуженог који тражи да поднесе жалбу (14). Једино ако он, пошто размотри случај, закључи да жалби недостаје *bona fides*, може тада да у том смислу извести суд. Суд га у том случају може ослободити даљег поступања у тој ствари и сам размотрити предмет како би закључио је ли оптужени *bona fide*.

Кривично оптужени има и друга права. Да би жалбени суд могао правилно закључити је ли жалба добронамерна, он мора бити упознат са поступком пред првостепеним судом. Зато оптужени има право да добије препис записника из тог поступка, или оно што би служило као њихова разумна замена, на пример, сагласно утаначење чињеница у питању, или увид у стенографске белешке са претреса (15). На основу овога оптужени ће моћи образложити да је његова жалба предузета *bona fide*.

То мерило добронамерности није тешко задовољити. Добра намера, *bona fides*, не значи да оптужени мора имати великог изгледа на успех. Она чак не значи ни да питање мора бити суштинско. Она само значи да жалба не сме да буде тако неозбиљна да би истоветна жалба неке странке која није сиромашна била одбачена (16).

Ове мере у корист сиромашних кривично оптужених лица представљају значајан напредак у спровођењу кривичног правосуђа. Помоћу њих сиромашни ће имати правично суђење и исту могућност за покретање жалбеног поступка као и други оптужени.

Пракса *in forma pauperis* у Врховном суду САД стално расте како по обиму тако и по значају. Странка која жели да се тим поступком користи подноси захтев да се појави *in forma pauperis* и прилаже уверење о сиромаштву (17). Она не мора да испуни нормалне судске услове у погледу

(12) Johnson v. United States, 352 U. S. 565 (1957).

(13) Young v. United States, 246 F. 2d 901 (C. A. 8th Cir. 1957) где је узет став да је непотребно именовање браниоца који би водио поступак за дозволу жалбе у колатералном нападу на осуду, кад је првостепени суд потврдио да жалба није уложена добронамерно.

(14) Ellis v. United States, 356 U. S. 565 (1957); Kitchens v. United States, 358 U. S. — (1958).

(15) Farley v. United States, 354 U. S. 521 (1957). Један од жалбених судова заузео је став да није потребно поднети препис записника са претреса, или њему равну исправу, када оптужени тражи дозволу за жалбу против одбијања да се прихвати колатерални напад на осуду (на пример, захтев за поништај пресуде — види 28 U. S. C. § 2255). Сматрало се да § 753 (f) само дозвољава преписе записника са претреса у случају кад оптужени подноси жалбу (United States v. Stevens, 224 F. 2d (C. A. 3d Cir. 1955)). Али је овај случај решен пре Farley v. United States, 224 U. S. C. § 2250, где се захтева давање бесплатних преписа исправе и записника из досијеа било ког федералног суда кад неки затвореник поступа *in forma pauperis* да би добио решење о habeas corpus.

(16) Ellis v. United States, 356 U. S. 674 (1957).

(17) Види Rule 53, Revised Rules of the Supreme Court.

штампања њених поднесака (18). Ако се оверен препис записника из претходног поступка не може добити без трошкова, он се не захтева од жалиоца да би му жалба била прописна. Ако суд одлучи да случај узме у разматрање, може наредити да се записник прибави о трошку државе; а ако сиромашни жалилац нема правног заступника, суд ће наименовати адвоката који ће га заступати. Све већи значај поступања *in forma pauperis* у Врховном суду, показује се у порасту броја оваквих предмета и броја оних о којима је мериторно одлучено. Поступањем *in forma pauperis* пред Врховни судом могу се користити и парничне странке које услед сиромаштва нису у стању да уложе жалбу на уобичајени начин.

Поступање *in forma pauperis* изгубило би доста од своје вредности ако би се захтевала сувише строга мерила сиромаштва. Као што је Врховни суд изрекао:

„Не можемо се сагласити [...] да човек треба да буде у крајњој беди да би се користио повластицама овог закона. Сматрамо да је довољно уверење у коме се тврди да једно лице услед сиромаштва не може „да плати или положи обезбеђење трошкова [...] а да у исто време буде у стању да снабде себе и оне које издржава животним потребама“. Рећи да нико не може уживати повластицу овог закона док се не закуне да ће за плаћање трошкова дати и последњи долар који има или који стекне, и на тај начин бацили себе и оне које издржава у потпуну беду, значило би тумачити закон на начин који би његове кориснике бацио у категорију лица о којима заједница мора да се стара. Заједница не би ништа добила ако би се ослободила плаћања трошкова за одређени спор, само да би на себе свалила издржавање лица које је тако пало на терет државе. А не би био бољи резултат ни ако би се таквим тумачењем закона странка принудила да одустане од неког можда основаног захтева само да не би пала у потпуну беду. Ми сматрамо да је неприхватљиво тумачење закона које би имало такве последице“ (19).

Има људи који нису присталице ових нарочитих обзира које закон има према сиромашним оптуженима, сматрајући да ако им олакшавамо жалбу, стављамо на државу неоправдан финансијски терет. На то гледиште прикладно је одговорио покојни судија Џером Франк:

„Без сумње, ако је макар само једна од стотине жалби сиромашних оправдана, правичност намеће закључак да жалба мора бити саслушана. Никакав одговор није да ће се услед тако много жалби „судови претрпати предметима“. Ако до тога дође, треба поставити више судија. Истина, државни трошкови ће се унеколико повећати. Али бар ја, што се мене тиче, не бих могао мирно да спавам кад помислим да због неке судске одлуке у којој сам учествовао могу невини сиромашни људи остати иза решетака само зато што би државу нешто коштало да се њихова жалба размотри“ (20).

(18) Редован пут за тражење ревизије од стране Врховног суда је захтевом for certiorari или жалбом. Ако странка не поступа *in forma pauperis*, она мора да поднесе 440 штампаних преписа свог оригиналног захтева којим тражи одлуку Суда, као и препис записника из тог предмета где су обухваћене и радње чија се ревизија тражи (Правила 10, 13, 21, Revised Rules of the Supreme Court).

(19) Adkins v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 335 U. S. 331, 339 (1948).

(20) United States v. Johnson, 238 2d 565, 571 (C. A. 2d Cir. 1956).

Ми нисмо још постигли, чак ни у федералном систему, све што је потребно ради заштите сиромашних странака (21). Још није предвиђена накнада за адвоката који заступа сиромашну странку. У парничном поступку он се мора ослонити да ће добити део онога што се у спору добије, али ако спор изгуби остаће ненаграђен. Није ништа предвиђено ни за плаћање адвоката који заступа сиромашно лице у кривичном предмету. Услед тога неки адвокати беже од поступања *in forma pauperis*, на штету тог система. Исто тако нису предвиђена средства за финансирање истраживања која претходе судском поступку, а која су често неопходна ради потпуног излагања одређене правне ствари (22).

Па ипак, ми смо прилично далеко одмакли у обезбеђењу сиромашним оптуженима једнаког поступања у федералним кривичним стварима. Оптужени више није принуђен да стоји сам и неспреман на супрот свој сили федералне владе. Закон се спроводи, али се права појединца и лични интегритет не жртвују. Скорашњи напредак у нашем федералном судском поступку приближио нас је крајњем циљу, једнакој правди пред судом за све наше грађане.

Вилјам О. Даглас (*William O. Douglas*)
судија Врховног суда Сједињених Америчких Држава

МЕЋУСОБНИ ОДНОСИ САМОСТАЛНИХ УСТАНОВА И ЊИХОВИХ КОРИСНИКА

1. Одређивање појма корисника самосталне установе. — Ближе одређивање појма корисника установа које се образују у области друштвених служби јесте једно од претходних питања у разматрању међусобних односа самосталних друштвених установа и њихових корисника. Ово питање има шири значај јер се и права корисника у систему друштвеног самоуправљања друкчије постављају него што се то чини при одређивању ових права у систему децентрализованих установа капиталистичког поретка. Овде права корисника имају за свој основ Уставом зајамчено ново

(21) У Америци постоје посебни кривични закони појединих држава и федерације, са посебним државним и федералним судовима и оужбеницима који те законе примењују (Види Douglas: From Marshall to Mukherjee, Studies in American and Indian Constitutional Law (Tagore Lectures 1956), с. III). Помоћ сиромашним странкама углавном није толико развијена у системима појединих држава колико у федерацији. Врховни суд је донекле био у стању да подигне стандарде појединих држава вршећи своју дужност заштите уставних права. Држава не сме ускратити осуђеноме право жалбе зато што овај не може да плати преписе записника са претреса, док се другим оптуженима који то могу да плате дозвољава жалбена ревизија. Према нашим одлукама, то би значило ускраћивање једнаке заштите закона која је зајемчена Четрнаестим амандманом Устава САД (Griffin v. Illinois, 351 U. S. 12 (1955); Eskridge v. Washington State Board, 357 U. S. 214 (1958)). — Поједина држава није дужна никоме да обезбеди право жалбе; али ако то право да, не може га ускратити онима који нису у стању да за њега плате.

(22) Види United States v. Johnson, 238 F. 2d 565, 572. У скандинавским земљама сваки кривично оптужени не само да има права на адвоката по сопственом избору кога ће платити држава, већ му на располагању стоји апарат полиције и јавног тужиоца ради потребних истраживања, укључујући ту проналажење сведока, докумената, и вештачења од стране стручњака за рукописе, медицину и хемију. Тужништво је дужно да на претрес приведе сведоке оптуженога и поднесе остале његове доказе, такође о трошку државе (Id., на 573, п. 14с, и пропратни текст).

У ужем смислу речи корисник једне установе може бити онај појединац који се непосредно користи услугама те установе. Али корисник установе може бити и привредна организација односно установа која се непосредно користи услугама те установе и као таква жели њено постојаности које имају само одређени интерес да се обезбеди несметано и јање и њено функционисање према својим потребама. Постоји и други посебни облик корисника установе. То су заинтересоване установе и организације које функционисање јавне службе у интересу заједнице и ради задовољења одређених потреба. Посебан вид корисника представља оснивач који оснива одговарајућу установу друштвене службе да би послужила задовољењу опште друштвених потреба. Посебан статус ужива у неким случајевима комуна или срез на чијем је подручју седиште самосталне установе, независно од тога ко је њу основао.

2. **Карактер и врсте односа у које ступају корисници према установи.** — Делатност коју врше одређене установе односи се на пружање помоћи и услуге одређеним корисницима. Али овде се корисник не може схватити у његовом ужем правном значењу. За одређене делатности установе заинтересоване су и шире интересне групе, тј. одређене организације и установе. Из тих разлога корисник-грађанин, као и заинтересоване организације и установе ступају са установом у врло различите односе. Наиме у вршењу одређене јавне службе установа ствара односе са њеним корисницима и интересентима чија се природа не може једнострано одредити. Некада се у тим односима изражава друштвено-политичка суштина. У другим пак случајевима претежно је реч о једном управно-правном односу са изразито својим специфичностима за разлику од односа грађана са органима државне управе. У овим односима често се изражавају и одређена субјективна јавна права грађана. Најзад, за ове односе карактеристично је то што они могу представљати одређено потчињавање корисника установи и тиме њихово подвођење „под власт“ установе.

3. *Право корисника на учешће у управљању установом.* — Најпре треба истаћи да корисници или интересне групе имају посебна права да учествују у управљању самосталном установом. Ово је један од основних принципа у формирању органа управљања и на њега се надовезује одређени изборни поступак. Овде се задржавамо само на разматрању овог принципа са становишта каква права и обавезе проистичу за корисника из оваквог њиховог односа према установи.

Долазећи у положај чланова одговарајућег органа друштвеног управљања установом, све ове групе корисника имају могућност да непосредно одлучују по свим основним питањима из живота и рада установе. Овде се не прави разлика између групе корисника и интересената према томе по каквом су односу добили могућност да буду представљени у органу друштвеног управљања. Сваки представник одређене интересне групе је пуноправан члан органа са осталим члановима који су дошли избором независно у каквом својству. Сви заједно, према томе, чине један орган управљања који има одређена овлашћења и који своја права и дужности искључиво обавља на седници. Представник корисника односно интересне групе је дужан уједно да својим радом у органу управљања допринесе да се обезбеди функционисање службе како у интересу корисника тако и у општедруштвеном интересу. У том смислу он није као члан органа управљања увек везан смерницама својих група већ се у одлучивању и изграђивању одређених становишта руководи задацима и циљевима службе тежећи да се кроз механизам самоуправе усклађују појединачни и групни интереси са оним које је друштво поставило установи као општедруштвени задатак.

Право корисника да учествују у управљању установом има још један друштвено-политички циљ који треба да се манифестује у функционисању механизма самоуправе јавним службама. Тај циљ се пре свега изражава у тежњи да се рад установе и њена политика не креће и не изграђује мимо и против интереса корисника и других интересних група. Овде политику установе утврђују заједно са представницима шире заједнице и сами корисници који су упознати са проблемима и задацима установе и сами доприносе њиховом остваривању у општедруштвеном интересу. С друге стране, у условима учешћа корисника у непосредном управљању установом, они престају да буду објекат над којима се врши управљање већ постају стварни носиоци свега онога што доприноси да се установа оријентише на остваривање оних основних задатака ради задовољења потребе сваког корисника посебно и тиме општедруштвених потреба. Корисник, са осталим интересним групама укључујући и чланове радног колектива установе, изграђује и одређује у представничком органу друштвеног самоуправљања политику и циљеве установе, тј. доприноси да се већ утврђени циљеви установе спроводе у интересу сваког појединца и свих заједно.

Друштвено-политички значај овог учешћа корисника изражава се у још једном правцу. Овде корисници стављени у положај самоуправљача треба да допринесу остваривању циљева ради којих је установа образована.

Тако, према чл. 100 Закона о школству (даље у тексту = ЗШ), сваки ученик има право и дужност да, према своме узрасту, доприноси остваривању циљева васпитања и образовања у својој школи. Ради тога ученици су дужни редовно похађати школу, радити и учити, поштовати правила школског живота и рада и испуњавати друге ученичке обавезе. Да би се пак развила иницијатива, самосталност, свесна дисциплина и одговорност ученика за њихов рад и успех у школи, као и активна помоћ наставницима у остваривању васпитања и наставе, ученици завршних година основне школе као и ученици стручне школе и гимназије образују, према чл. 103 ЗШ, *заједнице ученика разреда* односно школе. Ова заједница ученика се брине да ученици савесно врше послове које су им поверили школски органи, те на својим састанцима расправљају о свим питањима живота и рада школе. Заједница ученика може да упознаје школске органе и разредно веће са својим мишљењима и закључцима, да подноси своје предлоге који се односе на правила школе, на организацију и спровођење наставно-васпитног и друштвеног живота школе и да учествују на њиховим седницама кад се претресају та питања. У овом циљу ЗШ у својим основним начелима прописује да ученици одређеног узраста учествују у управљању школом и другим установама за васпитање и образовање (чл. 15).

Слична права и дужности у управљању факултетима имају и студенти као непосредни корисници. Осим права избора свога представника у факултетски савет, они имају могућност да бирају своје представнике и у веће године. Ово веће расправља и предлаже мере о питањима од заједничког интереса за извођење наставе на тој години, одсеку односно групи (чл. 70 Закона о факултетима и универзитетима — даље ЗФУ). Закон истиче да студенти имају право учествовати у раду органа управљања на универзитету и факултету. Као непосредни корисници, студенти учествују и у управљању установама које се баве здравственим, социјалним и материјалним питањима студената (чл. 31).

Ово учешће корисника у управљању самосталном установом може се вршити и посредно. Тако, на пример, корисници здравствених установа ово своје право према здравственој установи врше преко избора делегата у савет здравствене установе које су изабрале њихове одређене организације и установе. Овде се према томе корисник јавља у својству управљача посредством на овај начин изабраних делегата у органе друштвеног самоуправљања установом. У неким пак случајевима избор делегата корисници врше као и сви грађани преко зборових бирача односно преко одговарајућих стручних удружења, друштвених и привредних организација и преко одређених установа. Овде се појам непосредног корисника често поклапа са појмом заинтересоване интересне групе за рад одређене самосталне установе.

4. *Посебна средства којима корисници располажу у односу на усмеравање рада установе.* — Интересне групе односно корисници у ширем смислу речи ступају у одређене односе са установама за чију делатност они показују посебан интерес. Њима и само законодавство признаје таква овлашћења да они могу, ступајући у однос са установом, да врше одређено

друштвено усмеравање њеног рада. На овај начин постиже се и реално повезивање интересних група са установама и одређеним областима јавних служби и тиме се подстичу на трајније и ефикасније усклађивање рада свих заинтересованих фактора на унапређењу одређене друштвене делатности. Тако, на пример, чл. 4 ЗШ истиче потребу да школе и друге установе за васпитање и образовање у остваривању циљева васпитања и образовања сарађују са породицом, привредним и синдикалним, омладинским и другим друштвеним организацијама, стручним удружењима, установама и службама. А у чл. 7 се каже да се државни органи, привредне и друштвене организације установе, ради помоћи ученицима у похађању школе и ради обезбеђивања што бољих услова за васпитање и образовање, старају о оснивању домова ученика, школских кухиња и сличних установа. Даље, се предвиђа сарадња друштвених организација и наставника школе у организовању и извршавању програма рада слободних активности ученика. Ради остваривања ове сарадње ЗШ предвиђа одржавање заједничких састанака школских органа, наставника и родитеља односно ученика.

Заинтересованим органима, организацијама и установама за образовање висококвалификованих кадрова, ЗФУ даје право да приликом утврђивања наставних планова и програма, завођења течајева, организовања ванредних студирања и стручне праксе сарађују са односним факултетима. Ближе облике ове сарадње и узајамне помоћи предвиђају статут факултета односно универзитета (чл. 11 ЗФУ). Ову сарадњу са корисницима у ширем смислу речи наглашава за здравствене установе и Закон о организацији здравствене службе (даље ЗОЗС). Он у чл. 4 каже да „у спровођењу здравствене заштите, здравствене установе и други органи здравствене службе сарађују са установама за здравствено осигурање, са санитетском службом Југословенске народне армије, Југословенским Црвеним крстом, привредним организацијама, просветним, социјалним и другим самосталним установама, синдикатима, стручним друштвеним и удружењима здравствених радника, другим друштвеним организацијама и грађанима“.

Средства друштвеног утицаја оних корисника који се уједно јављају као оснивачи одређене установе проширена су и одређенија по своме ефекту и правном дејству него што је то случај код остваривања сарадње. Овде се право корисника који имају уједно статус оснивача проширује у неколико праваца. Тако он с једне стране обезбеђује себи право да даје сагласност на статут односно правила установе, а с друге стране да именује до три четвртине чланова савета установе. Корисник овде може да задржи право да одобрава програм рада установе, да потврђује избор директора и да даје сагласност на расподелу и уношење средстава у фондове установе (чл. 25 Закона о начину финансирања научних установа). Исто тако и ЗШ предвиђа право привредних и друштвених организација, које су оснивачи одређене школе, да одреде изванредан број чланова у школске одборе школе (чл. 136, ст. 7).

Ови односи сарадње корисника у ширем смислу и установа стварају одређене обавезе за кориснике да помажу рад установе да би она одго-

ворила својим задацима у задовољењу општедруштвених потреба, с једне стране, а за саме установе да у своме раду не пренебрегну ове интересе и да се не изолирају и затворе у себе, с друге стране. У суштини, кроз ове односе изражава се брига друштвене заједнице за рад самосталних установа, чиме се уједно обезбеђује да оне по своме положају буду уистини самосталне друштвене установе.

5. *Субјективна јавна права корисника у погледу коришћења услуга установе.* — Све установе које се образују ради вршења одређене јавне службе дужне су да под одређеним условима пружају услуге својим корисницима односно грађанима. Грађани или у неким случајевима тачно одређени корисници уживају прописима утврђена субјективна јавна права која установа мора поштовати. Обим и димензије ових права су различити за поједине установе. Често сâм карактер установе одређује и обим ових права. Тако установе облигаторног карактера ступају у друге односе са корисницима за разлику од оних установа које грађанима стоје факултативно на услузи. Наиме према првим установама корисник располаже законом утврђеним правом на одређено поступање и коришћење услуга установа. Тако, према чл. 6 ЗШ, сви грађани од седме до петнаесте године *дужни* су да похађају основну школу. Из овог начела обавезног школовања стварају се и за установу и за кориснике одређени односи. Овде сама установа предузима иницијативу за пружање својих услуга оним корисницима који су навршили седам година. Код других пак установа ова иницијатива полази од корисника односно интересента. Овде настају и други односи који се битно разликују од оних односа који настају приликом коришћења установа облигаторног карактера.

Субјективна права корисника према установи изражавају се у праву једнакости свих корисника пред установом. Једноконост корисника пред јавном службом јесте једно од основних принципа на коме се заснива функционисање самосталних установа одговарајућих јавних служби. Тако, према чл. 24 ЗФУ, југословенски држављани и страни држављани који имају одговарајућу школску спрему имају право да се *под истим условима* упишу на факултет. Само изузетно, ако није могуће организовати наставу за све пријављене студенте, може се, на предлог факултетског односно универзитетског савета, прописима републичког извршног већа, привремено предвидети одређено ограничење у погледу уписа броја студената на поједини факултет. Ову једнакост грађана истиче и чл. 7 ЗШ који прописује да сви грађани, без обзира на националност, пол, социјално порекло и вероисповест, имају под истим условима једноко право на васпитање и образовање.

Да би се овој једнакости дала и стварна вредност и потребна економска основа, ЗШ прописује да је у школама настава бесплатна и да се она врши на језицима народа Југославије. Уједно се прописује да се националним мањинама обезбеђује настава на националном језику мањине у складу са одредбама ЗШ и међународним обавезама.

Једнакост грађана пред установама јавне службе на одређени начин истиче и ЗОЗС (чл. 17) прописујући да је сваки здравствени радник и

свака здравствена установа дужна да укаже грађанима хитну медицинску помоћ (прва помоћ).

Према томе сваки корисник одређене установе (овде је појам корисника употребљен у његовом ужем правнотехничком значењу) има једнака права пред установама које врше јавну службу. Овде нема привилегија за одређену категорију корисника јер су они под једнаким условима потпуно изједначени у односу на установу и службу коју она обавља.

6. *Поступак пружања услуге корисницима од стране установе.* — Сам поступак пружања услуга корисницима од стране установе може бити веома различит. При томе треба посебно размотрити на који начин се корисник обраћа установи за њене услуге и на који пак начин установа изражава свој пристапак. Посебно питање о начину пружања услуге корисницима од стране установе односи се на то да ли се пружање услуге врши уз накнаду или је оно бесплатно. Најзад, од посебног интереса је и питање начина прекида употребе оних услуга које установа пружа својим корисницима. Сва ова питања ће бити овде посебно размотрена да би се у целини сагледао однос корисника и установа у пружању услуга.

7. *Начин на који се корисник обраћа установи за њене услуге.* — Приликом коришћења услуга корисници се не морају формално обраћати установи те они на различите начине опште са установом. У појединим случајевима потребан је формални пристапак установа да ће пружити услуге одређеном кориснику. У другим случајевима нису потребне никакве формалности да би корисник дошао у положај да употреби одређене услуге. Исто тако је различит поступак при узимању саме иницијативе. У неким случајевима иницијативу узима сама установа, у другим она чека да јој се интересент обрати за услуге. За пружање тражених услуга у појединим случајевима потребан је пристапак установе, а у другима пристапак се презумира у одређеној радњи установе.

Као што се види, нема јединствених прописа који се односе на питања која смо овде истакли. Поступак коришћења услуга које установа нуди најчешће је у зависности од тога да ли је реч о установи облигаторног или факултативног карактера. Тако, на пример, деца од седме до петнаесте године морају се уписати у школу, те овде постоји посебна изјава воље која је од стране установе прихваћена актом о упису одређеног ученика. Међутим, за посету музеја, уметничких галерија, позоришта и сл. није потребна нека посебна изјава воље корисника. Довољно се она изражава актом о куповини улазнице за музеј, односно уметничку галерију или позориште. Приликом коришћења библиотеке корисник мора унапред изјавити да жели да користи библиотеку, у том случају он добија посебну легитимацију и тиме стиче право, под одређеним условима, коришћења фонда библиотеке. У неким установама, нарочито здравственим, поступак је одређен унутрашњим правилима установе. Али, с обзиром на свој облигаторни карактер, здравствена установа, у одређеним случајевима, не може да одбије болесника када се овај обрати за указивање хитне медицинске помоћи (чл. 17 ЗОЗС).

8. *Пружање услуге уз накнаду.* — Неке установе пружају своје услуге корисницима бесплатно, друге пак уз одређену накнаду. Тако, на пример,

настава у школама је бесплатна, у здравственим установама услуге се пружају уз одређену накнаду. Само у извесним случајевима корисници здравствене установе (за одређене врсте болести) ослобођени су обавезе плаћања накнаде. Иначе, у чл. 19 ЗОЗС каже се да се за медицинску помоћ и друге врсте здравствене заштите које указују здравствене установе плаћа накнада.

Начин одређивања накнаде и њене висине за медицинску помоћ и друге услуге здравствене заштите утврђује савет здравствене установе на предлог управног одбора установе. У другим установама ова се накнада утврђује посебним правилницима о тарифи, на пример, железнице или поштанских, телеграфских и телефонских услога. Ове тарифе одобрава и потврђује надлежни државни орган. Тако, на пример, према чл. 3 Закона о организацији југословенских железница, тарифе за превоз путника и робе које су по правилу јединствене, доноси Заједница југословенских железница у сагласности са Савезним извршним већем.

У свим установама висина накнаде одређена је унапред тако да корисници знају пре самог њиховог обраћања установи на какву се новчану накнаду обавезују за коришћење одређених услуга које им установа пружа. Приликом плаћања накнаде корисник добија увек потврду у различитим облицима: возну карту, поштанску марку, улазницу, итд.

Накнаду обично подноси корисник, али има случајева да накнаду за коришћење одређених услуга подноси заједница (на пример, народни одбор у болници за одређене категорије корисника). Има случајева да накнаду делимично сноси корисник а делимично заједница, на пример, комуна. Постоје такође случајеви плаћања накнада са повластицама, који су такође изричито у прописима утврђени.

Поступак наплаћивања накнаде је такође веома различит. Неке установе имају могућност вршења и принудне наплате.

9. *Начини прекида односа при коришћењу услуга.* — Прекид односа коришћења услуга у одређеним установама врши се без неких нарочитих формалности. Само у одређеним случајевима предвиђа се посебан поступак да би се прекинуо једном засновани однос коришћења услуга. Овај се прекид може извршити једностраном вољом корисника или саме установе. У овом другом случају морају настати и унапред предвиђени услови под којима она то може учинити. Тако, на пример, удаљавање ученика из школе на основу решења овлашћеног органа школе може се допустити само ако су се зато стекли одређени услови. Корисник установа може увек прекинути однос коришћење услуге својом вољом (на пример, да напусти болницу односно музеј пре него што је завршио са прегледом свих изложених предмета и сл.). Само у изузетно одређеним случајевима се тражи изјава воље у писменој форми приликом напуштања неких установа од стране корисника.

10. *Право корисника на подношење захтева и приговора.* — У одредбама појединих закона које се односе на организацију и функционисање појединих установа утврђује се и одређени поступак заштите корисника од самовољних поступака и незаконитих делатности установа при пружању услуга корисницима. Тако, у чл. 25 ЗОЗС прописује се да грађанин

који није примљен на лечење или није задовољан пријемом односно ука-
заном помоћи, може захтевати од управника здравствене установе или
шефа њеног одељења да се његов случај испита и размотри. Закон допу-
шта и право приговора против донете одлуке управника, тако да корисник
који није задовољан одлукама управника може захтевати да се његов
случај изнесе пред управни одбор односно савет здравствене установе.
Ово право подношења захтева и приговара припада и корисницима у ши-
рем смислу речи. Тако, према чл. 25 ЗОЗС захтев, уместо незадовољног
грађанина на указаној помоћи, може поставити и одговарајућа установа за
здравствено осигурање, радни колектив, синдикална или друга заинтере-
сована организација. ЗШ такође допушта подношење жалбе од стране ро-
дитеља и ученика које разматра школски одбор (чл. 134, став последњи).
У одређеним пак случајевима корисник може потражити и судску зашти-
ту ради остварења својих права (чл. 8 Закона о здравственом осигурању
пољопривредника „Сл. весник НРМ“, бр. 15/60).

У том случају, захтев лица које није задовољно радом установе при
пружању услуга има карактер апелата незадовољне странке. Само, овде се
поступак поводом поднетог захтева врши у оквиру саме установе и о њему
решава орган друштвеног управљања. На тај начин, овде се сусрећемо са
посебним односима који настају у самом процесу обављања делатности
установе према корисницима, који су заштићени посебним средствима и
који се у посебном поступку код органа друштвеног управљања решавају.
Корисник има сва права странке у управном поступку.

11. *Потчињеност корисника према унутрашњем реду установе.* —
Када корисник ступа у одређене односе са установом у циљу коришћења
њених услуга и пошто је већ успостављен однос пружања услуга, неза-
висно од тога да ли уз накнаду или без ње, јавља се за самог корисника
одређена обавеза да се *потчињава унутрашњем уређењу установе*. Ово
потчињавање корисника траје док се корисник налази у установи и не-
посредно користи њене услуге. У неким пак случајевима корисник је ду-
жан да своје понашање подешава правилима установе независно од тога
да ли је у установи или изван ње. У првом случају реч је о тзв. кућном
праву помоћу кога установа одржава кућни ред у установи. У другом слу-
чају је реч о тзв. дисциплинској власти установе.

А. *Кућно право и одржавање кућног реда у установи.* — Свака уста-
нова је заинтересована да обезбеди несметано вршење своје делатности
и да у том циљу отклања све сметње које се могу јавити у њеном правил-
ном функционисању. Ради тога она ствара унутрашњи поредак који жели
да сачува јер тиме уједно обезбеђује правилно извршење својих зада-
така и циљева службе. Тај унутрашњи поредак свака установа прописује
сама својим посебним аутономним актом. Неке одредбе тога поретка на-
лазе се у статутима установе, али неке установе доносе посебне прописе
у виду акта који носи назив кућни ред. У овом акту садржано је низ овла-
шћења установе којима она упућује и обезбеђује начин на који њени
корисници подешавају своје владање за све време док су у установи или
док се налазе у ситуацији да користе њене услуге.

Ови прописи везују корисника и он је дужан да се понаша док се налази у установи тако како прописују правила кућног реда. За нарушавање ових правила понашања, установа себи задржава права санкције које се битно разликују од санкција које изричу државни органи. Овде санкције немају карактер директне принуде. Установа није део јавне управе и ако жели да се послужи принудом мора као и појединац да се обрати за то надлежном државном органу.

Овде се ствара једно ново право чија се примена обезбеђује свесном дисциплином појединаца који користе одређене услуге одговарајуће установе. Уколико појединац покаже крајње занемаривање општедруштвене дисциплине и тиме доведе до тешкоће или сметње у остварењу задатка установе, установа може према таквом појединцу да предузме репресалије које се могу свести на следеће: одстрањење или ускраћење таквом кориснику даљег коришћења услуга, привремено одстрањење корисника из зграде у којој је установа смештена и сл.

Б. *Дисциплинска власт установе.* — Неке установе подвргавају своје кориснике посебном режиму и њихове поступке подводе под своја правила, тако да се за њихову повреду предвиђа, на основу закона, могућност изрицања дисциплинских казни. Тако, на пример, студенти су дужни да се придржавају универзитетских и факултетских прописа и правила и да чувају углед студента и факултета. Уколико се студент не буде придржавао ових правила у свом понашању на факултету или ван њега, он одговара пред посебним дисциплинским судом за студенте (чл. 29 ЗФУ). Исто тако и ЗШ (чл. 100) предвиђа дужност ученика да поштују правила школског живота и рада и да испуњавају друге ученичке обавезе. Органи друштвеног управљања школом (школски одбор односно наставничко веће) овлашћени су да сваки у свом делокругу решава о примени дисциплинских мера према ученицима (чл. 134 односно чл. 144 ЗШ).

Др. Александар Христов

НАЈНОВИЈЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У РАДУ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА КОДИФИКАЦИЈИ И ПРОГРЕСИВНОМ РАЗВОЈУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Ако се резултати рада Уједињених нација на кодификацији и прогресивном развоју међународног права погледају у светлости политичких услова у којима се развијала ова делатност, и узимајући у обзир сложену правнотехничку природу ових поступака, закључци показују недвосмислено трајну вредност ових резултата. За разлику од периода између два светска рата, када је под окриљем Друштва народа дошло до првог планског покушаја кодификације међународног права на универзалној основи (1), од оснивања Уједињених нација до данас, Генерална скупштина

(1) Без обзира на неуспех овог покушаја, припремни радови Друштва народа и искуство Хашке конференције од 1930 послужили су као основа за постављање организације и утврђивање програма рада Уједињених нација на овом пољу (Вид. ближе: Doc. UN A/AC.10/5 i A/CN.4/1/Rev. 1).

и Комисија за међународно право систематски су разматрали низ области међународног права одабраних за кодификацију непосредно после завршетка Другог светског рата. Неки од нацрта, припремљених од стране комисије за међународно право, потврђени су од стране Генералне скупштине (2) а за прихватање најважнијих од њих усвојен је систем одржавања дипломатских конференција. Тако су усвојене четири Женевске конвенције о кодификацији поморског права од 1958 и Бечка конвенција о дипломатским односима и имунитетима од 1961, које представљају значајне међународноправне акте иако није кодификована у потпуности материја којом се оне баве (3). Њима ће ускоро моћи да се дода конвенција о конзуларним односима и имунитетима која треба да буде, на основу резолуције 1685 (XVI) донете на последњем заседању Генералне скупштине, прихваћена на конференцији која ће се одржати у Бечу почетком 1963.

Међутим, кад се ближе погледа начин којим се развијала активност органа Уједињених нација надлежних за кодификацију и прогресивни развој међународног права, може се видети да је негативан развој међународних политичких прилика, посебно сукоб блоковског карактера, извршио одређен утицај и на ову делатност. То је несумњиво један од основних разлога што резултати у раду на кодификацији и прогресивном развоју нису били већи (4). Ово је, уосталом, било неминовно јер кодификација и прогресивни развој, као поступци који воде уједначавању правних правила, не могу и не смеју да се крећу изоловано од политичких становишта које заступају државе. Данас смо далеко од периода када су гајене илузије о могућности измене међународног права путем израде више или мање потпуних кодекса од стране појединаца. Колективни напори теоретичара и практичара уклапају се данас на овај или онај начин у делатност међудржавних органа, тако да у овом погледу постоји контакт који се свакодневно продубљује (5).

Ипак, иако није било спорно становиште о одлучујућем утицају који треба да врше државе на кодификацију међународног права, негативно стање међународних политичких прилика у првој деценији рада Уједињених нација на које смо већ указали, довело је у првом реду до опадања делатности Правног комитета Генералне скупштине, чији је један од главних задатака био да прати и учествује у раду на кодификацији и прогресивном развоју међународног права.

(2) Тако је Генерална скупштина поступила у случају израде Нацрта Декларације о правима и дужностима држава и Модела правила о арбитражној процедури.

(3) Због немогућности постизања политичког споразума није утврђена ширина територијалног мора ни на другој Женевској конференцији од 1959, а на Бечкој Конференцији о дипломатском праву нацрт правила о дипломатији *ad hoc* враћен је Комисији за међународно право.

(4) Тако и поред проучавања питања дефиниције агресије, међународне кривичне јурисдикције, па и одговорности држава ни Правни комитет ни Комисија за међународно право нису могли да заузму одређенија становишта о формулисању одређених правних правила пре свега због заоштравања формираних на међублоковској основи. Но било је несумњиво и других разлога који су утицали у овом смислу. Сигурно је, на пример, да је промена четири известиоца утицала на дужину обраде правила уговорног права која још није завршена.

(5) Приликом дискусија о целисходности кодификације појединих области често долази до позивања на рад међународних удружења. То је био случај на XIV заседању Генералне скупштине у дискусији о кодификацији принципа коегзистенције. У овим случајевима много се позивало на резултате International Law Association у овим областима.

сивном развоју међународног права. Стално смањивање броја питања која су се налазила на његовом дневном реду и рутински и површан начин разматрања извештаја које сваке године подноси Комисија за међународно право речито говоре у прилог ове констатације. Тако је *via facti* Комисија за међународно право постала једини орган Уједињених нација који се систематски бавио овом делатношћу мада је на основу чл. 13 Повеље и Статута Комисије могла и Генерална скупштина да развије већу активност. Овоме је несумњиво допринела и чињеница што је Комисија састављена од најистакнутијих представника правне науке и праксе те, поред постојања незаинтересованости представника државачланица у Правном комитету, у ауторитету одлука Комисије треба тражити узрок претварања Комисије од помоћног органа задуженог за правнотехничку страну кодификације и прогресивног развоја, у тело које је суверено одлучивало не само о методолошким већ и о политичким питањима израде програма рада Комисије. Чак и првобитни програм рада Комисије прихваћен је од стране Генералне скупштине без икакве дискусије једноставним примањем к знању (6).

Све ово, разуме се, не значи да су државе биле потпуно пасивне у Правном комитету Генералне скупштине. Оне су увек интервенисале када су њихови животни интереси (7) и основне концепције о развоју међународног права долазили у опасност. Типичан пример у овом погледу било је одбијање већине држава да прихвати обавезан и у многостран судски карактер арбитражне процедуре, усвојен од стране Комисије на инсистирање Жоржа Села (Georges Scelle), у коме су принципи поштовања суверене воље држава били доведени у питање. Тај нацрт прихваћен је коначно као необавезан модел правила и постао можда помало неоправдано предмет критике која се стално понавља када се жели указати на негативан однос Комисије према жељама држава. Као што се може видети из наведених примера, државе су ипак показивале одређено интересовање за рад Комисије али њихов допринос у оквиру Правног комитета Генералне скупштине није био онакав какав је требало очекивати имајући у виду да је кодификација и прогресивни развој по чл. 13 Повеље један од елемената развоја мирољубивих и пријатељских односа између држава и као такви стављени у задатак Генералне скупштине.

Али, како је општи друштвено-политички развој после Другог светског рата довео до низа измена у односу снага које се боре на међународном пољу, његов ефект осетио се и на овом сектору делатности светске организације. Са успехом борбе за ликвидацију колонијализма, која је довела до изванредног повећања броја чланова Уједињених нација, са осведоченом безперспективношћу у коју води свет сукоб између постојећих блокова сила или, боље речено, опасношћу самоуништења до које је овај сукоб довео савремену цивилизацију, и значајном афирмацијом политике неангажованости као широке политичке платформе за решавање

(6) Вид. ближе резолуцију Генералне скупштине 373 (IV).

(7) То је био, на пример, случај са покретањем питања за давање приоритета кодификацији дипломатског права од стране југословенске делегације на VII заседању као и предлогом Перуа да се приступи кодификацији права азила на XIV заседању.

постојећих међународних спорова мирним путем, морало је доћи до промена и у активности Уједињених нација на пољу међународног права.

Основни израз тих промена у садашњем тренутку је повећано интересовање Генералне скупштине за рад на кодификацији и прогресивном развоју међународног права. То интересовање дошло је до изражаја на два последња заседања Генералне скупштине на којима су донете одлуке у којима су се манифестовале неке нове тенденције у третирању ове делатности од стране држава чланица. Први пут од оснивања Уједињених нација Генерална скупштина расправљала је у појединостима о савременом стању међународног права, улози и значају Уједињених нација у његовом усавршавању и, посебно, месту кодификације и прогресивног развоја у овом процесу као и програму рада Комисије за међународно право. Резултат ове дискусије биле су резолуције 1505 (XV) и 1686 (XVI) у којима је оцртан пут којим би у наредном периоду времена требало да се креће делатност Генералне скупштине и Комисије за међународно право.

Но оно што је најзначајније у овим резолуцијама јесте оријентација коју је Генерална скупштина дала даљој активности на овом пољу. Превазиђена су уска правнотехничка схватања и кодификација и прогресивни развој међународног права стављени у оквир који одговара савременим политичким приликама. У овим резолуцијама подвучена је потреба већег коришћења међународног права ради уређења савременог света, као и узимања у обзир промена до којих долази у његовој садржини под дејством општег друштвено-политичког развоја. Генерална скупштина одала је признање Комисији за међународно право за њен досадашњи рад али је истовремено изјавила да Правни комитет треба много активније него досада да се бави питањима кодификације и прогресивног развоја. Дошли смо данас, по схватању Генералне скупштине, до таквог стања, када полазећи од циљева и принципа Уједињених нација, треба дати већи значај улози међународног права у напорима који се улажу за јачање међународног мира и за поштовање и неискривљену примену међународног права од стране свих влада, у циљу развијања пријатељских односа и сарадње између држава, приликом решавања спорова мирним путем као и ради подстицања економског и социјалног напретка широм света. Полазећи од раније донетих резолуција Генералне скупштине бр. 1236 (XII) и 1301 (XIII) које су се односиле на развијање међудржавних односа на основу принципа мирољубиве коегзистенције, Генерална скупштина расправљала је и о програму рада Комисије и на основу оцене садашњег стања међународног права, донела одлуку да Комисија размотри на своме заседању у пролеће 1962. досадашњи програм рада. Затражено је од ње да поднесе предлог свог новог програма рада на XVII заседању Генералне скупштине с тим што његова основа треба да буду, по схватању Генералне скупштине, питања уговорног права и одговорности држава (кодификација ових правила била је и досада на дневном реду Комисије) и сукцесије држава и влада (ово питање има изузетан значај данас кад се буквално из дана у дан сучељавамо са питањима ове природе услед формирања нових држава које морају одмах да

се баве решавањем питања сукцесија у односима са бившим колонијалним државама). А када овим наведеним одлукама додамо решење о стављању на дневни ред XVII заседања Генералне скупштине дискусије о принципима међународног права који се тичу мирољубиве и активне кооперације, или како је то речено у тексту резолуције 1686 (XVI), „пријатељских односа и сарадње држава на основу Повеље Уједињених нација“, значај одлука донетих на XV и XVI заседању о будућем раду на пољу кодификације и прогресивног развоја постаје више него очевидан.

Тај значај утолико више треба подвући јер је до усвајања ових резолуција дошло на иницијативу југословенске и других делегација неангажованих земаља (8). Тако се и у овој области рада Уједињених нација показао благотворан утицај оних држава чланица које, налазећи се изван блокова, у новим елементима насталим у послератном развоју траже путеве конструктивне међународне сарадње.

Обе резолуције прихваћене су једногласно али процес стварања ове једногласности био је веома сложен и изазвао је дискусију о најразличитијим аспектима постојеће процедуре и природе кодификационог поступка. Мада нико није био у стању да порекне потребу прилагођавања садашњег програма Комисије за међународно право новим условима, препреке су ницале једна за другом услед тежње да се даљи рад на кодификацији и прогресивном развоју међународног права одржи у досадашњим оквирима. На XV заседању основни сукоб се водио око тога да ли је Генерална скупштина надлежна по Повељи и Статуту Комисије да непосредно расправља о њеном програму рада. Изгласавање резолуције 1505 (XV) показало је да је ово питање решено у позитивном смислу, али у постављању овога питања показала се тежња да се путем задржавања програма рада Комисије у њеној искључивој надлежности, нагласи правнотехнички карактер ове делатности и умањи утицај који би Генерална скупштина односно њен Правни комитет, састављени од представника држава, могли да врше у овом погледу (9). Слична тежња показала се и у току дискусије вођене у Правном комитету у току XVI заседања. Не само чланови Комисије који су учествовали у раду Правног комитета већ нарочито представници великих сила, и посебно западних земаља, веома су се опирали сваком покушају озбиљније измене програма рада Комисије. Полазећи од правнотехничких карактеристика процеса кодификације који, по њима, тражи дуготрајну припрему (због чега не треба повећавати број питања на њеном дневном реду), они су захтевали да се избегавају контроверзна „политичка“ и „актуелна“ питања у погледу ко-

(8) Вид. говоре југословенског представника у Правном комитету др. Ђуре Нинчића (Doc. UN: A/C. 6/SR 652 и A/C. 6/SR 714 и A/C. 6/SR. 729). Говор са XV заседања објављен је делимично у „Југословенској ревији за међународно право“, бр. 1/61.

(9) То је био смисао амандмана поднетог од стране Аргентине, Канаде, Колумбије, Данске, Ирана, Либерije, Пакистана, Холандије, Тајланда, Туниса и Турске (A/C. 6/L. 472 и L., 473) којима је затражено да се разматрање програма рада Комисије задржи у надлежности Комисије. Наиме, у основном предлогу резолуције поднетом од стране Југославије, УАР, Ирака, Цејлона, Авганистана, Мексика, Гане и Венецуеле (A/C. 6/L. 467, и Rev. 1) ова надлежност није негирана али је истицана надлежност Генералне скупштине. Коначно је изражен компромис (A/C. 6/L. 472 Rev. 2) у коме је прихваћен предлог да се о програму Комисије расправља на XVI заседању скупштине. Влиже о овоме у нашем чланку Генерална скупштина и кодификација и прогресивни развој у часопису „Међународни проблеми“, бр. 1/61.

јих не може лако доћи до споразума међу постојећим блоковима сила. Истовремено са овим они су сматрали да не треба посветити већу пажњу примени поступка прогресивног развоја иако је та могућност у Повељи и Статуту Комисије посебно предвиђена и дозвољава расправљање о актуелним питањима независно од степена њиховог досадашњег регулисања у области међународног права. У овоме су се позивали на то што је при досадашњој кодификацији вршен и прогресиван развој обрађиваних области, те су наглашавали да овим путем треба и даље ићи како се не би, у случају радикалнијих захвата у методе досадашњег рада, покварило оно мало што је досада постигнуто на опште задовољство (10).

Иntenција неангажованих земаља које су покренуле ову акцију није била, међутим, да се поквари оно што је досада постигнуто већ да се подизањем ауторитета ове активности Генералне скупштине створе услови за појачано учешће свих држава чланица у стварању савременог међународног права, да се више узму у обзир потребе нових држава и да, на тај начин, и у овој делатности добију одређено место промене које су се догодиле у савременом свету и које утичу на измену принципа, правила и института међународног права, те да се у оквиру тога изврши и кодификација принципа мирољубиве и активне коегзистенције који треба да буду основа целокупног рада на кодификацији и прогресивном развоју. Мада до усвајања предлога о кодификацији ових принципа није дошло на XVI заседању Генералне скупштине, на коме је то предложила југословенска делегација, указивање на потребу да се расправља о њима и они протумаче као општа основа усавршавања међународног права у данашње време, добило је широку подршку. Ово се види из одлуке да се започне расправљање о принципима коегзистенције у оквиру посебне тачке дневног реда на XVII заседању Генералне скупштине. Иако је као главни аргумент против кодификације принципа коегзистенције истицан контраверзни политички карактер овог појма, западне силе су се врло брзо сложиле са идејом о расправљању о њима, признајући на тај начин да у данашњој међународној заједници, заснованој на изванредној разноликости друштвено-политичких и економских система, принципи коегзистенције треба да буду полазна тачка у процесу стварања међународног права. У дискусији навођена су и друга питања која заслужују посебну пажњу Правног комитета али сва та питања остављена су засада по страни и расправљању о правним принципима коегзистенције дат је приоритет (11).

Ако треба из досадашњег излагања извући неки најопштији закључак онда је то несумњиво констатација да је Генерална скупштина придала у току последње две године већи значај раду Комисије за међународно право и кодификацији и прогресивном развоју него икада раније.

(10) Видети ближе писмена мишљења влада у Doc. UN: A/4796 и Add. 1—8, као и изјављивања представника Велике Британије, СССР (A/C. 6/SR. 717), Бразила (A/C. 6/SR. 721) и САД (A/C. 6/SR. 722).

(11) То се види по садржини амандмана који су на предлог резолуције поднет од стране Југославије, УАР, Цејлона, Ирака, Авганистана, Камбоџе, Гане, Либије, Чехословачке и Румуније (A/C. 6/L. 492) поднели САД, Пакистан, Јапан, Дахомеј, Чиле, Грчка, Турска и Ирска (A/C. 6/L. 494), тражећи само измену термина „мирољубива коегзистенција“, као и уопште по току дискусије у Правном комитету (Вид. ближе Doc. UN — A/C. 6/SR. 713 до SR. 730).

На инсистирање неангажованих земаља продрла је теза да у настојањима за решавање спорова који раздиру савремени међународни развој треба придати већи значај међународном праву. Мада је јасно да међународно право не може да има у овом процесу централно место, јер нема способност самосталног деловања на решавање политичких проблема, ипак значај његовог поштовања и коришћења није мали ако се оно схвати као инструмент свакодневне политике држава. Другим речима, несумњиво је да од ефикасности и савршенства међународног права зависи бар у извесној мери и остварење тежње за постизање стања мирољубиве и активне коегзистенције која је данас предуслов сваког успешног мирољубивог развоја. После прихватања резолуција 1505 (XV) и 1686 (XVI) активност Уједињених нација на пољу међународног права добила је своје место у овим настојањима. Отворена је једна нова етапа у овој делатности и стога ће ове резолуције заузети посебно место у аналима светске организације.

Но ове две резолуције нису биле једина манифестација појачаног интересовања држава чланица за кодификацију и прогресивни развој међународног права. Исти смисао имале су и друге одлуке донете на XVI заседању Генералне скупштине. Повећан је број чланова Комисије за међународно право од 21 на 25 и омогућено новим члановима организације из Африке да буду боље заступљени у њеном саставу. Поред тога, извршен је избор и нових чланова Комисије који на основу чл. 8 њенога Статута треба да заступају све правне системе света и главне облике цивилизација. Но то није оно што бисмо желели да подвучемо. Важније је за нас то што су приликом доношења ових одлука на XVI заседању државе чланице показале много веће интересовање за решење ових питања. Дискусија о повећању броја чланова Комисије прешла је у Правном комитету оквир стандардног разматрања. Нов однос снага показао се и у одређеном захтеву совјетске делегације за повећање броја представника Источне Европе од 3 на 4 члана на рачун Западне Европе која располаже са 6 места, с тим што се могло приметити да је овај захтев наишао на одређени одјек код делегација азиско-афричког подручја (12). Центри интересовања за међународно право померају се и Западна Европа налази се у дефанзиви. Ова појава је дошла до изражаја и у чињеници да је за избор у Комисију предложен рекордан број од око 50 кандидата, што је још један пример заинтересованости држава чланица за рад Комисије за међународно право и кодификацију и прогресивни развој (13).

Према томе, може се закључити и на основу ових појава на које смо укратко указали, да кодификација и прогресивни развој међународног права

(12) Вид. ближе: A/C.6/SR 689 до SR. 700 и A/C6/L. 481 и Add. 1, L. 482 и L. 483 и Add. 1, и A/ 4805.

(13) Међу 25 изабраних нових чланова Комисије за међународно право налази се и наш проф. Бартош који је изабран великом већином. Поред њега, у Комисији налазе се: Ago (Италија), Amado (Бразил), Azechaga (Уругвај), Briggs (САД), Cadieux (Канада), Castren (Финска), El Erian (УАР), Elias (Нигерија), Gros (Француска), Kanga (Камерун), Lachs (Пољска), Liu (Кина), Luna Garcia (Шпанија), Padilla-Nervo (Мексико) Pal (Индија), Pessou (Дахомеј), Paredes (Еквадор), Rosenne (Израел), Tabibi (Авганистан), Тункин (СССР), Verdross (Аустрија), Waldock (Велика Британија), Tsuruoka (Јапан), и Yasseen (Ирак).

добиајау постепено шири друштвено-политички смисао. У условима изванредне међузависности држава, одређене јединством политичке и економске основе савременог друштва, централизација формалних извора међународног права, која се може извршити у оквиру Уједињених нација на универзалној основи применом поступака кодификације и прогресивног развоја, може да послужи као одређени допринос за стабилизовање савремених међународних односа. Ова делатност може, исто тако, да буде и одређена противтежа блоковској политици развијања регионалних правних система на интеграционој и другим основама, те је на тај начин и израз тежње за очување јединственог карактера међународне заједнице. Да ли ће и колико могућности створене прихватањем одлука о којима смо досада говорили бити искоришћене у овом смислу, друго је питање на које ће одговорити будућност.

Др. Милан Шаховић

ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ЗАШТИТЕ ОД ЈОНИЗУЈУЋИХ ЗРАЧЕЊА

1. — Историја људске заједнице обилује примерима опасности и удеса којима је био човек стално изложен. Они су долазили најчешће изненадно, у краћим или дужим временским размацама, са различитим дејством и трајањем или су се појављивали у одређеним временским циклусима. Обично, њихов исход је био драматичан за човека. Те категорије опасности везане су углавном за природне појаве које су се дешавале независно од воље човека и његове моћи да их предвиди и спречи. Једини начин одбране или борбе за опстанак било је прилагођавање човека ономе што га окружује. У почетку то је била спонтана и несвесна реакција. Међутим, човек је постепено проналазио средства која су му омогућавала да у извесној мери искоришћава природну стихију за свој економски развој, чак и да регулише извесне појаве и снаге у природи пред којима је раније био немоћан. И управо тада се појављују нове опасности и долази до нових удеса, као непосредних резултата такве људске делатности. Борба против природне стихије и стални напредак људског друштва — и једно и друго резултат људског ума и његовог рада — у обрнутој је сразмери са несрећама које изазивају употребљена средства у том вечитом кретању напред. Другим речима, резултат човековог рада није само корист и напредак већ се као њихов корелатив стално појављује и опасност, односно ризик и штета.

У свакодневном животу то значи да су се поплавама, земљотресима и пожарима придружиле саобраћајне несреће, несреће у индустрији, несреће изазване употребом машина, синтетичких материјала, хемикалија, итд., и да човек својом делатношћу, стварајући стално све нове и нове изворе напретка, ствара и нове изворе опасности. Али сада се не може више говорити само о прилагођавању човека ономе што га окружује. Човек је тај који треба да одлучи о квалитету и квантитету односа између ризика и користи и да у сваком случају покуша да проналажењем одго-

варајућег поступка у највећој могућој мери смањи, ако не може да сасвим отклони могућност настанка штете. Постигнута корист и остале погодности морају се ценити и у односу: интерес друштва као целине и интерес појединца, при чему ће ризик личне штете бити често жртвован интересу заједнице. Најзад, човек је тај који треба да одлучи о томе коју нову појаву треба свесно уврстити у разноврсну и многобројну збирку опасности.

Управо таква једна појава, за коју је човек нашао да је потребно признати је као могући извор опасности, јесте јонизујуће зрачење. То је данас већ опште позната и усвојена чињеница. Стални развитак науке и проналажење нових могућности за примену нуклеарне енергије проширује, поред осталог, и проблем здравствене заштите од штетног дејства природних и вештачких радиоактивних елемената употребљених у медицинске, индустријске или истраживачке сврхе. Заштита здравља у погледу излагања живих бића дејству јонизујућих зрачења дуго је била проблем везан за појединачне случајеве. До четрдесетих година овог века, опасности су биле практично ограничене на медицинско особље које је употребљавало непосредно у свом раду α и γ зраке, на уску категорију индустријских радника и сарадника у истраживачким лабораторијама. Данас се ситуација потпуно изменила. Поред непосредног дејства на озрачену живу материју, јонизујуће зрачење изазива и посредне последице које постају приметне тек касније у виду телесних и генетичких оштећења, као резултат дужег процеса који се дешава у нападнутим живим ћелијама. С обзиром на ту чињеницу, очигледна је потреба да се предузму мере за обезбеђење заштите лица која професионално могу бити изложена дејству јонизујућих зрачења и целокупног становништва, као потенцијалног објекта таквог зрачења.

2. — Овакво стање ствари, које представља само један од аспеката примене нуклеарне енергије, тачније њених последица, нормално је довело до нових ситуација и у области права. Већ прва настојања да се административним путем регулишу производња, расподела и коришћење нуклеарне енергије, стварање посебних органа и давање широких овлашћења државним органима, уз ограничење слободе делатности појединца, садрже у својој основи и заматак покушаја да се обезбеди заштита живота и здравља живих бића и њихових потомака. Међутим, у току тог процеса, који је већ довео до стварања једне нове гране права — атомског права — показало се да је ова материја, ма колико сродна проблемима који су јој претходили и били познати до сада постојећој правној науци, пуна разних особености. У овом делу који нас интересује, та особеност је садржана прво у чињеници да правнику, уколико није случајно и лекар, није добровољно његово познавање права да би без помоћи стручњака из области природних наука могао створити правно уређење које би одговарало новим проблемима атомског ризика, безбедности и заштите. Стога, мада на правницима лежи обавеза правног нормирања заштите и безбедности човека, као неопходан претходни услов појављује се њихова сарадња са биолозима и здравственим радницима који треба да утврде где управо почиње опасност за живо биће, какве је природе она, у каквој је сразмери

са користима које су резултат употребе нуклеарне енергије и какве се све мере контроле и заштите морају и могу предузети.

Чињеница је да су до данас у многим државама донети бар основни прописи о заштити становништва од штетног дејства јонизујућих зрачења (1). Засновани на искуствима досадашње праксе и одређени, између осталог, и степеном развика науке, ови прописи су предмет сталних измена и допуна. Оно што је до сада у њима остало непромењено јесте основна и полазна поставка да зрачење представља опасност за жива бића и њихове потомке. Из овога даље произилази да свака употреба радиоактивних материја ствара опасност и ризик проузроковања штета, односно у овом случају и телесних оштећења. Посебна природа оваквих оштећења и немогућност да се њихове размере одмах сагледају, постављају с једне стране задатак пред биологе и лекаре да проуче и утврде каквим се све ризицима излажу људи од различитих извора и степена зрачења, а са друге стране, и особито док представници природних наука не буду дали боља решења од досадашњих, на правницима је да прописивањем одређених чињења, односно нечињења регулишу основне проблеме заштите.

У савременој правној литератури постоји потпуна подударност у схватању да је у вези са коришћењем нуклеарне енергије немогуће отклонити сваки ризик. Разумљиво, следећи јединствени закључак је да стога треба покушати да се ризик сведе на најмању могућу меру, односно да се створи равнотежа између ризика с једне, и разних користи са друге стране (2). Даље, подударност мишљења постоји и у погледу утврђивања да се на питање одговорности за насталу штету не могу применити постојећи позитивноправни прописи о грађанској и кривичној одговорности, такви какви су. Тачније, немогуће је утврдити одговорност за последице које ће можда постати видне тек у будућности јер би у таквом случају требало вршити прорачунавања у деценијама и вековима. Највероватније, само у ретким случајевима, бар у овом стадијуму развика науке, моћи ће се установити непосредна одговорност једног или више лица.

Резултат горњих ставова је и схватање да данас, правно регулисање заштите треба да има у првом реду превентивни карактер. На тај би се начин постигло то да степен опасности буде у непосредној сразмери са превентивним мерама предузетим у циљу заштите људских бића, и да користећи правну технику буде заштићен живот и безбедност човека и његових потомака.

3. — Прилично велика једнодушност у погледу основног проблема о превентивном карактеру правних норми за заштиту људи од јонизујућих

(1) Белгија: Закон о заштити становништва од јонизујућих зрачења (март 1958); Данска: Уредба о мерама безбедности при употреби радиоактивних материја (јуни 1955); Француска: Наредба о измени Законика о јавном здрављу у односу на јонизујућа зрачења (јануар 1959); Холандија: Уредба о заштити од јонизујућих зрачења (март 1957); Југославија: Закон о заштити од јонизујућих зрачења (април 1959); Нови Зеланд: Закон о радиоактивним материјама (1949); Шведска: Закон о заштити од радијација (март 1958).

(2) Тако и Francisco Torres Garcia: Some legal consequences of the safety problems associated with widespread use of radiation sources; Atomic energy and law — Interamerican symposium, Rio Pedras, 1950, pp. 78-84; L. Bugnard: La protection de la population contre les dangers resultant des rayonnements ionisants. Problèmes juridiques et administratifs de la protection dans l'emploi pacifique de l'énergie nucléaire, Bruxelles, Euratom, 1961, pp. 145-153.

зрачења врло брзо се мења чим се од општих проблема пређе на посебна, ужа питања. При томе мислимо прво на сам поступак обезбеђења заштите, затим ближе одређивање врста и природе опасности, утврђивање категорија лица изложених дејству радијације, предузимање техничких мера заштите, итд. Такво стање ствари нормална је последица немогућности да се већ данас сагледају сви потребни елементи из области природних наука, и прикупе сви технички подаци о изворима јонизујућих зрачења и њиховом дејству на живу ћелију који ће послужити као основа правног нормирања. Отуда је и процес стварања атомског права, односно атомског законодавства, везан непосредно за достигнућа у осталим грама наука које развијају знања о нуклеарним материјама. Последица такве везаности је и ситуација да се, с једне стране, врши позајмљивање правних института из већ раније образованих грана права и њихово прилагођавање новој ситуацији, а да се, с друге стране, покушава, што неминовно налаже особеност материје коју треба регулисати, са изналажењем нових и већим делом оригиналних решења.

Покушај да се у савременом стадијуму правног регулисања употребе нуклеарне енергије врши упоређење са раније формираним системима правних проблема показује да док су нека питања из опште проблематике, и нарочито онај део о организацији јавних органа који контролишу ту употребу, дослигла већ сасвим задовољавајући ниво, друга остају још увек у склопу са више или мање сродним проблемима. У овом случају таква је судбина са материјом заштите која се још увек налази најчешће у групи правила којима се регулишу грађанскоправне последице употребе атомске енергије (3). Пут издавања и осамостаљивања нових група питања, данас је већ сасвим очигледан. Општим схватањима да би се задовољавајућа правна ситуација могла постићи стварањем довољно ефективног нормативног система превентивног карактера, додаје се и обавеза разних специјализованих тела, одговорних за регулисање употребе нуклеарне енергије у одређеној држави да донесу посебне прописе о заштити. Да ли ће се том приликом применити систем уклапања нових правила у већ постојеће правне оквири, на пример, кривичног права и кривичног поступка (4), административног права или у одредбе о заштити уопште (5) за сада је то, сматрамо, другостепеног значаја. Много је важније питање како успети у што потпунијем обухватању проблема и ње-

(3) Проф. М. Бартош врши поделу нове правне дисциплине — атомског права — у три групе. За трећу групу која се тиче материје која нас интересује он каже: „Трећа група је још увек мешавина између две материје које ће се вероватно временом раздвојити. То су облигационо право које регулише дужност пажње, ризик и одговорност оних који су професионално заинтересовани за коришћење нуклеарне енергије, с једне стране, и заштитне мере при производњи и употреби атомске енергије, с друге стране. Те заштитне мере су различите: заштита ширег становништва; заштита трудбеника који непосредно долазе у додир при своме раду са атомском енергијом и најзад, заштита трећих лица којима се пружају услуге засноване на употреби атомске енергије“. (Из предговора за Збирку прописа о мирнодопском коришћењу атомске енергије, Институт за упоредно право, Серија, Е, бр. 31—32, с. I—VIII).

(4) У белгиском законодавству долази до непосредне примене одредби белгиског Кривичног законика и његових општих начела, посебно чл. 116—120 (J. Constant: La législation pénale belge concernant l'énergie nucléaire, „Annales de la Faculté de droit de Liège“, 1961, 1: pp. 5—33).

(5) У Француској, у Законик у јавном здрављу од 5 октобра 1953, посебна глава (књига V, вол. III, глава I, чл. 631—642) посвећена је вештачким радиоактивним материјалима.

говом задовољавајућем регулисању. Међу националним правним системима не може да постоји потпуна једнообразност у томе. Читав систем заштите, мада у основи превентивног карактера, неминовно зависи од степена развитка одређене државе, њеног економског и друштвеног уређења и нарочито, нивоа достигнућа природних наука. Ипак, досадашња искуства дозвољавају да се нека од постојећих решења искористе у том смислу што ће општа правила обезбеђења заштите и поступка спровођења заштите бити таква да ће их усвојити већина националних законодавстава. Тиме ће уједно бити створено и језгро за будућу унификацију и кодификацију правних правила о заштити од јонизујућих зрачења.

4. — Полазећи од општих проблема ка посебним и имајући стално у виду особености материје коју треба регулисати, као и решења која су до сада усвојена у позитивном праву, могуће је издвојити неколико главних питања са којима ће се правници неминовно сусретати и у фази стварања и доношења правних прописа и у поступку њихове примене. На првом кораку регулисања заштите од јонизујућих зрачења појављује се потреба утврђивања прецизних дефиниција и значења употребљених термина. То нарочито важи за опште прописе о коришћењу нуклеарне енергије, посебно у земљама које дају основна начела заштите већ у таквим прописима (6). Међутим, свакако да је боље да дође и до извесних понављања него да основни појмови остану недовољно јасни или потпуно непознати онима који су позвани да их примењују. Прописи који су доношени у току последње две деценије показују да је већина држава усвојила овакав поступак као резултат потреба које ствара свакодневна пракса.

Следећи веома значајан и сложен проблем јесте проблем планског и контролисаног развијања нове гране науке о нуклеарној енергији и њене примене у индустрији, у условима пуне безбедности. Ингеренција државне власти овде је неминовна и неспорна. У питању је само метод и поступак којима ће се постигнути жељени ефект без негативних последица. Завођење режима дозвола временски је везано за саме почетке истраживања и примене нуклеарне енергије. У то време, заштита и безбедност човека није била једини разлог да све фазе од експлоатације налазишта радиоактивних руда, преко њихове обраде, до коришћења нуклеарне енергије, буду подвргнуте строгом надзору и обавези придржавања детаљних прописа о поступку са радиоактивним материјама. Овакав закључак нарочито је везан за најранији период коришћења атомске енергије, када су контрола и ограничење информација потискивали сва остала питања у други план. Данас, међутим, размена искустава је много отворенија и слободнија, у свету постоји све већи број реактора и сва се питања у току процеса производње и коришћења нуклеарне енергије непосредно везују за питање заштите становништва од јонизујућих зрачења. Стога сматрамо да поменути режим дозвола треба заводити првенствено из разлога заштите здравља и живота људи и других живих бића. Њиме би требало обухватити производњу, употребу, превоз, увоз, извоз, поседовање и продају радиоактивних материја. Посебан режим требало би прописати за

(6) Аустралија: Закон о атомској енергији; 1953; Јапан: Основни закон о атомској енергији, 1955; Нови Зеланд: Закон о атомској енергији, 1945 (допуњен 1957); САД: Закон о атомској енергији из 1954 (допуњен 1958).

употребу машина и уређаја који стварају јонизујућа зрачења. Земље које су до данас донеле бар основне прописе из области заштите усвојиле су, скоро без изузетка, режим дозвола. Разлике ипак постоје у том смислу што су неке од њих донеле детаљне прописе о самим мерама заштите, у свим врстама и фазама поступања (7), док су друге ово пренеле у надлежност органа и установа за регулисање коришћења нуклеарне енергије (8).

Под претпоставком да ће се стално повећавати број установа и предузећа у чијем ће се раду било на који начин користити радиоактивни материјал, данас се већ може говорити о потреби разврставања поменутих предузећа и установа у неколико група, у зависности од значаја и степена опасности које стварају њихова постројења. Полазећи првенствено од степена опасности, као основног критеријума разврставања, белгиски законодавац у свом нацрту Општег правилника о статусу делатности које укључују јонизујућа зрачења на белгијској територији, сва таква предузећа дели у четири основне групе. Од врсте и степена ризика које стварају њихови уређаји зависиће и режим целокупног пословања таквих предузећа.

Груписање опасних предузећа имало би још једно преимућство. Наиме, посебна пажња која би се усредредила на пословање таквих предузећа створила би основ за пооштрене мере безбедности у предузећу и заштите људи који су у њима запослени. Још даље, требало би ићи на стварање „контролисаних“ зона, односно зона које би биле и видно обележене као „опасне“ зоне. Резултат таквог поступка и пооштрог режима контроле била би превентивна заштита и смањење опасности како за запослену радну снагу и оне који професионално користе нуклеарну енергију, тако и за шире становништво које може да буде изложено дејству радијације на посредан начин. Горе изнети предлози могу се сматрати као корак даље од досадашње убичајене праксе да се у прописима наведу врсте извора јонизујућих зрачења и све оно што „поред извора јонизујућих зрачења“ подлежи надзору, односно појединачног набрајања материјала и уређаја који представљају друштвену опасност.

Можда најсложеније и свакако централно питање заштите од јонизујућих зрачења јесте прописивање самих заштитних мера и поступак њихове примене. То нарочито, ако се појам заштите схвати у његовом

(7) У Јапану, Законом о спречавању опасности изазваних зрачењем радиоактивних изотопа, донетог јуна 1957, веома је детаљно регулисано питање услова издавања и коришћења дозвола за употребу и стављање у промет радиоактивних изотопа. За издавање дозволе надлежан је Генерални директор Агенције за науку и технику који цени податке из поднете молбе, и то нарочито податке о циљу и начину употребе, локацији и опреми просторија за употребу и смештај и просторија за отпатке. Један од основних разлога за неиздавање тражене дозволе јесте неодговарајућа техничка опрема, и независно од обавезног поштовања техничких стандарда, оправдана бојазан од опасности зрачења радиоактивних изотопа.

(8) У Финској, према Закону о заштити од јонизујућих зрачења, донетог априла 1957, дозволу за медицинске потребе, такође на основу писмене молбе, издаје Министарство унутрашњих послова, а Министарство привреде и индустрије за све остале случајеве. „Уз дозволу се могу прикључити правила која се тичу начина руковања, поступка претварања радиоактивних отпадних материја у безопасне; заштите од штетних последица јонизујућих зрачења као и осталих услова и упутстава за која се сматра да су неопходно потребни“ (чл. 3 истог Закона). У Југославији, према Закону о заштити од јонизујућих зрачења, донетог 1959, за издавање сличних дозвола надлежна је Савезна комисија за нуклеарну енергију, односно орган управе који она одреди. „Савезна комисија за нуклеарну енергију прописује посебне услове за постављање уређаја и постројења [...]“ (чл. 11 Закона о заштити од јонизујућих зрачења од 16 априла 1959, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 16/59).

ужем смислу, као заштита здравља и живота човека. Треба међутим одмах констатовати чињеницу да позитивно право у погледу овог проблема у великој мери заостаје за потребама праксе. Свакако да је ту неопходна веома уска сарадња биолога, лекара, техничара и правника. Управо подела надлежности између разних органа управе овде има свој пуни смисао. Најчешће, основним законским прописима послови заштите од јонизујућих зрачења се проглашују пословима од јавног и општег интереса и стављају у надлежност одговарајућих органа управе. То су, по правилу, министарство здравља, министарство рада и социјалне заштите или што је за сада ређи случај, тело специјализовано у материји заштите од јонизујућих зрачења (9). Међутим, и кад постоји организована служба за заштиту од јонизујућих зрачења — коју у пракси спроводе, углавном, инспектори разних специјалности — данас још увек остаје отворено питање самих прописа које ће у свом раду примењивати овакве службе.

У земљама са развијеном индустријом већ постоје службе за хигијенско-техничку заштиту. Прописи које примењују ове службе могу се сигурно великим делом користити и за ову врсту заштите. То је у многим земљама и учињено. Међутим, раније поменуте особености радиоактивних материја захтевају и посебне прописе о заштити. Приликом доношења таквих прописа требало би поћи од чињенице да се као предмет заштите појављује више категорија људи, са становишта односа човек — извор јонизујућих зрачења. Две крајности представљају: посленик у непосредном додиру са радиоактивним материјалом и обичан грађанин који може постати жртва јонизујућег зрачења посредно и као јединка која се уклапа у масу становника изложених опасностима радијације. О томе треба свакако водити рачуна приликом доношења посебних прописа о заштити.

Исто тако, неопходно је узети у обзир и све врсте извора јонизујућих зрачења, било природног порекла — као што су космичка зрачења, природни радиоактивни елементи у земљиној кори, природни радиоактивни елементи у људском организму, било да их је човек створио вештачким путем — као што су генератори, нуклеарни реактори и одговарајући хемијски уређаји, употреба радиоактивних елемената у медицини, индустрији и науци уопште, и нарочито вештачки радиоактивни елементи које је човек вратио у природу и тиме створио нову опасност загађивања воде, ваздуха и намирница. Чињеница је да се јонизујуће зрачење наведених извора знатно разликује и да зависи од низа посебних фактора као што су географски, геолошки, економски, итд. Ипак, стална опасност од радијације постоји и то како од спољне тако и унутрашње. Ове последње настају продирањем радиоактивних елемената у организам. Приликом установљивања прописа о заштити треба да буде узет у обзир укупан збир дејства и једних и других.

На основу података о интензитету штетног дејства јонизујућег зрачења на људски организам, посебно на генетичке органе, неопходно је

(9) У Јапану постоји посебан Савет за спречавање штетних последица јонизујућих зрачења, као специјализовани орган Агенције за науку и технику. У Француској постоји специјална Служба за атомску хигијену и радио-патологију, при Комесаријату за атомску енергију. У Новом Зеланду постоји посебан Савет за радиологију, као специјализовани орган Министарства здравља

утврдити и прописати максимално дозвољену дозу радијације за појединца и за укупно становништво. При томе, ова последња треба да буде нижа од дозе дозвољене за она лица која су професионално изложена дејству радијације (10). Поштовање утврђених, допуштених доза радијације биће могуће само под условом да се стално и савесно врши вишеструка контрола која такође треба да буде предмет правног регулисања. Ова контрола, најшире схваћена, требало би да обухвата контролу контаминације ваздуха, воде, земље и прехранбених производа, укључујући контролу радиоактивних отпадака и методе њиховог отклањања, затим стални и строги надзор услова рада, посебно изложености радијацији; прописивање посебних норми из области хигијене рада; мерење примљених доза код лица која су била изложена радијацији; редовне лекарске прегледе радника ради периодичног утврђивања здравственог стања и избегавања евентуалних последица радијације, итд.

Поштовање прописаних мера заштите, односно тог целокупног нормативног система коме се данас приписује превентивни карактер, треба да буде укључен у акцију националног законодавца у регулисању коришћења нуклеарне енергије у мирнодопске сврхе. Делимично, то се већ постиже на тај начин што се надлежност регулисања заштите распоређује међу најпозваније и најзаинтересованије органе управе (11). С друге стране, скуп правних прописа о заштити од јонизујућих зрачења који треба да обухвати све делатности у вези са нуклеарном енергијом, морало би да предвиди нарочито строге казне за случај њихове повреде. То захтева и појачана опасност коју ствара све шира примена новог извора енергије и још недовољан степен знања о последицама и негативном дејству јонизујућих зрачења на здравље и живот људи и њиховог потомства.

Др. Вида Чок

(10) Овим проблемом на међународном плану нарочито се бави Међународна комисија за заштиту од зрачења у сарадњи са Комитетом Уједињених нација за изучавање биолошког дејства јонизујућег зрачења и са Светском здравственом организацијом. Поменути Комисија врши прорачунавања доза које ће бити безопасне са генетичког становишта за већу групу људи, на основу израчунавања просека зрачења који је дозвољен за појединца, у току једне календарске године, рачунајући са просеком зрелог доба старости од 30 година. Даље, иста Комисија, проучавајући дозе примљене као последица коришћења атомске енергије у медицинске и индустријске сврхе, сва лица распоређује у неколико група и то: одрасла лица која су професионално изложена радијацији радећи у контролисаној зони где су индивидуалне дозе мерене а здравствена контрола осигурана; одрасла лица која раде у близини контролисаних зона али не раде на пословима који проузрокују јонизујућа зрачења; одрасла лица која могу случајно да уђу у контролисану зону због својих професионалних обавеза али се не сматрају да су професионално изложена зрачењима; становништво, укључујући и децу које живи у околини контролисаних зона.

(11) То су у Француској: Министарство рада за заштиту професионално изложених радијацији, Министарство унутрашњих послова за заштиту становништва, посебно од деструктивног дејства атомског оружја, Министарство индустрије за предузећа која стварају опасности радијације и Министарство јавних радова за питање транспорта опасних материјала. — То су у Италији: Министарство рада и социјалне заштите, Министарство за индустрију и трговину, Министарство за унутрашње послове, Министарство здравља, Министарство за трговачку морнарицу и Министарство саобраћаја (C. Giardina: *Relazione sul fondamenti di una legislazione per la protezione dalle radiazioni ionizzanti, Problèmes juridiques et administratifs de la protection dans l'emploi pacifique de l'énergie nucléaire*, Bruxelles, Euratom, 1961, pp. 59—68).

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРИЧЕНИ МАЛОЛЕТНО ЛИЦЕ

Маја 1957 „малолетник од 13 година С. С. бацио се на С. Ф. каменом и погодио га у око. Од тога ударца С. Ф. је ослепео на то око.“

С. Ф. као оштећени обратио се суду за накнаду штете. Тужбени захтев је управио против оца малолетниковог, тражећи да га суд обвеже на накнаду штете због изгубљеног вида.

Првостепени суд је обавезао оца малолетника С. С. да С. Ф-у накнади штету.

Врховни суд НР Босне и Херцеговине одлуком Гж. 1175/60 од 13 јануара 1961 сагласио се са пресудом првостепеног суда којом је обавезао оца малолетника С. С. на накнаду штете са ових разлога:

„Према правним правилима имовинског права о накнади штете тужени као отац лица које је тужитељу нанело повреду био би одговоран за штету коју је проузроковао његов малолетни син С. уколико овај у време повреде још није био навршио 14 година живота и уколико је штета настала услед тога што је занемарио потребан надзор над својим сином С. (правно правило из § 1309 ОГЗ у вези § 1308 ОГЗ). Да је тужени пропустио потребан надзор претпоставља се, па како његова обавеза на накнаду штете произлази из занемарења те дужности, то би се он могао ослободити ове обавезе ако би доказао да је у вршењу надзора уложио сву потребну пажњу. Тужитељ према томе није дужан доказивати да је тужени занемарио надзор над својим сином него је ствар туженог, ако тврди противно, да то докаже.

„Тужеников син С. рођен је 1944 године. Он је у време [...] када је тужитељ претрпео штету његовом радњом имао свега 13 година па не одговара за штету. Тужени није, по мишљењу овога суда, и поред предложених потврда успео доказати да је уредно водио надзор над својим сином, тј. није успео да обори претпоставку да је занемарио дужни надзор па је стога обавезан да тужитељу накнади штету, јер је његов син како то произлази из исказа сведока Сахиба С., крив за штету коју је тужитељ претрпео.

„Тачно је да је правилно васпитање деце један од основних услова за њихово добро понашање и правилан однос према другим лицима, али се у васпитању не исцрпљује потребан надзор над децом кога су родитељи дужни остварити да би се могли ослободити обавезе на накнаду штете коју су проузроковала њихова деца млађа од 14 година. Стога потврда Народног одбора општине Бреза [...] да је малодобни С. доброг владања, па ни потврда осмогодишње школе [...] да се је увек владао примерно, не доказују да је тужени водио потребан надзор над својим сином и да је контролисао како се опходи према другим напосе према својим друговима. Ако се има у виду да се је догађај збои предвече и да је С. гађао тужитеља камењем а да овај није њега изазвао нити је на њега бацао камење, како је то приказао очевидац сведок Сахиб, онда се из таквог понашања малодобног С. не би могло закључити да је тужени као његов отац водио над њим потребан надзор.“

Са наведеним разлозима Врховног суда НР Босне и Херцеговине сложио се и Савезни врховни суд (пресуда Рев. 881/61 од 23 јуна 1961 године). (Одлука објављена у часопису *Правни живот*, бр. 5, септембар—октобар 1961, с. 83.)

У вези с овим правним случајем постављају се два основна питања:

1. Одговорност родитеља за штету коју причини њихово малолетно дете. Одговорност родитеља за штету коју причини њихово малолетно дете спада у област одговорности за другог (за радње других односно трећих лица, како се често каже). Ова одговорност је у модерном грађанском праву опште усвојена. Она се оснива на релативној (оборивој) или апсолутној (необоривој) претпоставци о кривици родитеља. Наиме, у случају проузроковања штете од стране детета, претпоставља се да су родитељи занемарили дужност чувања и надзора над понашањем детета, због чега на њиховој страни постоји *culpa in vigilando*, те се и чине одговорним за његове штетне поступке.

О природи претпоставке о кривици родитеља у нашем праву не може се још ништа одређено рећи јер о томе нема позитивних прописа. По правним правилима нашег предратног права решења су различита: по неким претпоставка о кривици родитеља је релативна (на пример, по правилима Општег имовинског законика за Црну Гору, чл. 575), а по неким апсолутна (на пример, по правилима Српског грађанског законика, § 807). Сматрамо да нашем данашњем праву више одговара релативна претпоставка о кривици родитеља за штету коју причини њихово малолетно дете. Такав став је праведнији, јер с једне стране допушта родитељима доказивање да до њих нема кривице за штету коју је њихово дете причинило и тиме им омогућава да се ослободе одговорности у оправданим случајевима, а с друге стране не дира у право изјашњења одговорне стране (*audiatur et altera pars*) у погледу тако важне чињенице као што је њена кривица.

Родитељи одговарају за штету коју дете другоме причини за време док са њиме живи (1). Аналогно томе, родитељ са којим дете не живи, не одговара за штету коју оно другоме нанесе.

У погледу узраста малолетника до кога родитељи одговарају за његове штетне поступке, наша судска пракса и правна теорија су колебаљиве, али преовлађује становиште да ова одговорност постоји до навршења 14 година старости малолетника (такав став заузима и одлука коју разматрамо) (2). Ово становиште правда се чињеницом да почев од 15 године малолетник може да заснива радни однос и да самостално располаже својом имовином, дакле, својом делимичном пословном способношћу. Међутим, друга права чине родитеље одговорним за штету коју причине њихова деца све до пунолетства деце (на пример, француско право). Такво

(1) Међутим, родитељи могу да одговарају и за штету коју дете причини другоме иако са њима није живело, ако је проузрокована штета последица лошег васпитања детета од стране родитеља. Али, у овом случају кривица родитеља се не претпоставља већ је треба докзати, што значи да је у питању субјективна одговорност родитеља а не одговорност по правилима о одговорности за другог.

(2) Видети, на пример: одлуку бр. 102, Збирка судских одлука, књ. II св. 1, Београд, 1957, с. 173; одлуку бр. 364. Збирка судских одлука, књ. I, св. 2, Београд, 1956, с. 120; Михаило Константиновић: Облигационо право, скрипта, Београд, 1955, с. 127.

решење, чини нам се, више одговара сврси постојања одговорности за другог. Наиме, с обзиром да је ова одговорност установљена у интересу оштећеног (да би се могао наплатити), треба му у највећој могућој мери пружити могућност да оствари своје право на накнаду штете. Знатан број деце не ступа у радни однос у 15 години живота и не зарађује, нити пак има неке знатније имовине. Ако одговорност родитеља за њихове штетне поступке не обухвати период до њиховог пунолетства, нада оштећеног да од малолетника оствари накнаду проузроковане штете биће често илузорна (3).

С обзиром да у нашем праву оба родитеља имају једнак положај као носиоци и вршиоци родитељског права, поставља се питање природе њихове одговорности за штету коју учини малолетник, тј. питање да ли је та одговорност солидарна или заједничка (4).

Из правила нашег права да „родитељско право припада оцу и мајци заједно“ (чл. 2 Основног закона о односима родитеља и деце од 1947) и да „родитељско право родитељи врше споразумно“ (чл. 12, ст. 1, истог закона) као природан закључак следи да је одговорност родитеља за штету коју другоме причини њихово малолетно дете солидарна одговорност. Међутим, родитељско право не обухвата деликтну одговорност родитеља већ само права и дужности старања о личности (у смислу подизања и изградње личности) и правима и интересима њихове малолетне деце (чл. 1 и 6—11 наведеног закона). О деликтној одговорности родитеља за штетне поступке њихове малолетне деце законодавац тек треба да се изјасни кад буде регулисао област одговорности за штету. С обзиром да се солидарност не претпоставља већ мора бити законом предвиђена или уговорена, то се ни грађанска одговорност родитеља за штету коју причине њихова малолетна деца не може да сматра као солидарна одговорност већ као заједничка — подељена одговорност. А то значи да сваки родитељ одговара само за онај део накнаде штете који на њега отпада. Ако је тај део унапред непознат, што ће често и бити случај, суд мора да га одреди, ако се његово одређивање захтева (5). До решења *de lege ferenda* родитељи могу солидарно да одговарају за штету коју причини њихово малолетно дете само по општим правилима о солидарној одговорности у области проузроковања штете, али тада солидарно не одговарају као родитељи

(3) Може се приговорити да ни сва пунолетна лица са пунолетством не ступају у радни однос нити имају знатнију имовину. Међутим, број таквих лица је далеко мањи, па је мања и опасност по оштећеног да неће моћи реализовати своје право на накнаду штете. Осим тога, стицањем пунолетства малолетник се сматра одраслим човеком, тако да енише нема друштвеног оправдања за одржавање установе одговорности родитеља за његове поступке.

(4) У правилима у којима родитељи нису изједначени као носиоци и вршиоци родитељског права, за штету коју дете другоме причини одговара отац, односно шеф породице, а то је по правилу отац (на пример: у француском и швајцарском праву).

(5) Заједничка одговорност родитеља за штету коју другоме причини њихово малолетно дете производи за оштећеног две неповољне последице. Прво, постоји могућност да оштећени не оствари право на накнаду штете у целини због тога што један од родитеља не може да накнади део штете за који се чини одговорним. Друго, због разграничења односа између родитеља суд мора да утврђује одговорност свакога од њих утврђивањем удела у занемарењу пажње и надзора над дететом — дакле, утврђивањем кривице свакога од родитеља, мада се њихова одговорност према оштећеном сенима на њиховој претпостављеној кривини: утврђивање кривице родитеља, не будући непосредно везано за одштетни захтев оштећеног иде овом из уштрб, јер одузује судски поступак и противречи природи одговорности за другог као одговорности која почива на претпостављеној кривини одговорног лица.

већ као одговорна лица уопште према којима су се стекли законски услови за солидарну одговорност (6). Међутим, с обзиром да су у нашем праву оба родитеља изједначена у правима и дужностима која чине родитељско право, као и у вршењу тих права и дужности, било би умесно установити њихову солидарну одговорност када одговарају за штетне радње своје деце (7). У прилог овог решења иде и чињеница да се на тај начин пружа већа сигурност оштећеном да оствари своје право на накнаду штете. Садашње стање у нашем праву у погледу одговорности родитеља за штету коју причине њихова деца није, чини нам се, резултат одређеног става по том питању већ последица неизграђености нашег правног система. Ову празнину треба да попуне прописи о накнади штете.

У случају који разматрамо нека од истакнутих питања нису се пред судом постављала (на пример, питање солидарне или заједничке одговорности родитеља за штету коју учини њихово малолетно дете). Ми смо их поставили као питања која заслужују пажњу. Иначе, што се тиче одговорности оца као родитеља за штету коју је учинио његов син у овом правном случају, суд ју је правилно поставио и решио, чинећи га за њу одговорним. Истовремено суд је допустио оцу малолетног С. С. да обара претпоставку о својој кривици, али му није уважио изнете разлоге, јер је исправно стао на становиште да се „у васпитању не исцрпљује потребан надзор над децом“ и да потврда општинског народног одбора и потврда осмогодишње школе о добром владању његовог детета „не доказују да је тужени водио потребан надзор над својим сином и да је контролисао како се опходи према другим напосе према својим друговима.“

2. Одговорност малолетника за причињену штету. Према схватању Врховног суда НР Босне и Херцеговине „тужеников син [...] је у време када је тужитељ претрпео штету његовом радњом имао свега 13 година па не одговара за штету.“

О питању грађанскоправне одговорности малолетног штетника није се непосредно расправљало, у случају који разматрамо, већ се Врховни суд на њега узгред осврнуо. Међутим, схватање суда о неодговорности малолетника, макар и узгред изражено, ипак представља став суда о овом питању, те заслужује да буде разматрано.

Према општеусвојеном схватању савременог права и правне теорије, малолетник који причини штету може за њу да одговара. Његова одговорност оснива се на кривици, тј. на правилима о субјективној одговорности. Да би оштећени остварио право на накнаду штете од малолетника, мора да докаже његову кривицу, што повлачи претходно утврђивање малолетникове способности за расуђивање.

По неким правима малолетник може да одговара за штету коју причини без обзира на узраст, тј. од рођења до стицања пунолетства, ако је био способан за расуђивање у моменту проузроковања штете и ако му

(6) На пример, кад штетени свој одштетни захтев оснива на субјективној одговорности родитеља, чинећи их непосредно кривим за штету коју је учинило њихово малолетно дете (на пример, наговорили су дете да учини штету), а обим кривиче сваког родитеља не може тачно да се утврди.

(7) Позивајући се на то да „родитељско право према деци врше оба родитеља заједнички“, проф. Михаило Константиновић сматра да „они одговарају солидарно за штету коју би проузроковала њихова деца“ (н. д., с. 129).

се наношење штете може уписати у кривицу (на пример, по француском праву — чл. 1310 Code civil-а; и швајцарском праву — чл. 16 и 19 Грађанског законика). Нека права сматрају малолетника до извесног узраста грађанскоправно неодговорним, а после тог узраста само уколико је способан за расуђивање у моменту проузроковања штете и уколико се утврди његова кривица (на пример: бивше српско право — § 807 Грађанског законика; и немачко право — § 828 Грађанског законика) (8). Међутим, граница малолетникове неодговорности за штету не иде углавном даље од 7 година, што значи да малолетник који има 7 и више година одговара за штету ако су испуњени наведени услови. Граница неодговорности малолетника која би ишла изнад 7 година, као и у израженом схватању Врховног суда НР Босне и Херцеговине — ако границу уопште треба одређивати, не би била у складу са оним што је већ давно у праву установљено и што се показало као животно оправдано. То тим пре вреди у наше доба кад деца, у односу на детињство својих родитеља и њихове представе у то доба, представљају стармале. Изражено схватање Врховног суда НР Босне и Херцеговине о неодговорности малолетника у правној ствари коју разматрамо противречи његовом изричитом закључку да је син туженог „крив за штету коју је тужитељ претрпео“, јер, ако је неко крив за штету, онда он може за њу и да одговара.

Према томе, у случају када малолетник причини штету, оштећени може да бира од кога ће да тражи накнаду: од његових родитеља или од малолетника. Ако постоји солидарна одговорност, он може да захтева да суд солидарно обвезе и родитеље и малолетника да му накнаде штету. Међутим, малолетник је по правилу лице без или без довољне имовине, тако да оштећени ретко може да реализује право на накнаду штете иако постоје услови за одговорност малолетника. Отуда је њему лакше (јер не мора да доказује кривицу родитеља) и сигурније (јер родитељи по правилу имају имовине) да накнаду штете тражи од родитеља малолетника. По намирењу оштећеног родитељи имају право регреса према малолетнику под условом да се наношење штете може малолетнику уписати у кривицу (9).

Сходно изложеном, став Врховног суда НР Босне и Херцеговине о неодговорности малолетника у овој правној ствари не може да се прихвати. Он је у супротности и са правном теоријом и са позитивним правом. Његово прихватање водило би изједначавању грађанскоправне и кривичноправне одговорности малолетника која малолетника чини кривичноправно одговорним тек са навршењем 14 година живота. Међутим, између ове две врсте одговорности у праву постоји суштинска разлика уопште, па и по питању одговорности малолетника за деликтне радње.

Др. Живомир Ђорђевић

(8) Изузетак од неодговорности представља одговорност малолетника са разлога правичности (видети, на пример, § 829 Немачког грађанског законика).

(9) О овом питању постоји и супротно схватање. — (О праву регреса родитеља према малолетној деци у случају кад родитељи накнаде штету коју она причини видети др. Богдан Лоза: Обвезивање родитеља да накнаде штету проузроковану од малолетне дјеце, „Годишњак Правног факултета у Сарајеву“, IX, 1961, с. 62—65.)

Милан Влајинац: РЕЧНИК НАШИХ СТАРИХ МЕРА У ТОКУ ВЕКОВА,
1 свеска. Београд, 1961, издање Српске академије наука, 136 с.

Има близу шест деценија како се 1903 у Јени на немачком језику појавило прво обимно дело овог аутора посвећено аграрноправним односима средњевековне Србије. У својим каснијим радовима он се бавио многим проблемима наше привредне историје, етнографије и слично. Нарочито познати и запажени радови проф. Влајинца односе се на питања мобе и позајмице (Београд, 1929) и на кулучење ван места становања од Средњег века па надаље (Београд, 1932). Он се такође бавио и историјом производње памука у нашим крајевима, улогом радне стоке у пољопривреди и другим сличним проблемима.

Најновији рад овог аутора *Речник наших старих мера* посвећен је приказивању настанка и еволуције разних врста мера у појединим југословенским подручјима, и то почев од доласка српско-хрватских и осталих словенских племена на Балканско полуострво па све до наших дана. Иза на изглед непривлачног наслова овог дела крије се у ствари мноштво врло интересантних података и анализа које се односе не само на питање мера, него нам истовремено приказују и постепени развитак производних снага и у вези с тим и друштвено-економски развитак у појединим нашим покрајинама.

Цео рад подељен је на два дела. Уводни део носи наслов „Општи развој мера од досељења Срба и Хрвата до наших дана“ и обрађује прво развој и стање мера до завођења метарског система мера, а затим се опширно бави завођењем метарског система. Други и најважнији део рада је у ствари сам речник мера, где се на око 30 страница густог текста дају азбучним редом најдетаљнији подаци о појединим мерама. У оквиру прве свеске обухваћени су само појмови који почињу словом А, док ће остали називи мера, заједно са многим корисним објашњењима, бити обрађени у наредној свесци. Аутор је при изради како уводног дела, тако и речника користио веома обимну литературу из области историје, етнографије, економских наука, књижевности, а служио се исто тако и архивском грађом, као и сличним изворима.

У првом делу увода аутор нас упознаје са исконским народним мерама за дужину, површину, тежину и запремину које су почев од VI и VII века па надаље употребљавала поједина словенска племена на Балкану и посебно на подручју данашње Југославије. Из тих излагања видимо да су ова племена постепено прихватала поједине римско-византиске мере али да су уз њих још дуго после тога задржали и своје старе мере. Доцније, нарочито од XIII века, почињу се у приморским крајевима примењивати и млетачко-италијанске мере. Паралелно са турским освајањима продиру на Балкан и посебно у Србију, Македонију, Босну и друге покрајине — турске мере. Почев од XV века па надаље у северним и западним подручјима наше земље све више ће продирати и дуго ће се задржати разноврсне аустро-угарске мере. Уз њих су у свим југословенским покрајинама биле примењеване и разне француске, енглеске и сличне мере које су долазиле из других земаља.

Постојање овако великог броја разноврсних мера и недостатак једног ма каквог јединственог мерног система онемогућавали су развој робног

промета на широј основи. Аутор нас у току даљих излагања упознаје са напорима који су били предузимани у вези са јавним контролисањем и жигосањем мера у појединим нашим подручјима, са изналажењима и обележавањем тзв. узорних мера, као и са завођењем јавних кантара и вагонаца, што је све имало великог значаја за развитак трговине и оживљавање привредне активности. Посебно су интересантна излагања аутора која се односе на борбу против лажних мера и кривог мерења. У вези са овим можемо са жалошћу да констатујемо да су ондашње власти, много више него што се то данас чини, водиле рачуна да онај ко се једном ухвати да криво мери не добије могућност да такву грешку поново учини. На пример, у Дубровнику је 1389 било прописано да је продавац соли са фалсификованим мерама имао платити казну од 50 перпера за сваку такву меру, а поред тога никад више за читава живота није могла бити продавац соли. А онај мерач соли који се ухвати да намерно мери кривим мерама или не мери исправно правим мерама — поред новчане глобе и доживотног дисквалификовања као мерача соли — ишао је и у затвор (с. 41). Јавни интерес и сигурност у размери и промету, у условима када су постојале тако многобројне и разнолике мере, захтевали су увођење и примену и много строжијих, често и драконских казни за употребу кривих мера и за закидање при мерењу, мада не изгледа да су све те санкције биле довољне ефикасне.

Највећи део својих излагања у уводном делу аутор је посветио завођењу метарског система у појединим подручјима која су касније ушла у састав данашње Југославије. Иако је метарски систем био у Француској прихваћен 1795, односно 1800, после чега се постепено ширио и у другим земљама, — у југословенским покрајинама он се почео примењивати тек у другој половини XIX века (ако се изузму Илирске провинције — 1809—1813). Овај систем се најпре почео заводити у областима које су биле под Аустро-Угарском, да би се касније проширио и на Србију, Босну, Херцеговину, Црну Гору и Македонију. Међутим, премда је у свим овим покрајинама метарски систем био формално и законски већ уведен и премда је он био насушна потреба буржоазије која је у том времену настала и јачала, — ипак је требало још доста времена да се истисну из употребе разнолике старе мере. Зато ће и између два светска рата бити потребно да се настави са борбом за елиминисање старих мера и за сузбијање кривог мерења. Аутор нас врло детаљно упознаје са многим прописима и корацима који се не само у периоду до 1941, него и после ослобођења предузимају у вези с тим у нашој земљи. Његове анализе и излагања обухватају у ствари прописе и мере које су у овом погледу биле код нас доношене све до почетка 1958.

У закључку својих излагања аутор констатује да се завођење јединственог метарског система мера у јавном промету може углавном сматрати решеним у свим нашим областима. Али у исто време он наглашава да никада ни општа употреба најсавршенијих мерила на метарској основи неће успети да коначно искорени покушаје неисправног мерења на најразноврсније старе и нове начине. Зато ће стално бити потребна ваљана организација сталне јавне контроле мера и мерења широм целе земље којом ће руководити искусни и савесни стручни кадар.

Књига *Речник наших старих мера* резултат је дугог и напорног рада аутора. Она је припремана и рађена савесно и са љубављу једног страшног истраживача и у њој су са свих апсеката разматрани улога и развој мера и мерног система. Овај речник мера — када буде у потпуности објављен, заједно са уводом који је приказан у овом напису, свакако ће постати неопходан и врло користан приручник не само свим онима који буду изучавали привредну историју наше земље, него и онима који се буду бавили разним економским, етнографским, историјским и осталим проблемима везаним за прошлост наше државе и појединих наших народа.

Dr. Jože Juhart: *CIVILNO PROCESNO PRAVO FLR JUGOSLAVIJE*. Ljubljana, 1961, izd. Univerzitetne založbe, 654 s.

Редовни професор Правног факултета у Љубљани, др. Јоже Јухарт, објавио је крајем прошле године свој систем Грађанског процесног права, у издању Универзитетне založbe. Књига обухвата само парнични поступак и основе организације судова, укључујући и уставна начела о правосуђу. Са своје 654 стране велике осмине, штампане петитом, ово дело представља најобимнији систематски приказ ове правне области који је у Југославији до сада објављен.

Градиво књиге подељено је у четири дела. Први је посвећен општим учењима. За распоред материје у овом делу, карактеристично је да су основна начела изложена већ у другој глави, а да је излагање о правосуђу као функцији одвојено од излагања о суду као процесном субјекту и образује трећу главу. Учење о странкама и радњама долази тек после тога (гл. 4. и 5). Друштвени значај поступка приказан је кроз његов историски развој. Први део се завршава учењем о трошковима (гл. 6). У другом делу приказан је ток поступка (гл. 7—18). Тим делом обухваћена је и материја доказивања (гл. 12) и пресуде (гл. 15). Посебни поступци, заједно са изабраним судом, предмет су трећег дела (гл. 19—27), док је поступак пред привредним и војним судовима издвојен у четврти део књиге.

Дати детаљну слику једног овако обимног дела немогућно је у оквиру овог приказа. Задржаћемо се зато само на оним местима на којима се говори о општим спорним питањима процесне теорије. Одмах треба подвући да проф. Јухарт није прешао ни преко једног од тих питања. И тамо где не заузима сасвим одређен став, он износи све елементе проблема и опречна мишљења, што читаоцу омогућује да прихвати оно од њих које му изгледа најубедљивије.

По питању природе процесноправних норми, проф. Јухарт, у складу са модерном науком, јасно разликује диспозитивна правила — чији су адресат странке, од дисјунктивних — које су упућене суду (с. 5. и 6). — Као и сви савремени процесуалисти који су своју основну научну формацију стекли под утицајем средњоевропске теорије, и аутор је присталица учења о процесноправном односу (с. 12 и 13). Не може се са сигурношћу закључити да ли он тај однос схвата као тространи, или као однос између сваке странке и суда. За прво од ових схватања, проф. Јухарт наводи аргумент који свакако одговара немачком позитивном праву: да странке неке радње предузимају према суду, друге према противнику. (Да ли би се тај аргумент могао употребити и за наше право?) — Иако усваја основицу Голдшмитовог (Goldschmidt) учења да парничне радње странака нису израз неке њихове дужности него терет, аутор ипак прихвата постојање права и дужности у процесном односу (с. 13). Иначе, мишљења смо да је, с обзиром на обим књиге, Голдшмитову теорију требало детаљније изложити. — У погледу проблематике правозаштитног захтева, аутор је у закључку присталица монистичког учења. Он усваја становиште Розенберга (Rosenberg), по коме анализа претпоставки за постојање тог захтева доводи до разликовања између допуштености и основаности тужбе (с. 14—17). — Особиту пажњу заслужују излагања о односу материјалног и процесног права, која аутор развија на подлози ставова дијалектичке филозофије о односу садржине и форме. Проф. Јухарт одбацује Хегелово мишљење о самосталности егзистенције облика, јер би оно значило правозаштитни систем без предмета заштите, што је неприхватљиво. Али, он — по нашем мишљењу, сасвим оправдано — узима да облик, кад једном настане, има своју релативну самосталност, и утиче на садржину. (Можда је баш за ову последњу поставку требало пружити примере о утицају процесног права на материјално.)

Излагања о процесним начелима су врло детаљна. Занимљиво је да аутор и припремне поднеске сматра за одступање од начела усмености.

Другим речима, суд је дужан те поднеске узети у обзир као и тужбу или одговор на тужбу (с. 43). — Поводом начела обостраног саслушања, проф. Јухарт, ослањајући се на мишљење Шперла (Sperl), закључује да и у нашем праву треба одбацити конструкцију како афирмативне тако и негативне литисконгестације за случај изостанка туженог са припремног рочишта (с. 51). — Излажући начело материјалне истине, аутор истиче да истина о чињеницама у прошлости, до које суд у поступку долази, нема карактер апсолутне истине, што не сме да буде аргумент за агностицизам (с. 53). — Параграф о начелу савесног парничења садржи посебан осврт на питање правних средстава против правоснажне пресуде издејствоване на долозан начин. *De lege lata*, аутор оставља отворено питање да ли ће наша пракса против такве пресуде дозволити, осим предлога за понављање поступка, и посебну тужбу, засновану на чл. 8 ЗПП. *De lege ferenda*, он за такав случај препоручује установљење новог разлога понављања (с. 69). — Треба нагласити да проф. Јухарт убраја у начела парничног поступка већи број принципа него што се то обично чини. Тако су, на пример, за њега посебна начела: убрзање поступка, подједнак значај поступака (у оквиру кога излаже претходно питање), везаност за акте других органа, итд. Поводом овог последњег, писац правилно примећује да је грађански суд везан и ослобођавајућом пресудом кривичног, ако је кажњива радња елемент чињеничког стања које закон прописује за неко субјективно право, као на пример у случају из чл. 20 Закона о застарелости потраживања. Исто тако, суд је везан за управни акт код правна последица проистиче из једног чињеничког стања у коме је управно-правно питање елемент (с. 82). Слично томе, на другом месту проф. Јухарт каже да су судови везани за управни акт у свим случајевима у којима је управни орган одлучио о неком питању из своје надлежности, од прејудисициелног значаја за грађанског судију (с. 93). (Мислимо да не треба одбацити могућност одступања од овог правила, и то у случају кад се као рефлекс управног акта рађа обавеза неког трећег лица које није имало прилике да утиче на исход управног поступка.) Ни овде навођење примера не би било сувишно, него би, баш напротив, имало инструктивну вредност.

У материји странака и заступника, проф. Јухарт заступа становиште да је јавни тужилац заступник у случајевима из чл. 9 ЗЈТ (с. 125 и 126). Привремени старалац заоставштине (чл. 134 ЗН) је орган у поступку, дакле странка, ако су наследници непознати. Супротно томе, он је, по мишљењу аутора, само заступник ако је пребивалиште наследника непознато (с. 176). — Али, у првом случају он је странка-орган, те парницу води са дејством према наследницима. Предузеће у принудној ликвидацији има, исто тако, својство странке (с. 176). — За процесне уговоре, проф. Јухарт констатује да представљају недовољно проучено подручје. Он се не опредељује ни за материјалноправну ни за процесноправну теорију о овим уговорима (с. 204). О појединима од њих, он говори на одговарајућем месту. Тако, он усваја модерно становиште да је уговор о повлачењу тужбе пуноважан, те се несумњиво може покренути парница за осуду на давање изјаве о повлачењу. Он чак не одбацује могућност да се у текућем поступку, по приговору туженог, тужба прогласи за повучену, или да се можда одбаци као недопуштена (с. 286). Слично томе, пуноважан је и уговор којим се странка одриче употребе правног лека (с. 471). Занимљиво је да овде проф. Јухарт усваја без резерве становиште савремене немачке науке (Rosenberg, Nikisch) и праксе, прелазећи преко старијег (али још увек прихватљивог!) гледишта по коме странка не може уговором ограничити слободу свог процесног понашања, осим у случајевима у којима закон такву могућност изрично предвиђа (Hellwig, Goldschmidt). — И за проф. Јухарта је проблем предмета спора централни проблем процеса догматике, који се може посматрати и независно од позитивног права. По његовом мишљењу, текстови нашег Закона о парничком поступку упућују

на закључак да за наше право треба усвојити материјалноправну теорију. *De lege ferenda*, аутор се изјашњава за екстремну („чисту“) процесну теорију (К. Н. Schwab). Ми бисмо се са аутором сложили да та теорија пружа пракси једно просто решење замршених питања (с. 270), али је несумњиво и то да ни она — мада је наишла на снажан одзив код угледних немачких теоретичара, као што је Розенберг — са становишта правне догматике није до краја доследна, јер питање истоветности у случају приговора правоснажно пресуђене ствари не решава по истом принципу као у случају литиспенденције и преиначења тужбе. Овој проблематици требало је, с обзиром на њен значај, поклонити више простора, а нарочито на једном практичном примеру извести разлике између три основна става. — У материји правоснажности, проф. Јухарт је присталица процесноправне теорије (с. 450 и 451).

Као што смо рекли, битна одлика књиге проф. Јухарта је њена потпуност: Уз догматику позитивног права, изнета је и општа теорија процеса; објашњење појединих устанаова пропраћено је правнополитичком оценом; уз позитивно право даје се често упоредноправни и историски осврт. На крају, ваља истаћи да је велики простор рационално искоришћен. Упркос свом обиму, књига је написана концизним стилем кратких реченица, без великих увода и непотребних понављања. Пружајући увид у последње стање науке, ово дело биће драгоцен извор обавештења за правника који се интересује теоријом Грађанског процесног права. У исто време ће и практичар наћи у овој књизи путоказ за одговор на питања сак ојима се у свом раду среће. Најзад, дело проф. Јухарта — иако не представља типичан уџбеник — послужиће и студентима за спремање испита. Написано на нивоу европске науке, оно чини част и југословенској.

Б. Познић

Рене Давид (у сарадњи са Х. Ц. Гутерицом и Б. А. Уортлијем): *УВОД У ПРИВАТНО ПРАВО ЕНГЛЕСКЕ*, Београд, 1960, Институт за упоредно право, с. 262.

Савременом правнику је све теже да прати правну књижевност која се врло брзо развија. Кад ово важи за његову најужу специјалност, то је утолико пре случај са литературом из правних грана који су на изглед удаљени од њега али су му у ствари у извесној мери потребне за шири поглед у његовом раду. Правну науку и правне системе данас осваја процес брисања граница између тзв. јавног и приватног права, уколико је та демаркациона линија икад била нешто заиста много више од фикције своје врсте. Према томе, за цивилисту, рецимо, није довољно да се само усавршава у оним јавноправним институтима који су већ уоквирени у грађанско право. Он мора стално да буде у току бар најгрубљих контура јавног права као таквог. То је само једна од многих појава у којима се уобичајава парадокс нашег доба — привремена неопходност све уже специјализације и једновремена нужност, за сада више у перспективи, образовање свестрано развијене личности.

Систематика дела проф. Давида и осталих коаутора буди вољу да се превазиђу једностранни хоризонти професионалне специјалности на правном терену, баш да би се она потврдила на вишем нивоу. Испреплетаност тематике — енглеско приватно право — са извесним делом проблематике осталих правних грана указује цивилисти да сферу својих истраживања не сме изоловати од тзв. јавноправних проблема, тежећи некој немогућој чистоти цивилистичког начина и предмета обрађивања. С друге стране, то узајамно прожимање, реализам енглеског правника,

који од давнина није делио право на приватно и јавно, итд., подсећа човека који ради на питањима тзв. јавног права да, у епоси појачавања јединствености права и у теорији и у пракси, не превиди корисност допунског познавања релевантних питања из приватног права и њиховог сталног обнављања у свести. Поводом тога, приметили би смо да би потпуније била изражена концепција дела о коме пишемо да су неки додаци, као што су они о административном и кривичном праву, а поготову о закону у Енглеској, дати у главном тексту.

За континенталног правника, дакле и за југословенског, особито је важно и привлачно дело овакве врсте, обрада једног права које је у многome свет за себе у односу на континентално право, а такође и његово поређење са истакнутим правом континенталног система, француским правом.

Писци ове монографије оличавају позитивно настојање да се историјски и логички што дубље продре у садржину и форму њеног предмета. Почиње се са скицом историје енглеског права — од врло старог права (ранофеудалног) преко стварања и процвата *common law*-а до савременог права 1832. Међутим, у испитивању историје и структуре енглеског права, што представља главнину студије, они изазивају асоцијације на Савињијеву историјску школу која није одмакла даље од објашњавања права „духом народа“. До чега то доводи увиђа се, рецимо, приликом набрајања особености енглеског правничког духа. Према ауторима „Оне се [...] везују за историјске појаве и основна правила за која се [...] не може рећи да ли су узрок или последица правног духа Енглезе. Одсуство кодификације [...] на пример, може подједнако оправдано бити сматрано и као природни производ овога духа и као нешто што га је створило“ (с. 143). Свакако да узајамно дејство постоји, али је немогуће примити поставку да ни једна од ових страна које дејствују једна на другу није утицајнија и, још више, не долази се до крајњих социолошких законитости развитка енглеског правног система. Због тога не би било на одмет ако би наредне публикације ове категорије (Серија X) биле опремљене са исцрпним предговорима односно краћим студијама.

Исто тако, може се упутити примедба на ауторово тврђење да је феудализам дошао у Едглеску тек са Норманима. У ствари, Нормани су са својим вишим ступњем феудалног развитка подигли на виши степен већ постојећа ранофеудална обележја енглеског друштва под Саксонцима; али су их Нормани развили у толикој мери да, како и сами аутори кажу, резултати у сваком случају превазилазе консеквенце феудалног развитка у Француској у то време. Ступањ централизације у норманској Енглеској у том добу је био врло много већи с тим што је имао и изразитих војничких карактеристика. Можда би се могло рећи да је тадашња Енглеска већ била на путу која води од децентрализованог феудалног система ка клицама апсолутне монархије. У тој чињеници што, с једне стране, децентрализовани феудализам у Енглеској није никада стигао да се развије у пуној мери, и што су, с друге стране, остаци самоуправности појединих заједница били доста јаки, лежи објашњење за онај на први поглед необичан континуитет и традиционалност енглеског права. Традиционалност у толикој мери да се, на пример, „у једном спору пресуђеном 1932, странка [...] позвала на одлуке донете 1409 и 1425 године да би убедила судију да је тужени одговоран за штету коју је проузроковао један плински штедњак 1929“ (с. 5).

Елементи феудалне децентрализације се нису толико развили у Енглеској да би изазвали потребу за стварањем тако јаке апсолутне монархије, као што је била, на пример, француска апсолутистичка краљевина коју је опет било могуће ликвидирати само употребом изразито насилног пута који доводи до знатног дисконтинуитета.

Главнину другог дела „Извори и структура савременог енглеског права“ испуњавају излагања о изворима: закону, обичају, судским одлукама,

разуму и *equity*. У том комплексу судске одлуке представљају за континенталце најзамршеније питање. Стога их писац рашчлањава на ове елементе: хијерархија судова, форма судских одлука и функционисање система прецедената.

Епилог овог дела је глава о структури и духу енглеског права. Без тога је слика о енглеском праву недовршена. Писци кажу: „Независно од терминологије која прети да француског правника доведе у заблуду, видели смо да извори енглеског права нису исти као извори француског права [...] не играју исту улогу и не могу се посматрати на исти дачин [...] За француског правника, кад приступа енглеском праву, неопходно је да се ослободи свих својих навика. Он треба да заборави све што је научио у Француској. Он енглеско право мора да посматра као нову науку [...]. Познавање законодавних правила енглеског права, које ће му омогућити да избегне многе грешке, неће му још бити довољно да отклони све тешкоће са свога пута. Сложена структура и посебан дух енглеског права, врло различито од структуре и духа француског права, успоравају развој његовог расуђивања и чине несигурним напредак његових проучавања. Разлика која постоји у изворима између француског и енглеског права представља без сумње, једну каткад значајну сметњу, али је релативно лако преборити ову прву препреку, и обавештења, која смо досада дали, биће, углавном, довољна у ову сврху. Различитост која постоји између француског права у погледу структуре ових права и у погледу различитог става оних који стварају и примењују њихова правила, представља озбиљнију препреку. На жалост, у једном делу овакве природе, могуће је само обратити пажњу француског правника на неколико општих идеја. Без улажења у појединости енглеског права, није му могућно практично помоћи да савлада тешкоће“ (с. 128).

У трећем делу који носи наслов „Анекси“ нижу се одељци о енглеском закону, о судијама и правницима у Енглеској, о енглеском кривичном праву, енглеском административном праву, о праву Британске империје и о енглеским правним едицијама, као и збирке судске праксе и енглеске судске одлуке.

Целокупност излагања намеће континенталном правнику један утицај: као што проф. Шварц у чланку о америчком и француском управном праву објављеном у *Зборнику о Грађанском законик у Француске* (у издању америчког Института за упоредно право), показује да *common law* САД није у толико великој мери различит од континенталног права и да се та разлика све више смањује, тако су и разлике између енглеског права и континенталног права мање него што се обично за њих мисли и све више се смањују. Перспектива је заједничког настојање ових разних правних система и њихов узајаман утицај уз очување особености. Упоредно право је један од главних инструмената тог кретања.

Читаоца ће овом делу привући не само његова тематика и садржина, него и његова стилизација. Писци Увода показали су да стручни реноме није синоним сувопарности и неразумљивости, које понекад прате расправе иначе високе вредности. Околност да је ова монографија увод у енглеско право а не залажење у његове веће или мање подробности и посебне области, удружена са техником анализе и стилем који уједињује француску пластичност и рационалност са енглеском једноставношћу и конкретношћу одржава читаочеву пажњу стално живом.

За југословенског читаоца је ова књига посебно занимљива зато што је реч о праву које је најзначајније међу земљама тзв. англоамеричког правног система (махом економски веома развијеним државама) са којима имамо интензивне односе, и да је то право оставило знатне трагове у порецима многих нових самосталних азијских и афричких држава за које нас везују посебне пријатељске споне.

ЗБОРНИК ГРАЂАНСКИХ ЗАКОНИКА СТАРЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ. Приредио др. *Михаило С. Ступар* професор Правног факултета у Београду. Титоград, 1960, изд. „Графичког завода“ (у кооперацији са „Савременом администрацијом“ из Београда), XIV + 522 с.

ПРАВИЛА ГРАЂАНСКИХ ЗАКОНИКА. С накнадним прописима, напоменама и подацима из литературе. Приручник за праксу, науку и законодавство југословенског грађанског права. Приредио др. *Михаило Вуковић* уз сарадњу др. *Мартина Ведриша* и *Ђуре Вуковића*. Загреб, 1961, изд. „Школске књиге“, СХХХII + 1182 с.

У размаку од неколико месеци, у току 1961, појавиле су се ове две збирке веома сличне намене. У првом реду, да омогуће, односно олакшају, примену правних правила, садржаних у грађанским законима старе Југославије, на тај начин што ће свима заинтересованима омогућити да на једном месту нађу сакупљена сва та правна правила. Без њих то не би било ни мало лак посао, с обзиром на чињеницу што су стара издања појединих закона углавном недоступна. За нашу праксу нарочито судску, а и за наставу, па и за научни рад, то је, међутим, од великог значаја, и биће тако догод не добијемо нове прописе из области грађанског права, све док та пространа и веома здачајна област права буде представљала углавном правну празнину. Отуда је појава ових збирки несумњив добитак, утолико пре и више што оне могу одиграти и значајну улогу у стварању нашег новог права, те је велики труд приређивача, уложен у овај посао, вредан сваке хвале.

Иако сличне по намени, збирке се знатно разликују по концепцији: проф. Вуковић се није ограничио на то да само сакупи текстове закона, већ је (у тридесет и четири „додатка“) дао и нове прописе из области грађанског права или у непосредној вези с грађанским правом. Правилно је, по нашем мишљењу, поступио што за материју, регулисане новим прописима, није давао текстове закона, тако да његова збирка садржи правна правила само тамо где још нема нових прописа, а нове прописе у свим случајевима где су они донети, те не долази у питање примена правних правила (на пример: Закон о наслеђивању, Закон о експропријацији, Закон о станбеним односима, итд.). Та особина збирке представља њену несумњиву предност са гледишта могућности практичне употребе. Иако, додуше, стоји и чињеница (на коју указује сам проф. Вуковић у „Предговору“) да би „књига имала и нешто већу вриједност за науку да су репродуцирана сва правила закона“.

Материја је сређена према редоследу који она има у Аустријском грађанском закону, уз чије су текстове додавани текстови Српског грађанског закона. Даклем сналажењу у тој прилично компликованој ситуацији знатно доприносе и Преглед правила АГЗ која одговарају правилима СГЗ, као и Преглед правила СГЗ која одговарају правилима АГЗ, додати на крају књиге. После текстова долазе обимне напомене приређивача, у којима они критикују превод текста упоређујући га са изворником (што сведочи о њиховом изванредном познавању ове материје), дају укратко његову садржину (да ли је то било неопходно?), наводе потпуну праксу наших врховних судова, повезују материју упућујући на друга правила односно прописе, и врло често упућују читаоца и на стручну литературу. Сналажење у том веома обимном и разноврсном материјалу олакшава на почетку књиге штампани азбучни преглед садржаја, израђен веома подробно и пажљиво, на око 130 страна.

Као што се може закључити из горњег кратког приказа, оквири књиге су шири него што то произилази из њеног наслова. Зато изгледа да би адекватнији наслов ове књиге био „Правни прописи и правна правила грађанског права ФНРЈ“.

Књига је технички добро опремљена, слова су добро одабрана и распоређена, а квалитет штампе добар, тако да се књига чита без икаквих тешкоћа и напрезања.

Књига, међутим, има један велики (и рекли бисмо чак неопростив) недостатак: она, као што се види из изложеног, садржи само правна правила Аустријског и Српског грађанског законика а не и правна правила Општег имовинског законика за Црну Гору. Ако пођемо од поставке (а она је ван сваке сумње) да се примена правних правила, садржаних у појединим од напред наведена три законика не ограничава само на подручје, на коме су они важили за време старе Југославије, што практично значи да, на пример, судови у Словенији могу примењивати правна правила ОИЗ, или они у Црној Гори правна правила АГЗ, итд., тежину тог недостатка не треба поткрепљивати било каквим другим разлозима. Чини нам се да би чак мањи недостатак био да су изостављена правна правила СГЗ а унета она ОИЗ јер је познато каквог су порекла и у како су тесним везама АГЗ и СГЗ, док насупрот њима, ОИЗ представља оригиналну правну творевину. Зато треба с правом претпостављати да ће баш правна правила садржана у ОИЗ често бити погоднија од оних, која садрже АГЗ или СГЗ. Поред тога, нема сумње да судови, у нашим данашњим приликама, применом најпогоднијих правних правила, обављају значајан стваралачки посао, усмерен ка образовању јединствених правила грађанског права за целу Југославију, а да би тај значајни посао могли обављати што боље, треба им створити могућност да се на једноставан начин упознају не само са неким већ са свим правилима, садржаним у сва три законика.

Проф. Ступар је, међутим, своју улогу приређивача свео искључиво на репродукцију потпуних текстова сва три законика. Његов допринос разјашњавању потребе и значаја тог посла садржан је у непуно две стране текста „Уместо предговора“. Проф. Ступар је врло добро поступио што је, ради пружања ширих и веома стручних обавештења о тим проблемима, одмах после тога прештампао изванредну и увек актуелну студију проф. Константиновића, објављену 1957 у *Аналима Правног факултета у Београду* под насловом „Стара „правна правила“ и јединство права“.

Проф. Ступар одлучио се, како поменусмо, да репродукује углавном само потпуне текстове сва три законика, дакле и оне њихове делове који више нису од интереса за праксу јер за односне материје постоје нови правни прописи (као, на пример, о наслеђивању), чим је, несумњиво, учинио услугу „онима који се из чисто научно-историских разлога интересују за њих“.

Сем наведених текстова, на крају је дат и Предметни регистар, који су израдили Слободан Перовић и Слободан Поповић. Такав је регистар неопходан да би се олакшало сналажење у увако обимном и разноврсном материјалу, какав су потпуни текстови три велика законика. Идеја регистра је веома добра: под истом одредницом он наводи одговарајуће чланове сва три законика. Недостатак је његов у томе што садржи релативно мали број само најважнијих правних институција.

Поводом техничке опреме ове књиге, треба упутити прекор издавачима („Графичком заводу“ из Титограда и „Савременој администрацији“ из Београда“) што су комбинацијом бледе штампе и тамне хартије отежали читање књиге.

Обе књиге имају, дакле, и своја преимућства и своје недостатке. Проф. Вуковић је материју обрадио врло детаљно; дао је и правне прописе и правна правила, издвојивши све оно што више, по данашњим схватањима, не спада у област грађанског права. Велики допринос су дали проф. Вуковић и његови сарадници што су уз одговарајуће прописе односно правила, дали стручне напомене, скупили сву судску праксу и добар део стручне и научне литературе из једне од најобимнијих области права. Проф. Ступар имао је, свакако, много мање претензије и, у оквиру

њих, учинио је све оно што је требало учинити. Преимућство његовог рада је што је у извесном смислу потпунији. Он је много више помогао теорији него пракси, а то је, чини нам се, приличан недостатак.

Приказане књиге се, према томе, на извештајан начин допуњују: оно што нема у једној налази се у другој. Често ће се, отуда, морати за решавање истих проблема користити и једна и друга.

В. Петровић

ХРЕСТОМАТИЈА ПАМЈАТНИКОВ ФЕОДАЛНОГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА СТРАН ЕВРОПЫ, под редакцијом Академика В. М. Корецког. Москва, Государственно издательство юридической литературы, 1961, с. 1—950.

Ових дана у Москви је објављена збирка споменика феудалног права, која је састављена под редакцијом професора и академика Владимира Михайловича Корецког.

Ова збирка почиње од државе старих Франака којима посвећује особиту пажњу. Извори нису дати потпуно него у изводу. Од франачких споменика ту су изводи из *Lex Salica*, затим из *Lex Saxonum* (802—803 г.), затим саксонских капитулара, уз које додаје и капитуларе Карла Великог (802—813 г.), затим грамате дате црквама од стране франачких владалаца Дагоберта I и Карла Великог. Збирка франачких извора употпуњена је прописима о владалачком имунитету, формуларима за поједине послове, од којих и формулар о продаји слободног човека за случај да он сам себе продаје другоме. Ту долази и кодификација епископа Кинцмаруса (882 г.) о уређењу царског двора.

Друга глава посвећена је англосаксонској држави. Дат је низ извода из основних закона и устава, почев од VI столећа. Нарочито је обраћена пажња да се изложе извори после сваке нове најезде завојевача, показујући једнаки интерес за правила о политичком уређењу и правним односима у статусном и имовинском праву. Са нарочитим интересом у ову збирку су унети извори после дефинитивног образовања енглеске државе (XII век). Редактор се нарочито интересовао да прикаже оне изворе који су имали утицаја на стварање пороте, права личности, развој судства и судског поступка. Уз владалачке и судске акте редактор је врло правилно изнео као извор у опширном изводу и трактат *Henrici de Bracton de legibus et consuetudinibus Angliae* (трактат о енглеским законима и обичајима из средине XIII века). Овај трактат и анотације које су му додате током XIII века показују какву су снагу имали научни радови у XIII и XIV веку. Он објашњава и борбу обичајног права са краљевским статутима која почиње крајем XIII века.

Специјалну пажњу ова збирка обраћа закону о радницима (1349—1350 г.), трактату анонимног писма, о правилима вођења Парламента и трактатима политичког карактера Џона Фортескјуа (Fortescue), тако да се без великог труда читаоца може разумети прелаз из феудализма у почетак модерне енглеске државе.

С обзиром на утицај германског права на словенска права, овај зборник посвећује нарочиту пажњу немачким изворима. То чини вероватно и зато што су Маркс и Енгелс давали своје судове о развоју феудалног друштва користећи текстове тих извора. Међу њима су нарочито од значаја *Pax Moguntina* (1103 г.), Вормски конкордат, Саксонско огледало, Магдебуршки записи (1304 г.), Златна була (1356 г.), *Constitutio Carolina* (1532 г.), као круна феудалне реакције после сељачких буна.

Романским земљама такође редактор даје доста места, при чему треба поменути шпанске (Огледало Алфонза X из краја XIII века и прописе

који оправдавају и регулишу поступак Инквизиције), затим италијанске (који показују развитак градова) и најзад француске изворе (из којих се види разлика феудалних обичаја и тенденција у краљевским ордонансама). Међу француским изворима од нарочитог је интереса Црни кодекс из 1665 у коме је краљ регулисао положај робова црнаца у француским колонијама, извор о коме се мало жели да говори чак и у Француској.

Од осталих држава ова збирка обраћа пажњу на државе које су у време припремања рукописа биле у склопу источноевропских земаља. Тако, одељак о Албанији садржи врло опширан извод из Законика Леке Дукађина. Треба напоменути румунски и мађарске изворе, из којих је сачињен изванредно интелигентан избор. Нарочито заслужују помињање Златне буле краља Андреје (1222) и Трипартитус вербација од 1517. — Од румунских извора ваља указати на изворе који су из времена додирала са Турском. Извора пре почетка XVI века нема.

Велика пажња редактора обраћена је пољским и чешким изворима. С обзиром на позно очување феудалног система у Пољској, редактор даје седам пољских извора (из раздобља од 1252—1791) указујући на феудални уставни поредак при крају XVIII века и дајући изворе које траже данашњи историчари. На пример, Одлука Сејма од 1652 о *liberum veto*. Што се тиче чешких извора, аутор је дао изворе из раздобља од 1229 до 1420, а нарочито је обраћена пажња на верске реформе и толеранцију у старој чешкој држави. Што се тиче бугарског права, дато је такође неколико извора закључно до XIV века.

Посебна пажња је обраћена југословенским изворима. Дати су врло опширни изводи из Законика Стефана Душана, Винодолског Закона и Поличког статута са доста коментара.

Штета што овај зборник не даје изворе руског и византиског феудалног права. Да има и тога, она би представљала скуп извора феудалног права целе Европе. Али и без тога, она је једна корисна читанка за опште образовање правника и извор за научно упознавање оних правних споменика који су и у њу уврштени благодарећи високој култури, интелигентној селекцији и великој марљивости њенога редактора.

Милан Бартош.

Henri Mazeaud: MÉTHODES GÉNÉRALES DE TRAVAIL. Edition refondue. Montchrestien, Paris, 1961, 125 pp.

Једна од битних реформи у универзитетској настави на правним факултетима у Француској, уведена декретом од 27 марта 1954, јесте увођење практичних вежби. Ове су вежбе првобитно биле факултативне али с обзиром на повољне резултате овог облика рада, оне су наведеним декретом постале обавезне. Организацији и методу рада ових практичних вежби посвећена је нарочита пажња. За што успешније извођење ових практичних вежби покренуте су и посебне збирке које служе као пример како се ове вежбе имају изводити. У таквој једној збирци *Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques*, проф. А. Мазо (Н. Mazeaud) објављује, сад већ у другом издању, прву свеску ове збирке која даје општа упутства за рад студената. Поред ове уводне књижице објављене су и друге свеске ове збирке, које студентима дају упутства за сваки предмет посебно. И ове друге књижице написали су и приредили професори Правног факултета у Паризу.

У уводу своје књижице проф. М. указује на недостатке ранијег система наставе у коме је наставник само предавао и није имао додирала са студентом већ га је углавном знао као купца једне од његових књига. Такав систем остављао је студенте без довољног контакта са наставницима и без упутстава за рад. Све је то доприносило да су студенти, пошто

се ослободе средњошколске строге дисциплине рада, нагло прелазили у ропство потпуне слободе. Указујући на ове недостатке ранијег француског система универзитетске наставе, проф. М. истиче да главни задатак високе наставе није само да студента научи одређеним појмовима и правилима већ више да изгради грађанина који ће упознати правни живот; научи да истражује; излаже и дискутује. То се све не може постићи само предавањима. Неопходан је непосредни и непрестани додир наставника и студента. Преко практичних вежби наставник води студента у његовом раду и тиме целиходније утиче на формирање будућег правника.

Ова прегледна и сажето изложена општа упутства за рад студената права, проф. М. је поделио у седам глава тако да је после увода посветио пажњу следећем: I. Како пратити предавања (са упутствима како се праве белешке) и како користити потребну литературу за рад; II. Вежбама (са излагањем о састављању писмених састава; о усменом испитивању; о усменом излагању и дискусији; о коментару судске праксе као и о истраживачком раду); III. Документацији и свим етапама документације; IV. О потреби плана за све облике рада са студентима; V. О језику и стилу правника; VI. Упутствима за јавна излагања и VII. Упутствима за припрему испита и за одговарање на испитима.

Ова изванредно корисна општа упутства за рад студената права, као и сва остала издања ове збирке, могла би бити подстрек да се и код нас покрене орговарајућа мала библиотека која би, према нашим потребама, нашим студентима дала општа и посебна упутства за њихов што успешнији рад.

Д. Ђ. Денковић

M. Long, P. Weil, G. Braibant: *LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE* (Collection de Droit public publiée sous la direction de R. Cassin et M. Waline), 3^e éd, Paris, 1962, Sirey, 509 pp.

Као што је познато, француско управно право засновано је, углавном, на управносудској пракси. Зато је од изванредне користи појава ове збирке значајнијих одлука Државног савета. У познатим збиркама *Recueil Dalloz*, *Recueil Sirey* и свим француским правним часописима, посвећена је велика пажња судској пракси. Својим изванредним анализама уз поједине судске одлуке, најистакнутији француски правници допринели су развоју судске праксе и правне науке а посебно развоју управносудске праксе и управног права. Без прегледа ових примедба, у ствари малих студија, не би се имао прави увид у управно судство и управно право Француске.

Циљ збирке је да се објављивањем значајнијих одлука Државног савета, на сажет начин, представи у целини развој француске управносудске праксе. Ово је утолико пре било потребно у Француској што после изведене реформе управног судства (1953/54), управне спорове, по правилу, решавају, поред Државног савета, и управни судови у првом степену, па је и стога једна таква збирка била корисна за брже упознавање управносудске праксе. Уредници ове збирке, потпредседник Државног савета Р. Касен (R. Cassin) и проф. М. Валин (M. Waline), као и редактори збирке и уједно и писци коментара М. Лонг (M. Long), П. Вајл (P. Weil) и Ж. Бребан (G. Braibant) са успехом су остварили свој циљ.

При одабирању објављених одлука приређивачи збирке нису само прикупили и објавили значајније одлуке већ су код сваке одлуке у својим примедбама подвукли њен значај: за сваку примедбу могло би се рећи да представља врло сажету али и врло солидну анализу појединих значајнијих проблема француског управног права. Добра је страна ове збирке још и то што су писци коментара, тамо где то није било довољно јасно из саме одлуке, допунили излагање о чињеничном стању; посма-

трали случај и одлуку с обзиром на данашњи њен значај; подвукли који су правни проблеми истакнути у објављеној одлуци; које су последице ових одлука и да ли се и колико по овим питањима мењала пракса Државног савета. Поред примедаба уз сваку одлуку, исцрпно је наведена већ објављена и коментарисана управносудска пракса јер се упућује на примедбе које су објављене у већ наведеним збиркама и часописима, односно на неопходну литературу за боље и детаљније обухватање појединих проблема. Својим анализама, писци примедаба нису се задржали само на потребном и тако корисном подвлачењу значаја објављених одлука већ су у целини изложили проблем који решава поједина одлука.

Ова збирка заиста представља сажету и праву слику развоја француског управног судства и управног права. Она неће користити само упознавању француског управног права него ће на најцелисходнији начин јасно указивати на значајну и непрестану улогу француског Државног савета у поштовању законитости и општих правних начела.

Поред тога, ова збирка има посебан значај за земље у којима такође постоји управни спор као ефикасна судска контрола рада управе. Познавање упоредног права може бити само од користи. Отуда, ради бољег упознавања француског управног судства и увида у језик, стил и изванредне формулације Државног савета за многа сложена правна питања, за наше правнике, а нарочито за оне који су се више посветили управном праву, корисно би било да прочитају збирку и имају при руци ову малу али богату ризницу блиставе француске правне мисли.

Д. Ђ. Денковић

ПРЕДАВАЊЕ ПРОФЕСОРА Р. Х. ГРЕВСОНА ИЗ ЛОНДОНА: COMMON LAW У САВРЕМЕНОМ СВЕТУ. — Познати професор међународног приватног права и декан King's College-a у Лондону др. R. H. Graveson одржао је 26 маја 1962 предавање на Правном факултету у Београду „Common law у савременом свету“.

Полазећи од тезе да између common law-a и правних система који воде своје порекло од римског права (отуда енглески израз *civil law countries*) постоје, поред разлика, и сличности, проф. Гревсон је цело своје интересантно предавање посветио сличностима, сматрајући да су оне значајније од разлика.

Да би илустровао корисности common law-a као правног система, предавач је навео случај Индије која је одбацила многе ствари које јој је доњела Енглеска али је задржала common law.

Common law има тројако значење: то је 1) систем правних правила, која служе да задовоље потребе заједнице; 2) то је начин мишљења који се формира а) индуктивним путем, полазећи од појединачног да би се дошло до општег (из масе истих или сличних случајева долази се до правних принципа); б) да би се дошло до ових принципа потребно је дати образложење (*reasoning*), што доприноси убедљивијој снази пресуђеног случаја и даје утисак једног логичног процеса који због тога има велики ауторитет. На основу овога извлачи се и трећа особина common law-a, по којој овај систем има одређено и важно место у јавном праву координирајући однос између законодавне и судске власти. Ово својство је веома значајно.

Са таквим својим особинама common law изванредно може да се користи у земљама са федералним уређењем. Једино тако може се и објаснити чињеница да Устав САД донет у XVIII веку може да задовољи потребе модерног америчког друштва. Слична ситуација је у Аустралији и Канади.

Систем common law-a се примењује у многим земљама које иначе имају писано право као основу свог правног система. Шкотска је најбољи пример у којој се писано право примењује путем прецедената. У Британској Гвијани, на пример, основу правног система чини шпанско право, у Квебеку постоји француско, на Џејлону и у неким државама Јужне Африке холандско. У поменутих земљама common law и писано право не само да се не искључују него се изванредно допуњују. Начин решавања приликом решавања случајева у суду, извлачење принципа, давање образложења, итд. — све се врши на исти начин на који то врши судија у земљама где је систем common law-a искључив правни систем. Овакав систем помаже да се извесни принципи садржани у законима и кодексима измене, уколико би пракса изражена кроз образложене случајеве указивала да су решења законодавца у кодексу превазиђена.

Кина, Јапан, као и Турска, пошле су погрешним путем кад су хтеле да модернизују свој правни систем вештачки пресађујући извесна решења садржана у страним кодексима. Много логичније би било и више би одговарало да су пошле системом common law-a јер би на тај начин дошле до изражаја специфичности развоја одређене земље.

Доктрина прецедената значи да мишљење судије нема дејство само за одређени случај него ствара правило. Да би се то постигло случајеви се објављују да би се са њима упознала јавност. Објављена пресуда са

пуним чињеничним стањем и мишљењем суда врши одређени утицај на јавно мњење и то не само у земљама *common law*-а, него и у земљама у којима иначе постоји строга кодификација (Француска, на пример).

Common law није апстрактан систем правила већ је то право које је природно произашло из потреба и живота народа. Према томе, није наметнуто одозго него је створано *ad hoc*, онда кад се за то указала потреба. Разумност, праведност, поштовање супротних мишљења су особине *common law*-а које говоре о вредностима тог система, који данас постоји у многим земљама, па често чак и тамо где се прецедентима и *common law*-у не даје оно место које им припада.

После предавања проф. Гревсон је одговорио на неколико питања која су му била постављена.

Јелена Вилус

ИНСТИТУТ ЗА МЕЂУНАРОДНО И УПОРЕДНО ПРАВО У ФИРЕНЦИ. — У оквиру свог плодног рада на проучавању аграрног права, Институт је организовао циклус предавања у периоду од 30 марта до 15 маја 1962. Слушаоци курса, поред већег броја италијанских правника, били су и правници из других земаља: Француске, Западне Немачке, Југославије, Холандије, Аустрије, Шпаније и Венецуеле. Стипендије и средства за одржавање овога курса Институт је добио од Италијанског министарства за спољне послове.

Циљ курса је проучавање правних односа у пољопривреди уопште и посебно у пољопривреди европских земаља. Предавачи су били познати професори са више европских универзитета. Тако су поред осталих узели учешћа: проф. Р. Монако (Monaco) са Универзитета у Риму, о темама Међународна садања у области пољопривреде у регионалним и светским размерама, и „Приближавање“ законских одредаба у области пољопривреде у оквиру Заједничког тржишта; проф. Б. Благојевић, ректор Београдског универзитета, о теми Односи својине и коришћења у југословенској пољопривреди; проф. К. Крешел (Kroeschell) са Универзитета у Гетингену — Земљишно право у савременом друштву; проф. П. Ворен (Vorin) са Универзитета у Нансију — О основним елементима аграрног права; проф. Ј. Веган (Wegan) са Универзитета у Грацу — Значај земљишних књига за пољопривреду и пољопривредни кредит; проф. Ј. М. Полак (Polak) са Високе пољопривредне школе у Вагенингену (Холандија) — Студије аграрног права у Холандији; др. Х. Штајгер (Steiger) из Европске економске заједнице — О изградњи кадрова за правно регулисање односа и пословања у пољопривреди; проф. С. Пуљати (Pugliatti) са Универзитета у Месини — Јавни и приватни интерес у пољопривреди; проф. Мишел де Жуглар (Michel de Jouglart) са Правног факултета у Паризу — Метаморфоза француског аграрног права; проф. Д. Р. Денман (Denman) са универзитета у Кембриџу — Социјални карактер земљишне својине у Енглеској; проф. Г. Астути (Astuti) са Универзитета у Риму — Проблеми земљишне својине и пољопривредних уговора посматрани историјски. Поред тога председник Института Г. Бола (Bolla) и генерални секретар К. Фрасолдати (Frassoldati), одржали су више предавања и дискусионих састанака о разним питањима из италијанског аграрног права. У току предавања, као и дискусионих састанака, изнета су искуства и резултати постигнути у проучавању правних односа у пољопривреди, особености конкретног правног регулисања и развој аграрног права у појединим европским земљама. Исто тако уложен је напор да се питање правних односа у пољопривреди — својинских и уговорних, посматра и са ширег, међународног гледишта, проучи упоредноправно и испитају могућности за „приближавање“ аграрних права разних земаља. Предавања су била преводјена на италијански језик и умножавана. Извесни недостатак у овом

раду је што су текстови предавања добијани непосредно пред сам почетак предавања, па слушаоци нису имали времена да се припреме за дискусију. У просторијама и библиотеци Института постојали су повољни услови за рад и проучавање литературе из области аграрног права, којом библиотека Института обилује.

На крају курса организован је завршни колоквијум ради оцене рада курса и доношење закључака о резултатима који су постигнути, како у раду курса, тако и у проучавању одређених питања за која су се поједини слушаоци поред предавања посебно интересовали. По једнодушној оцени и слушалаца и руководица Института, овај курс је у потпуности успео и постигао добре резултате, па би и даља наша сарадња са Институтом за аграрно право у Фиренци могла бити корисна и пожељна.

Радомир Буровић

ОДБРАНЕ ДИСЕРТАЦИЈА НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ У БЕОГРАДУ. — Гавра Перaziћ, мајор ЈНА, одбранио је 3 јануара т. г. своју докторску дисертацију „Међународна забрана употребе у рату средстава за масовно уништавање“.

Карло Ковач, наставник Економско-комерцијалне школе у Новом Саду, одбранио је 5 јануара т. г. своју докторску дисертацију „Виша сила у уговорном праву“.

Љубинка Богетић, наставник Више школе за друштвено-политичке науке, одбранила је 7 априла т. г. своју докторску дисертацију „О колективној земљишној својини у Црној Гори у XIX веку и почетком XX века“.

Љубинка Радовановић, стручни сарадник Института за упоредно право у Београду, одбранила је 13 априла т. г. своју докторску дисертацију „Односи Србије и Русије од 1875 до Берлинског конгреса“.

Марко Младеновић, асистент Правног факултета у Београду, одбранио је 16 маја т. г. своју докторску дисертацију „Развод брака“.

Радован Павићевић, асистент Правног факултета у Београду, одбранио је 19 јуна т. г. своју докторску дисертацију „Схватања о држави П. Ј. Прудона“.

ПРИМЉЕНЕ КЊИГЕ

H. Bosly, substitut de l'auditeur général, et Ch. Goossens, professeur à la Faculté de Droit de Liège: RÉPERTOIRE BIBLIOGRAPHIQUE DU DROIT BELGE, continué sous la direction des auteurs et avec la collaboration de J. P. Lauwers et L. Demblon. — SUPPLÉMENT 1956—1960, par J. M. Parisis, U. Destrée, Ph. Foret. Liège, 1962, Faculté de Droit, XXXVIII + 322 pp.

Pierre Juvigny: CONTRE LES DISCRIMINATIONS — POUR L'ÉGALITÉ DEVANT L'ÉDUCATION. Paris, 1962, UNESCO, 79 pp.

TRASCENDENCIA REVOLUCIONARIA DEL CABILDO ABIERTO DEL 22 DE MAYO, por Beatriz Bosch (Tirada aparte de „Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales“, Nos. 101—102, 1960.) Santa Fe, 1960, Universidad Nacional del Litoral — Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 26 pp.

EL REGIMEN INTERNACIONAL DE LOS CREDITOS. EL REGIMEN INTERNACIONAL DE LOS BIENES, por Quintín Alfonsín. Homenaje a su memoria. Santa Fe, 1961, Universidad Nacional del Litoral — Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 53 pp.

ПРИКАЗИ

Милан Влајинац: Речник наших старих мера у току векова — др. Велимир Васић, професор Правног факултета у Београду	137
Dr. Jože Juhart: Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije — др. Боривој Познић, професор Правног факултета у Београду	139
Рене Давид (у сарадњи са Х. Ц. Гутерицом и Р. А. Уортлијем): Увод у приватно право Енглеске — Александар Стојановић, асистент Правног факултета у Београду	141
Зборник грађанских закона старе Југославије (приредио др. Михаило Ступар); Правила грађанских законика (приредио др. Михајло Вуковић уз сарадњу др. Мартина Ведиша и Ђуре Вуковића) — др. Војислав Петровић, професор Економског факултета у Београду	144
Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы (под редакцијом В. М. Корецког) — др. Милан Бартош	146
Henri Mazeaud: Méthodes générales de travail — др. Драгаш Ђ. Денковић	147
M. Long et al.: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative — др. Драгаш Ђ. Денковић	148

БЕЛЕШКЕ

Предавање проф. Р. Х. Гревсона о <i>common law</i> -у у савременом свету — Јелена Вилус, асистент Института за упоредно право	150
Институт за међународно и упоредно аграрно право у Фиренци — Радомир Ђуровић, асистент Правног факултета у Београду	151
Одбране дисертација на Правном факултету у Београду	152
ПРИМЉЕНЕ КЊИГЕ	152

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откуцане на машини са проредом и са довољно белине са стране.

Примљене рукописе уредништво не враћа.

АНАЛИ ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ излазе тромесечно. Претплата за годину дана 600.— дин. (за иностранство 1000.— дин).

Цена поједином броју 200.— дин.

Претплату слати преко рачуна Правног факултета
број 101-12-2-1264 парт. 4 поз. 4—9

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА —
Булевар Револуције 67, тел. 31-178

